

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

*Doctor en Derecho*

# LA *JOINT VENTURE* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

*A mis padres*

## SUMARIO

ABREVIATURAS Y SIGLAS .....	XV
INTRODUCCIÓN .....	1

### CAPÍTULO PRIMERO

#### **LA *JOINT VENTURE* EN LA PRÁCTICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES**

I. Aproximación conceptual a la <i>joint venture</i> .....	9
1. La <i>joint venture</i> como forma social en la órbita del <i>common law</i> .....	10
2. La <i>joint venture</i> en el ámbito del comercio internacional .....	12
3. Planteamientos doctrinales .....	13
A. Concepciones amplias .....	13
B. Concepciones estrictas .....	14
C. Definición adoptada .....	16
4. La noción de <i>joint venture</i> en el Derecho comunitario de la competencia y en las normativas estatales sobre inversiones extranjeras .....	17
II. Funciones y tipología de la <i>joint venture</i> .....	20

1. <i>Joint ventures</i> para la ejecución de proyectos puntuales, <i>joint ventures</i> cooperativas, <i>joint ventures</i> concentrativas y <i>joint ventures</i> de inversión .....	20
2. <i>Joint ventures</i> horizontales, verticales y conglomerado .....	25
3. <i>Joint ventures</i> entre particulares, <i>joint ventures</i> entre particulares y Estados, y <i>joint ventures</i> entre Estados .....	26
4. Relevancia jurídica de la distinción entre <i>equity joint venture</i> y <i>non equity joint venture</i> .....	27
III. Caracterización de la <i>equity joint venture</i> .....	28
1. Concepto y distinción de otras figuras.....	28
2. Estructura jurídica y creación de la <i>equity joint venture</i> .....	30
A. Intereses determinantes de la articulación jurídica.....	30
B. El acuerdo de base o contrato de <i>joint venture</i> .....	32
C. Los contratos satélites.....	42
D. La sociedad <i>joint venture</i> .....	45
3. Calificación jurídico material del contrato de base .....	51

## CAPÍTULO SEGUNDO

### PRINCIPIOS Y ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN LA REGULACION DE LA *JOINT VENTURE* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

I. Introducción.....	59
1. Diversidad de sistemas de referencia para la regulación internacional de la <i>joint venture</i> : el Convenio de Roma ante las instancias arbitrales .....	59
2. <i>Lex mercatoria</i> y principios jurídicos generales para los contratos complejos de larga duración: valoración crítica.....	65
II. Incidencia del DIPr. autónomo.....	73
1. El DIPr ante la regulación de las modernas relaciones complejas del comercio internacional: pervivencia del problema de ley aplicable .....	73
2. Principios materiales y valores condicionantes de las soluciones de ley aplicable a la <i>joint venture</i> internacional.....	77
III. El nivel de regulación contractual de la <i>joint venture</i> internacional: problemas particulares.....	81
1. Identificación de las unidades contractuales y consecuencias en DIPr .....	81
A. Opciones de tratamiento en DIPr .....	81
B. Autonomía contractual del acuerdo base y de los contratos satélites .....	83
C. El contrato de <i>joint venture</i> : unidad <i>versus</i> pluralidad contractual..	89
2. Análisis de las relaciones entre los contratos .....	90
A. Planteamiento .....	90
B. Relaciones entre el acuerdo base y los contratos satélites: perspectiva funcional .....	91
C. Caracterización jurídica de las relaciones entre el contrato de base y los contratos satélites .....	95
D. Caracterización jurídica de las relaciones recíprocas entre los contratos satélites .....	100
IV. Alcance del método de atribución y dimensión sustancial .....	103
1. Categorías de normas imperativas relevantes en las operaciones de <i>joint venture</i> .....	106
A. Normas de defensa de la competencia.....	106
B. Normas en materia de transferencia internacional de tecnología ....	109
C. Normas sobre control de cambios e inversiones extranjeras .....	112
2. Cauces de aplicación para las normas materiales imperativas en el sistema español de DIPr .....	114

CAPÍTULO TERCERO  
**DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE Y A LOS CONTRATOS SATÉLITES:  
ASPECTOS GENERALES**

I. El problema de la delimitación entre normas de conflicto en los contratos de <i>joint venture</i> .....	121
1. Introducción.....	121
2. Incidencia del Convenio de Roma sobre la delimitación entre normas de conflicto .....	122
A. Cánones de interpretación del Derecho uniforme .....	124
B. Interpretación nacional <i>versus</i> interpretación autónoma de la noción obligación <i>contractual</i> 127	
C. <i>Contractualidad</i> de las obligaciones de carácter jurídico-social .....	129
3. Sentido y alcance de la exclusión contenida en el artículo 1.2 e) CR .	133
A. El concepto de sociedad y de persona jurídica en el artículo 1.2 e) CR .....	133
B. Presupuestos de análisis del ámbito de la exclusión.....	135
C. Justificación material de la exclusión .....	140
D. Propuesta de interpretación .....	150
E. Recapitulación: consecuencias sobre el sistema español de DIPr de sociedades .....	153
4. La delimitación en el ámbito autónomo .....	153
A. La atribución de personalidad jurídica a las sociedades en Derecho español.....	156
B. Consecuencias sobre la interpretación del artículo 9.11 Cc .....	157
5. Calificación de los contratos de <i>joint venture</i> .....	167
A. Finalidad perseguida por el contrato de <i>joint venture</i> .....	168
B. Configuración <i>ad hoc</i> del contrato de <i>joint venture</i> como sociedad interna .....	168
II. El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de <i>joint venture</i> sin estructuración externa .....	171
1. Significado de la autonomía material en la construcción de la <i>joint venture</i> .....	171
2. Designación voluntaria de la ley aplicable a los contratos de <i>joint venture</i> .....	173
A. Significado de la autonomía conflictual en las operaciones de <i>joint venture</i> .....	174
B. Límites de la autonomía conflictual en el Convenio de Roma .....	176
C. Fraccionamiento voluntario de ley aplicable .....	177
D. Designación cumulativa de leyes .....	179
E. Designación tácita de ley aplicable: elementos para su identificación	180
F. Limitaciones fácticas a la autonomía conflictual .....	182
G. Elección del régimen jurídico al margen de una normativa estatal.	183
3. Eficacia de las cláusulas de estabilización y de petrificación del Derecho aplicable .....	186

CAPÍTULO CUARTO  
**DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE Y A LOS CONTRATOS SATÉLITES:  
DETERMINACIÓN OBJETIVA**

I. Introducción.....	193
1. Condicionantes previos .....	193
2. El marco normativo del convenio de Roma .....	196
II. La ley del prestador característico en los contratos de <i>joint venture</i> .....	200
1. Estado de la cuestión en la doctrina.....	200
2. Aproximación a la técnica de la prestación característica .....	202
A. La prestación característica en los contratos atípicos .....	203
B. Perspectiva de análisis económico.....	209
C. Relevancia del elemento cooperativo .....	226
III. La ley más estrechamente vinculada.....	238
1. Aspectos metodológicos .....	238
A. Consideraciones generales .....	238
B. Ley más estrechamente vinculada y contenido material de los Derechos en presencia.....	243
C. La ley más estrechamente vinculada en los contratos de <i>joint venture</i> .....	246
2. Nacionalidad o sede común de los participantes .....	247
3. Coincidencia de la sede de un participante con la sede de la sociedad <i>joint venture</i> .....	249
A. Posibles fundamentos del criterio.....	250
B. Límites a su operatividad.....	253
C. Valoración del grado de proximidad de la conexión en presencia de otros criterios que deriven de la dinámica interna del contrato..	255
4. Coincidencia de la sede de un participante con otros criterios .....	256
A. Vigor localizador del elemento cooperativo en el contrato de <i>joint venture</i> .....	257
B. Lugar de negociación y de celebración del contrato .....	259
C. ¿Estructura funcional y económica de la <i>joint venture</i> y participación desigual en la sociedad <i>joint venture</i> ? .....	261
5. Ninguno de los criterios coincide con la sede de un participante .....	263
A. ¿Fraccionamiento del contrato?.....	263
B. ¿Aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos en presencia y adaptación?.....	263
C. La ley de la sede de la sociedad <i>joint venture</i> como conexión de cierre: límites a su operatividad .....	265
6. Otros criterios .....	267
IV. Fraccionamiento <i>versus</i> unidad del régimen contractual de la <i>equity joint venture</i> .....	268
1. Estado de la cuestión en la doctrina: la tesis de la conexión accesoría.	270
2. Necesidad de un análisis desde la consideración de los intereses en presencia.....	273
3. El fraccionamiento objetivo de ley aplicable en la <i>equity joint venture</i> .....	275

CAPÍTULO QUINTO  
DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON  
ESTRUCTURACIÓN EXTERNA

I. Introducción.....	277
II. Régimen jurídico del acuerdo base de <i>joint venture</i> con estructuración externa.....	278

1. Criterio general para la <i>atribución de nacionalidad</i> a las personas jurídicas en DIPr. español .....	278
2. Necesidad de una modulación del criterio para su aplicación a los fenómenos societarios más simples .....	281
III. <i>Ámbito de la lex societatis versus</i> ámbito del convenio de Roma .....	287
1. Relaciones con relevancia interna y con relevancia externa.....	287
2. Análisis de aspectos particulares .....	289
A. Constitución de la sociedad base con estructuración externa.....	289
B. Régimen de la responsabilidad y de la representación .....	291
C. Disolución de la sociedad base y acuerdos sobre su duración.....	292
IV. Oponibilidad del estatuto del acuerdo base con estructuración externa ..	296
V. Estatuto contractual del acuerdo base de <i>joint venture</i> con estructuración externa: significado para la construcción de la <i>joint venture</i> .....	300

## CAPÍTULO SEXTO ESTATUTO DE LA SOCIEDAD *JOINT VENTURE*

I. Ley aplicable a la sociedad <i>joint venture</i> : exégesis del artículo 5 LSA y del artículo 6 LSRL .....	303
II. <i>Ámbito de la lex societatis</i> de la sociedad <i>joint venture</i> .....	311
1. Ley aplicable a la constitución de la sociedad <i>joint venture</i> .....	311
2. Estipulaciones del contrato de <i>joint venture</i> relativas a la creación de la sociedad <i>joint venture</i> .....	315
3. Obligaciones singulares de los participantes de prestación a la sociedad <i>joint venture</i> y contratos satélites .....	316
4. Ley aplicable a los pactos parasociales .....	318
A. Planteamiento del problema: <i>lex contractus versus lex societatis</i> ...	318
B. Estado de la cuestión en la doctrina.....	320
C. Valoración crítica y propuesta de tratamiento en DIPr.....	323
 BIBLIOGRAFÍA CITADA .....	 331

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

AC .....	Actualidad Civil
ADC.....	Anuario de Derecho Civil
AEIE.....	Agrupación Europea de Interés Económico
AESJ.....	Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos

AG .....	Aktiengesellschaft (Sociedad Anónima, Alemania)
AJCL .....	American Journal of Comparative Law
Am.un.law.rew .....	American University Law Review
AAMN.....	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ASDI.....	Annuaire suisse de droit international
BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil, Alemania)
BGH.....	Bundesgerichtshof
BCE .....	Boletín de las Comunidades Europeas
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
BORME.....	Boletín Oficial del Registro Mercantil
BOT .....	Builds operate transfer
BYIL.....	British Yearbook of International Law
Cah.dr.ent .....	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah.dr.eur. ....	Cahiers de droit européen
California L.Rev.....	California Law Review
Cc.....	Código Civil
CCI .....	Cámara de Comercio Internacional (París)
C. de c.....	Código de Comercio
CE.....	Constitución Española
CIRDI/ICSID.....	Centro para la resolución de diferencias relativas a inversiones/Center for Settlement of Investment Disputes (Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965)
Com.Cc.Min.Justicia .....	Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia
CMLR.....	Common Market Law Review
Cornell L.Q.....	Cornell Law Quarterly
CR.....	Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980
DGRN.....	Dirección General de los Registros y el Notariado
DN .....	Derecho de los Negocios
DIPr .....	Derecho internacional privado
DOCE .....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
Dir.comm.int .....	Diritto del commercio internazionale
Dir.com.scam.int. ....	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dr.pr.comm.int .....	Droit et pratique du commerce international
EGBGB .....	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alemania)
Enc.Dir. ....	Enciclopedia del Diritto
EJB .....	Enciclopedia Jurídica Básica
EWS.....	Europäisches Wirtschaft und Steuerrecht
Florida int.law.journ. ....	Florida International Law Journal
GATT .....	Acuerdo General de Tarifas Aduaneras y Comercio
GG .....	Grundgesetz (Constitución alemana de 23 de mayo de 1949)
GJ.....	Gaceta Jurídica de la CEE
GmbH.....	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Sociedad de responsabilidad limitada, Alemania)
GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alemania)
Harvard LR.....	Harvard Law Review
ICE.....	Información Comercial Española

ICLQ.....	International and Comparative Law Quarterly
IDI .....	Instituto de Derecho internacional
IPRax .....	Praxis des Internationales Privatrecht
IIC.....	International Review of Industrial Property and Copyright Law
J-Cl. Eur.....	Juris Classeur Europe
JdT .....	Journal des Tribunaux
Journ.dr.int.....	Journal du droit international (Clunet)
JZ.....	Juristen Zeitung
LDefC .....	Ley de Defensa de la Competencia
LEC .....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMV .....	Ley del Mercado de Valores
LSA .....	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL .....	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MIGA .....	Multilateral Investment Guarantee Agency (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones)
Nw.J.Int.L. & Bus. ....	Northwestern Journal of International Law and Business
NIPR.....	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
NOEI .....	Nuevo Orden Económico Internacional
OCDE .....	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OLG.....	Oberlandesgericht
ONU .....	Organización de las Naciones Unidas
OR .....	Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht (ley federal sobre el Derecho suizo de obligaciones), de 30 de marzo de 1911/ 18 de diciembre de 1936
RabelsZ.....	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.D. ....	Real Decreto
Rec. des Cours.....	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
Rev.crit.der.in. ....	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCEA .....	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RDBB .....	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM.....	Revista de Derecho Mercantil
REDI.....	Revista Española de Derecho Internacional
RGD.....	Revista General de Derecho
Rev.der.in. ....	Revista de Derecho Inmobiliario
Rev.der.ind .....	Revista de Derecho Industrial
RDP. ....	Revista de Derecho Privado
RIE.....	Revista de Instituciones Europeas
RdS .....	Revista de Derecho de Sociedades
Rev. La Ley .....	La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
Rev. arb. ....	Revue de l'arbitrage
RDAI/IBLJ .....	Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal
Rev.crit.dr.int.priv. ....	Revue critique de droit international privé
Rev.trim.dr.comm.....	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev.trim.dr.eur. ....	Revue trimestrielle de droit européen

Riv.dir.comm.dir.gen.ob....	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni	
Riv.dir.ind.....	Rivista di Diritto Industriale	
Riv.dir.int.....	Rivista di Diritto Internazionale	
Riv.dir.int.pr.proc. ....	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale	
Riv.soc.....	Rivista delle società	
RIW .....	Recht der Internationalen Wirtschaft	
ROW.....	Recht in Ost und West	
RRM.....	Reglamento del Registro Mercantil	
SJZ.....	Schweizerische Juristen-Zeitung	
SAG.....	Schweizerische Aktiengesellschaft (Société anonyme suisse)	
SAE.....	Sociedad Anónima Europea	
SAS.....	Société par Actions Simplifiée (Francia)	
StAZ.....	Das Standesamt	
TJCE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	
TS.....	Tribunal Supremo	
TUE.....	Tratado de la Unión Europea	
UNCITRAL/CNUDMI .....	United Nations Commission for International Trade Law/Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	
WuW .....	Wirtschaft und Wettbewerb	
Yearbook C.A.....	Yearbook of Commercial Arbitration	
YEL.....	Yearbook of European Law	
ZEuPR .....	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht	
ZGR.....	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht	
ZfRV.....	Zeitschrift für Rechtsvergleichung	
ZVglRWiss.....	Zeitschrift für Vergleichende Rechts Wissenschaft. Archiv für internationales Wirtschaftsrecht	

## INTRODUCCIÓN

Los cambios políticos, sociales y tecnológicos a los que asiste nuestro tiempo han repercutido sobremanera sobre la actividad económica internacional, determinando una creciente interdependencia entre las economías estatales, la génesis de numerosos espacios

regionales de integración económica (*ad. ex.* Unión Europea, Mercosur, NAFTA) así como la globalización o mundialización de los procesos económicos. En coordinación con esto, la fase dinámica del comercio internacional ha experimentado también profundas modificaciones, que no solamente han alterado los circuitos de producción e intercambio, sino que han impuesto una reorganización importante de los protagonistas del tráfico internacional, en el que los nuevos modelos de estructuración de la empresa han deparado un lugar privilegiado, junto a las sociedades multinacionales o grupos de sociedades de dirección empresarial unitaria, a las fórmulas de cooperación, o de gestión compartida, entre las que se incardina la *equity joint venture* internacional, modalidad de *joint venture* que hoy ha adquirido carta de naturaleza en el comercio internacional. Pese a su tremenda frecuencia, la acusada impronta práctica y la compleja articulación de estas operaciones no facilitan su aprehensión conceptual ni su análisis jurídico, tanto en la vertiente sustantiva como, más aún si cabe, en la propia del Derecho internacional privado (DIPr). No obstante, la inexistencia de un régimen sustantivo de fuente internacional para la *joint venture*, y las divergencias que manifiestan los sistemas estatales en la regulación de los variados sectores normativos a que afectan estas operaciones, determinan la necesidad de una aproximación al instituto desde la perspectiva propia del DIPr.

El estudio de la *joint venture* en DIPr brinda al intérprete, de un lado, y como pocas otras realidades del comercio internacional, la oportunidad de valorar la estrecha vinculación entre el Derecho de contratos y el Derecho de sociedades, dos sectores del Ordenamiento cuyas numerosas interferencias se hacen patentes en las operaciones de *joint venture*. De otro, la revisión de la práctica en este ámbito del comercio internacional sitúa al jurista que pretenda poner luz sobre la reglamentación de estas operaciones, al borde de hondos cuestionamientos del DIPr de nuestro días, como la pluralidad de procedimientos de producción normativa, las finalidades y objetivos del DIPr, o las dificultades que se suscitan cuando el DIPr pretende promover la seguridad jurídica, en una parcela de situaciones privadas internacionales que revela un acusado componente casuístico, difícil de conciliar con las soluciones apriorísticas típicas de la mentalidad codificadora.

Ante este panorama, la metodología que hemos seguido para reconstruir el régimen jurídico internacional de la *joint venture* viene presidida por varias ideas. De una parte, por la que afirma la posibilidad de identificar los valores y principios materiales que informan las ramas del Derecho consideradas, a fin de orientar hacia ellos las soluciones de ley aplicable; de otra, por la que presupone la posibilidad de hacer actuar a dichos valores en concreto para, mediante juicios de carácter dialéctico, justificar la mayor razón o justicia de una determinada solución de ley aplicable, todo ello en un esquema de análisis atento a las necesidades del tráfico en el sector, y abierto a la variable e inopinada realidad de los casos. El esquema de análisis que se propone se basa, pues, en la reconstrucción crítica de las soluciones de ley aplicable a la *joint venture* desde la perspectiva de los valores en presencia en cada uno de los sectores afectados, sin perder de vista las necesidades de regulación del tráfico internacional tal y como aparecen con palmaria claridad en estas operaciones, y en la senda que han marcado los más recientes trabajos aparecidos en la literatura española de DIPr, desde la que se propugna una nueva lectura del sistema a través de una jurisprudencia de valores<sup>1</sup>. En ella, el Derecho sustantivo de cada Estado, y las concepciones propias en torno a cada instituto jurídico, aparecen como superestructuras para la modelación y extracción de soluciones de DIPr, respondiendo así el conjunto del Ordenamiento a una misma y única idea de justicia<sup>2</sup>. Con el instrumental metodológico que proporcionan los principios materiales de regulación de la rama del Ordenamiento considerada, el reto para el intérprete consiste en ofrecer soluciones

previsibles, no sólo en sistemas que incorporan un acusado componente de flexibilidad, y cuyas soluciones exigen un *plus* de motivación, sino también en relación con disposiciones de DIPr escasamente elaboradas y de carácter rudimentario. Averiguadas las necesidades de regulación en el sector, habrá de encararse una aproximación detenida y reflexiva a las soluciones normativas de DIPr en los sectores afectados, y a los principios hermenéuticos que informan su interpretación, realizando las eventuales propuestas de *lege ferenda* cuando las soluciones normativas impidan, con toda evidencia, obtener soluciones satisfactorias o razonables a la vista de los intereses en presencia. Por su especial incidencia en este sector, el análisis de DIPr de la *joint venture* también hace obligado valorar la pretendida quiebra de determinados planteamientos dogmáticos en el ámbito de las fuentes del Derecho.

Los sectores normativos jurídicamente relevantes en la regulación de la *joint venture* internacional, y los intereses de política legislativa que condicionan las soluciones de ley aplicable, se descubren en la propia articulación jurídica de doble alcance —contractual y societaria— que aquélla adopta. De un lado, la presencia de elementos contractuales inclina la regulación de DIPr hacia la conveniencia conflictual de las partes; de otro, la vertiente societaria, en cambio, orienta la solución conflictual hacia el interés del tráfico y hacia la seguridad jurídica de terceros. En la *joint venture*, el solapamiento de componentes de uno y otro flanco introduce la necesidad de que las soluciones de DIPr logren un adecuado equilibrio entre los principios que rigen en uno y en otro sector. Junto a ello, no puede desdeñarse la vocación aplicativa sobre estas operaciones de las normas de intervención de ordenación macroeconómica del mercado (Derecho *antitrust*), así como de otras normas que aparecen informadas por el interés público, como las relativas al régimen de las inversiones exteriores, las dictadas en materia de exportación o importación de tecnología, así como otras normas imperativas que pueden incidir sobre estas operaciones (*ad. ex.* normas del Derecho de sociedades).

En el plano positivo, las disposiciones de ley aplicable del sistema español de DIPr que deben decidir sobre el régimen jurídico de la *joint venture* internacional, se sitúan en diferentes dimensiones de los procedimientos de producción jurídica. De un lado, en los aspectos societarios de la operación es aplicable el artículo 9.11 Cc, norma de conflicto con que cuenta nuestro ordenamiento en materia de sociedades; de otro, la regulación de los aspectos contractuales ha quedado hoy conferida al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR)<sup>3</sup>, cuyas soluciones de carácter flexible, aún con concesiones a las exigencias de seguridad jurídica, han supuesto una verdadera revolución en nuestro sistema internacional de contratos, acostumbrado, hasta hace poco, a los criterios rígidos que contenía el artículo 10.5 Cc. En razón de la variedad de contenidos que puede incorporar, y de las diversas finalidades a que sirve en cada caso concreto, la determinación del estatuto del acuerdo base de *joint venture* a través de las soluciones de ley aplicable que proporciona el CR, suscita delicados y específicos problemas de interpretación, que hacen de este contrato, quizás como pocos, un verdadero *banco de pruebas* para los más diversos recursos metodológicos que incorpora el CR en sus disposiciones. Junto a la posible actuación de expedientes diversos, como el fraccionamiento —voluntario u objetivo-, o a las dudas que se han generado en la literatura en torno a la regla de conexión objetiva utilizable —ley del prestador característico *versus* ley de los vínculos más estrechos-, el acuerdo base de *joint venture* une aún un problema de delimitación entre normas de conflicto, del Derecho de contratos y del Derecho de sociedades, cuya resolución, en uno u otro sentido, puede trascender en la aplicación de diferentes Derechos. Igualmente, la presencia de diversos elementos

estructurales formalmente independientes en el marco de una operación económica y funcionalmente única (*acuerdo base de joint venture, contratos satélites*) no sólo introduce la posibilidad de interferencias de orden material (*ad. ex.* propagación de las vicisitudes de unos a otros contratos), sino que muestra gran vocación para producir también consecuencias jurídicas en el plano del DIPr.

La determinación objetiva de la ley aplicable a la estructura contractual de la *joint venture*, aparece fuertemente condicionada por el marcado componente casuístico que muestra la práctica negocial en este ámbito. En efecto, los contratos de *joint venture* no se prestan a la identificación de un contenido o estructura negocial típica, ni siquiera por grupos de casos, tratándose por el contrario de contrataciones *ad hoc*, diversas unas de otras. Esta caracterización de los contratos de *joint venture*, que puede bien resumirse como *imposibilidad tipológica*, determina la oportunidad de cuestionar el verdadero alcance del principio de seguridad jurídica que informa las soluciones del CR, y si éste habría de quedar limitado a los supuestos o casos *típicos*. Inutilizada la *seguridad del tipo de contrato*, el reto para el intérprete habrá de consistir en la construcción de una seguridad que permita dar cauce al razonamiento jurídico dirigido a la determinación objetiva de ley aplicable, en el marco de un proceso de decisión de operatividad *a posteriori*, que guíe la tarea del intérprete a través de pautas de valoración razonables establecidas *a priori*. Buena parte de este trabajo tiene por finalidad ofrecer soluciones de ley aplicable para los contratos de *joint venture*, pero no en virtud de grupos de casos típicos, sino, y corresponde ello a la segunda idea metodológica de este trabajo, a través de un discurso argumentativo que, basado en los valores en presencia, permita *motivar* por medio de juicios de carácter dialéctico, el razonamiento jurídico dirigido a la determinación de la ley aplicable<sup>4</sup>. Lo que habrá de conducir a la identificación de las conexiones a las que, desde aquellos valores, y a la vista de las circunstancias, haya de otorgarse mayor relevancia conflictual en el sector de la contratación que se analiza.

La posibilidad de propocionar una respuesta adecuada a estos y a otros problemas que suscita la aplicación de las soluciones flexibles previstas por el CR sobre la estructuración contractual de la *joint venture* pasa, desde la perspectiva del método, por la consideración de los valores y objetivos que informan esta rama del Derecho, de un lado, y de las finalidades perseguidas por el CR en la interpretación del Convenio, de otro, tal y como aparecen expresados, sobre todo, en el artículo 18 del propio texto. En orden a la generación de esta interpretación por las jurisdicciones estatales, y en tanto esta competencia no sea asumida efectivamente por el TJCE, la caracterización de las disposiciones del CR como *Derecho uniforme*, impone sobre ella la metodología particular de este Derecho, lo que exige especialmente la orientación de la tarea del intérprete hacia la finalidad y sentido razonable que quepa derivar del texto, teniendo fundamentalmente en cuenta la necesidad de alcanzar aplicaciones iguales en cada Estado. En la actualidad, también ha de residenciarse en el CR el cauce para la proyección sobre el conjunto contractual de las normas materiales imperativas que, de diverso tipo, pueden afectar a este contrato. Entre ellas, y junto a las normas del Derecho de sociedades y del régimen de inversiones exteriores, ocupa un lugar singular el Derecho comunitario de defensa de la competencia (Derecho *antitrust*) que, desde sus inicios, ha tenido vivamente presente la figura de la *joint venture* para otorgarle un tratamiento particular.

El análisis de los principios rectores de la rama considerada, así como de las concepciones más recientes en el ámbito del Derecho sustantivo de sociedades, será seguido especialmente para dilucidar el tratamiento que deben recibir los aspectos societarios de la operación de *joint*

*venture*. En este sector, por mor de las necesidades de liberalización y de construcción jurídica interna que reclama el tráfico en el ámbito del Derecho de sociedades, especialmente sentidas en las operaciones de *joint venture*, en vista de las novedades legislativas en el panorama del Derecho de sociedades comparado, así como en atención a las explicaciones científicas más recientes de los fenómenos sociales —se defiende la caracterización de este sector del ordenamiento como Derecho *facilitador*—, el trabajo cuestiona la posible admisión, y en qué medida, de la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de sociedades, dada la imposibilidad de ignorar la proyección de estas nuevas orientaciones sobre el DIPr. Ello puede interferir, como se verá, no sólo en la interpretación de nuestro sistema autónomo de DIPr, sino también en la del CR. En este punto, el trabajo se detendrá especialmente en la interpretación del sentido y alcance del artículo 1.2 e) CR. Junto a ello, se pretende proporcionar el régimen jurídico internacional que corresponde en nuestro sistema de DIPr a las sociedades más simples (*ad. ex.* sociedad civil, sociedad colectiva irregular), constituidas mediante un mero contrato. El estudio de las cuestiones de ley aplicable que suscitan las operaciones de *joint venture* puede ser abordado desde una pluralidad de perspectivas, todas ellas con entidad más que suficiente como para merecer un tratamiento en trabajos autónomos. El objeto de la presente investigación se ciñe a la determinación de la ley aplicable a los elementos estructurales (contractuales y societarios) que vertebran a la operación de *equity joint venture*. No se tratan, pues, de forma específica otros temarios que interesan también al ámbito de estas operaciones como, por ejemplo, la exhaustiva regulación que las *joint ventures* encuentran en el Derecho comunitario de la competencia, las implicaciones específicas de la estructuración de la *joint venture* sobre el Derecho de los grupos de sociedades, los aspectos relacionados con el control de cambios, o los de orden fiscal, que ordenan asimismo esta operación, así como la inserción de estas operaciones en los programas de cooperación con los países en vías de desarrollo. Para la realización del trabajo se han utilizado, con el valor exegético y de aportación de ideas que siempre cabe darles, las orientaciones metodológicas recientes seguidas por la doctrina y por la legislación comparada de los países de nuestro entorno, sobre todo de aquéllos que cuentan con elaboraciones más desarrolladas sobre las cuestiones que se tratan.

## CAPÍTULO PRIMERO

### **LA JOINT VENTURE EN LA PRÁCTICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL: ASPECTOS GENERALES**

#### **I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA JOINT VENTURE**

A la expresión *joint venture* no corresponde un único significado. En los círculos del *common law*, de un lado, el término alude a una concreta forma social. En la práctica del comercio internacional, de otro, refiere tanto a una modalidad de cooperación entre empresas,

que no se vincula a un tipo social concreto, como a una modalidad de inversión directa<sup>5</sup>. Sin embargo, las trazas del concepto en el segundo ámbito no andan lejos de las ideas y práctica que desencadenaron la aparición de aquella forma social. En el ámbito del comercio internacional, el acusado componente práctico del instituto, y su desvinculación respecto de un sistema normativo estatal, dificultan la construcción del concepto de *joint venture*. En las páginas que siguen se expondrán las caracterizaciones más al uso de la expresión *joint venture*, con la finalidad de proveer un concepto instrumental que sirva para delimitar el objeto de este trabajo. Por otra parte, la noción *joint venture* ha sido *juridificada* por diversas normativas estatales, singularmente por el Derecho de defensa de la competencia y el de las inversiones extranjeras, donde se han acuñado definiciones jurídicas, con perfil específico, de la *joint venture*. Para la aplicación de estas normativas habrá que estar, obviamente, al concepto de *joint venture* en el modo que haya sido delineado por la correspondiente normativa.

### **1. La *joint venture* como forma social en la órbita del *common law***

Aunque la *joint venture* encuentra sus antecedentes en las primeras formas asociativas conocidas en Inglaterra durante la Edad Media<sup>6</sup>, sólo en el siglo XVII cabe identificar un perfil más definido, apareciendo la *joint venture* como figura asociativa capaz de satisfacer la doble exigencia de integración de recursos en vista de un fin común, y de preservación de la autonomía jurídica de los sujetos asociados<sup>7</sup>. A pesar de su origen europeo, la *joint venture* adquiere pleno significado, como forma social, en la jurisprudencia norteamericana de la segunda mitad del siglo XIX. En este momento, aunque sobre una base socio-económica diversa, el recurso a la *joint venture* se justifica por su limitación temporal y objetiva, lo que la convertía en un instrumento ágil para articular la integración empresarial en la floreciente industria norteamericana, sin suponer merma para la autonomía jurídica y económica de los participantes. En un largo proceso de desarrollo jurisprudencial, la *joint venture* se va a ir conformando como forma social autónoma del Derecho norteamericano, autonomía que se traducirá en la definición de diferencias en su régimen jurídico respecto al de la *partnership*<sup>8</sup>. No puede decirse, sin embargo, que la conformación de la *joint venture*, como categoría autónoma frente a la *partnership*, haya quedado acabada. El desarrollo jurisprudencial no fue uniforme: por una parte, algunos criterios que determinaban la existencia de una *joint venture* (v.gr. la limitación temporal y objetiva de la actividad) comenzaron a ser rechazados en su función delimitadora; y por otra, se hizo frecuente la reconducción de las situaciones calificadas nominalmente como *joint ventures* al régimen jurídico de la *partnership*, con las consecuencias que ello comportaba (v. gr. responsabilidad solidaria y apoderamiento de todos los socios o *mutual agency*). Este modo de proceder determinó que la *joint venture* fuera perdiendo, poco a poco, su espacio conceptual en el Derecho de sociedades, y el progresivo abandono del instituto por los operadores económicos. Comenzó entonces a gestarse la figura de la *joint venture corporation*, que permitía habilitar en la *joint venture* la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales a la cuantía de la aportación.

### **2. La *joint venture* en el ámbito del comercio internacional**

La aparición y expansión de la *joint venture* en el comercio internacional se debe a la proliferación de operaciones de gestión compartida en el ámbito de la extracción de petróleo y de productos minerales<sup>9</sup>. En una primera fase, la estructura de relación comercial de la *joint*

*venture* fue utilizada por las empresas norteamericanas, familiarizadas con esta forma de asociación, para llevar a cabo proyectos conjuntos en el extranjero. Posteriormente, estas empresas introdujeron el mismo modelo cooperativo en sus relaciones con sociedades extranjeras y gobiernos locales, afectando esta circunstancia al mismo concepto de *joint venture*. Durante ese proceso, la idea económica de cooperación subyacente a la *joint venture*, va a ir ganando terreno en el orden conceptual, en detrimento de los presupuestos técnico-jurídicos que la práctica jurisprudencial norteamericana había asociado a esa figura. *La joint venture se convierte así en un supuesto de hecho económico (wirtschaftlichen Sachverhalt)*<sup>10</sup>, cuya instrumentación jurídica podrá tener lugar mediante la utilización de los diferentes soportes jurídicos, contractuales y societarios, de que disponga cada Ordenamiento<sup>11</sup>.

### 3. Planteamientos doctrinales

Según su caracterización económica, la *joint venture* aparece en el capítulo de las alianzas empresariales, o entre las técnicas de *raggruppamento*<sup>12</sup>, societarias o contractuales, dirigidas a vincular económicamente a dos o más empresas, que no pierden por ello su autonomía económica ni jurídica. Dentro de esta idea general, reviste mayor dificultad precisar los rasgos que singularizan a la *joint venture* entre las alianzas empresariales. En efecto, la práctica y la doctrina utilizan el término *joint venture* con muy diferentes sentidos, pudiendo clasificarse las definiciones adoptadas, sin posibilidad de rigor absoluto, en amplias y estrictas, según se reserve el calificativo para un número mayor o menor de supuestos de cooperación entre empresas. A continuación mostraremos las principales líneas conceptuales que se han desarrollado en torno a la noción *joint venture*.

#### A. Concepciones amplias

Según una concepción muy amplia de la noción, la *joint venture* ha sido equiparada a la *cooperación entre empresas*. Esta caracterización supone la consideración como *joint venture* de cualquier tipo de contrato de carácter cooperativo, incluyéndose contratos tan diferentes como los de servicio técnico (*technical services arrangements*), los de licencia de marca y de franquicia (*franchise and brand use agreements*), los acuerdos de construcción de instalaciones o fábricas llave en mano, o los contratos de dirección (*management contracts or rental arrangements*)<sup>13</sup>. Sin embargo, se trata de una concepción minoritaria, que ha sido denunciada al no permitir la individualización de la *joint venture* frente a otras instituciones que, al contrario, no incorporan la voluntad de establecer una relación de carácter asociativo<sup>14</sup>. Dentro también de una concepción amplia, un sector de la doctrina reserva a la expresión *joint venture* un significado más preciso, identificándola, a grandes rasgos, con los acuerdos para el desarrollo, de forma conjunta, de una actividad o proyectos económicos de interés común<sup>15</sup>.

#### B. Concepciones estrictas

El concepto de *joint venture* ha sido acotado desde perspectivas diversas como, por ejemplo, desde el Derecho de la competencia<sup>16</sup>, desde la perspectiva organizativa empresarial<sup>17</sup> o desde una simplemente jurídico-formal<sup>18</sup>, conceptos que, por el enfoque particular adoptado, no han recibido la mejor acogida en el conjunto de la doctrina. Partiendo de la diversidad de situaciones a que puede referir la expresión, otras definiciones se limitan a proponer un elenco de los elementos constitutivos, o frecuentes, en la *joint venture*. Por ejemplo, para C. Turati,

como elementos determinantes de la existencia de una *joint venture* se cifrarían, además de la voluntad asociativa y una sustancial comunidad de intereses entre las partes, la integración de recursos de cada uno de los *joint venturers*, el mantenimiento de la autonomía operativa y jurídica de las empresas asociadas, la participación de los socios en el capital riesgo de la empresa dentro de límites que hagan plausible el intento cooperativo y, como elementos frecuentes en la práctica aunque no necesarios, la participación activa y conjunta de los socios en la gestión estratégica y operativa del acuerdo, así como el carácter complementario de la actividad de los participantes en la *joint venture* respecto al campo de acción usual de los socios<sup>19</sup>. L.O. Baptista y P. Durand-Barthez señalan cuatro caracteres o elementos para la definición de la *joint venture*: el origen y carácter contractual así como la inexistencia de una forma específica, la naturaleza asociativa, es decir el reparto de medios y de riesgos, el derecho de los participantes, independientes entre ellos, a la gestión conjunta, aunque este derecho pueda quedar limitado a la posibilidad de vetar las decisiones más importantes de la empresa, así como el objetivo o duración limitados, no tratándose de la búsqueda del beneficio por todos los medios<sup>20</sup>. Por su parte, F. Wächterhäuser define la *joint venture* como una forma especial de cooperación internacional para un proyecto, en la que un número reducido de socios independientes cooperan empresarialmente, contribuyendo cada uno al proyecto con prestaciones de distinto carácter<sup>21</sup>. Se elevan así a rasgos centrales de la definición de la *joint venture*, la necesidad de que se trate de una cooperación económica dirigida a la realización de un proyecto concreto, la dimensión internacional de la *joint venture*, el carácter cerrado de la operación, la independencia o autonomía económica de los socios así como la contribución de cada uno de ellos al proyecto con arreglo a sus capacidades propias. De forma similar, E. Herzfeld define la *joint venture* como una asociación de un número reducido de participantes en una empresa económica, no necesariamente limitada en el tiempo, sobre cuya dirección ejercen un control conjunto, y que no precisa quedar estructurada en forma corporativa<sup>22</sup>. Por su parte, como rasgos distintivos de la empresa mixta, noción equivalente a la de *joint venture*, R. Dávalos Fernández identifica la presencia de dos o más socios de diferentes países, la acción conjunta de los socios, el objetivo determinado, la participación en la contribución, la participación en los riesgos y beneficios, la participación en el control financiero, la transferencia de tecnología así como la agilidad y la flexibilidad en la forma para adaptarse a los requerimientos de la legislación<sup>23</sup>.

### ***C. Definición adoptada***

La facilitación y ordenación de este complejo ámbito de la práctica del comercio internacional, aconseja acoger una concepción estricta del concepto *joint venture* toda vez que, de otro modo, pierde interés el empleo de la expresión. Al efecto de este trabajo entenderemos por *joint venture* una *operación internacional de cooperación 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 concreto marco social, 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*. Es preciso advertir que la *joint venture*, tal y como ha sido definida, recibe también en el comercio internacional, y por parte de los autores,

otras muchas denominaciones, como empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales u otras<sup>24</sup>.

#### **4. La noción de *joint venture* en el Derecho comunitario de la competencia y en las normativas estatales sobre inversiones extranjeras**

La caracterización eminentemente práctica de la *joint venture* coexiste en la actualidad con conceptos positivos, de Derecho estatal o institucional, desarrollados para la aplicación de las normativas sobre defensa de la competencia, y sobre inversiones exteriores. Se trata de conceptos funcionales, cuya utilización fuera del marco normativo para el que han sido dictados, ha de hacerse con cautela<sup>25</sup>.

En el sector del Derecho de defensa de la competencia, el Derecho comunitario ha generado aproximaciones propias a la *joint venture*<sup>26</sup>. Paradójicamente, aunque el Derecho comunitario prevé, a veces, la aplicación de regímenes de defensa de la competencia diferentes en atención a la presencia o no de una *joint venture*<sup>27</sup>, y parte de una distinción fundamental entre *joint ventures* concentrativas y cooperativas<sup>28</sup> para determinar su tratamiento procedimental, ninguna de las dimensiones normativas de ese Derecho —Tratados y Derecho derivado— proporciona directamente un concepto. Para la reconstrucción conceptual de la *joint venture* cobran valor fundamental los informes de la Comisión sobre política de competencia, que han definido a la *joint venture* como «*une entreprise soumise à un contrôle exercé en commun par deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes les unes des autres*»<sup>29</sup>. De esta definición pueden desprenderse los caracteres esenciales configuradores del concepto, a saber, la existencia de una empresa, sometida al control conjunto de otras empresas y la independencia económica de las segundas. Se trata de un concepto de impronta económica, en la que poco importa la estructuración jurídica de la *joint venture*, siendo posibles tanto una de tipo societario, como una de índole exclusivamente contractual<sup>30</sup>.

En el marco de las políticas de admisión/restricción de las inversiones extranjeras, numerosos países en vías de desarrollo y de la órbita excomunista se han dotado de leyes que ofrecen facilidades a la inversión extranjera cuando ésta se canaliza mediante la creación de una *joint venture* con una empresa local. El concepto de *joint venture*, o sus afines en el correspondiente idioma, adquieren así un valor positivo concreto a efectos de la aplicación de la normativa sobre inversiones exteriores. Entre los ejemplos más recientes, la Ley cubana de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995<sup>31</sup> contiene sendas definiciones de los dos tipos principales de *joint venture*. De un lado, la *sociedad mixta*, equivalente a la *equity joint venture*, se define como «compañía mercantil cubana que adopta la forma de sociedad anónima por acciones nominativas, en la que participan como accionistas uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros» (artículo 3, i); de otro, el *contrato de asociación económica internacional*, que se corresponde con la *contractual joint venture*, es definido como «pacto o acuerdo entre uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros, para realizar conjuntamente actos propios de una asociación económica internacional, aunque sin constituir persona jurídica a las partes» (artículo 3, h).

## **II. FUNCIONES Y TIPOLOGÍA DE LA *JOINT VENTURE***

### **1. *Joint ventures* para la ejecución de proyectos puntuales, *joint ventures* cooperativas, *joint ventures* concentrativas y *joint ventures* de inversión**

Para apreciar las diversas funciones<sup>32</sup> a que puede servir la creación de una *joint venture*, resulta de utilidad proceder a su clasificación con arreglo a diversos criterios. En primer lugar, por su objeto, la doctrina distingue entre *joint ventures* creadas para la ejecución de proyectos puntuales, *joint ventures* de inversión, *joint ventures* de tipo cooperativo y *joint ventures* de concentración. La envergadura técnica o financiera de los grandes proyectos de obras públicas, o de construcción de ensamblajes industriales, impide, o hace poco recomendable, que su ejecución sea asumida en solitario por una empresa. La combinación de las capacidades técnicas y financieras de varias sociedades en una *joint venture*, logra limitar la cuantía de la inversión respectiva, reduce el riesgo empresarial, y permite a las empresas competir en ámbitos de actividad a los que difícilmente podrían acceder en solitario. En este ámbito es frecuente la constitución de *joint ventures* bajo la modalidad *BOT (Build — Operate — Transfer)*, en la que los participantes financian y explotan la infraestructura objeto del contrato hasta su amortización, para cederla después mediante precio al país de acogida<sup>33</sup>. Ello obliga a los constructores a convertirse en banqueros de la inversión, organizar el *pool* de entidades financieras (bancos públicos y privados, socios, obligaciones, etc) y a constituir una sociedad que explote la infraestructura durante varios años<sup>34</sup>. Se consigue así una garantía adicional para el buen fin de la obra, a la vez que la fuente para su financiación.

Las *joint ventures* de tipo cooperativo se caracterizan porque los participantes ponen en común una fase concreta del proceso productivo (*ad. ex.* una central de compras, una unidad de fabricación, sus plantas de investigación), con la finalidad de racionalizar los costes de la empresa, continuando en situación de competencia entre ellos. Las *joint ventures* de este tipo pueden facilitar notablemente, por ejemplo, la penetración en nuevos mercados, al permitir la comercialización de los productos de las sociedades participantes a través de las organizaciones de distribución y de venta de que ya disponen en sus respectivos países. Y sobre todo, facilitan el aprovechamiento, también por las pequeñas y medianas empresas, de las posibilidades que brinda el nuevo mercado europeo<sup>35</sup>.

En las *joint ventures* de tipo concentrativo, las sociedades participantes abandonan de forma definitiva en la *joint venture* un ámbito completo de actividad, lo que produce el efecto económico de una fusión parcial (*Teilfusion*)<sup>36</sup>. Sería el caso de dos sociedades establecidas en el ámbito de las telecomunicaciones que ponen en común, mediante su traslado a una *joint venture*, todas sus actividades en el sector de los servicios informáticos por cable. Generalmente, este tipo de *joint venture* tiene vocación a adquirir una independencia progresiva respecto a sus fundadores, especialmente por el juego de la cláusula de no restablecimiento, lo que autoriza a hablar de concentración. Otras veces, lo que se transfiere a la sociedad *joint venture* no es una parte, sino la totalidad de la empresa, convirtiéndose entonces los participantes en sociedades *holding*<sup>37</sup>, es decir, en sociedades cuyo único objeto es poseer participación financiera en otras. Al generar una concentración, la licitud de esta clase de *joint ventures* debe ser examinada a la vista de las normativas sobre el control de las operaciones de concentración. A la admisión de la *joint venture* como medio de promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el seno de la Comunidad, se opone el respeto al principio de libre competencia (art. 3 del TCEE). Por ello, la Comisión se ha esforzado por establecer con claridad el alcance del Derecho de la competencia respecto a las empresas comunes<sup>38</sup>.

El incremento de las operaciones de *joint venture* se debe también a motivaciones de orden político. En esta perspectiva, las *joint ventures* de inversión han aparecido, de un lado, en sustitución de los métodos tradicionales de colonialismo económico, basados en regímenes de

concesión o licencia y, por tanto, como modelos empresariales acordes con los principios que postula el *NOEI*<sup>39</sup>. Con base en estos principios, muchos países en vías de desarrollo se dotaron de regulaciones sobre el control de las inversiones, en las que era frecuente que apareciesen condicionadas a la constitución de empresas mixtas, participadas normalmente por el Estado, quedando envueltas las *joint ventures*, en muchos casos, en políticas estatales de desarrollo, dirigidas a la implantación de industrias, y al acceso a la tecnología en el país receptor de la inversión.

De otro lado, la creación de *joint ventures* con participación minoritaria del inversor extranjero y mayoritaria del Estado anfitrión, apareció en el tiempo de la guerra fría como una fórmula políticamente adecuada para propiciar las relaciones comerciales Este-Oeste, condicionadas en ese momento por un fuerte endeudamiento exterior de los países del Este. Se salvaban de esa forma los escollos constitucionales de los países comunistas a la admisión de la propiedad privada<sup>40</sup>. En la actualidad, como consecuencia de la desaparición del bloque soviético, el régimen de las inversiones en los países del Centro y Este de Europa ha experimentado profundas modificaciones, admitiéndose incluso la posibilidad de crear sociedades controladas enteramente por capital extranjero<sup>41</sup>. Aun en esta situación, la creación de *joint ventures* con sociedades locales puede seguir conviniendo por la posibilidad que brinda de contar con un participante familiarizado con las relaciones políticas, económicas y culturales locales, por las posibles ventajas en la adjudicación de encargos públicos, por la existencia de mejores perspectivas para la obtención de las autorizaciones necesarias para la realización de una inversión<sup>42</sup> o, simplemente, por la obtención de un régimen fiscal más ventajoso.

## **2. *Joint ventures* horizontales, verticales y conglomerado**

En atención a las relaciones entre el ámbito de las actividades propias de los participantes, y el de la *joint venture*, es clásica la distinción entre *joint ventures* horizontales, verticales y conglomerado. En una *joint venture* horizontal, la empresa común actúa en la misma fase económica en la que se desenvuelve la actividad de los participantes en el proyecto. En la vertical, la *joint venture* tiene por objeto una fase anterior o posterior del proceso productivo. Por ejemplo, la cooperación se limita a la puesta en común de la publicidad, del transporte, de una central de aprovisionamiento, a la fabricación en común de un producto intermedio, a la distribución conjunta de los productos fabricados por las sociedades participantes, o a la gestión común de las iniciativas en el ámbito de la investigación y el desarrollo. Las *joint ventures* conglomerado actúan en un ámbito económico que no es el propio de las sociedades madres. Sería el supuesto en el que dos sociedades que se dedican a la producción de automóviles, acuerdan entrar, de forma conjunta, en el mercado del alquiler de coches. En sentido parcialmente distinto, la doctrina alemana también distingue las *joint ventures* según asuman o no todas las fases de la actividad de la empresa<sup>43</sup>. Conforme a esta clasificación, la *joint venture* puede abarcar una única etapa del proceso productivo (v. gr. distribución, investigación, publicidad, compra), hablándose entonces de una cooperación funcional (*funktionaler Kooperation*) o bien todas las fases de la actividad de la empresa, desde el aprovisionamiento hasta la distribución de los productos, (*gegenständlicher Kooperation, Vollunternehmen*).

## **3. *Joint ventures* entre particulares, *joint ventures* entre particulares y Estados, y *joint ventures* entre Estados**

En razón de la calidad de los participantes en la operación, cabe hablar de *joint ventures* entre particulares, *joint ventures* entre particulares y un Estado, y *joint ventures* entre Estados<sup>44</sup>, asimilables a las empresas comunes<sup>45</sup>. La participación del Estado en la *joint venture*, junto a una sociedad privada, suele ser frecuente en las relaciones comerciales Norte-Sur y Este-Oeste, y suscita problemas específicos en relación con el régimen de la operación. Como titular de la soberanía (*Hoheitsträger*), el Estado podría modificar, unilateralmente, el régimen legal aplicable a la inversión<sup>46</sup>. Para la resolución de controversias en este tipo de *joint ventures*, suele ser frecuente el recurso al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIRDI o *ICSID*), creado por el convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados<sup>47</sup>. La finalidad de este convenio es establecer un marco de resolución de controversias que favorezca la confianza en el establecimiento de contratos de inversión entre Estados y nacionales o empresas de otros Estados.

#### **4. Relevancia jurídica de la distinción entre *equity joint venture* y *non equity joint venture***

En atención a sus posibles articulaciones jurídicas, la noción *joint venture* abraza dos realidades bien diferentes<sup>48</sup>: de un lado la llamada *contractual o non equity joint venture* dirigida normalmente a la ejecución de un proyecto limitado en el tiempo, donde la cooperación se agota en relaciones puramente contractuales; de otro la *equity joint venture* o *joint venture corporation*<sup>49</sup>, caracterizada por la presencia instrumental de una sociedad de capitales (sociedad *joint venture*) controlada conjuntamente por los participantes. En atención a la diversidad de problemas jurídicos que pueden suscitar uno y otro tipo, la doctrina recomienda el análisis separado de la *contractual joint venture* y de la *joint venture corporation*.

### **III. CARACTERIZACIÓN DE LA *EQUITY JOINT VENTURE***

#### **1. Concepto y distinción de otras figuras**

El presente trabajo se va a ocupar sólo y exclusivamente del análisis de ley aplicable que merece la *equity joint venture* o *joint venture corporation* que, como se acaba de señalar, es aquella *variedad de joint venture en la que los participantes instrumentan la cooperación a través de una sociedad conjunta*<sup>50</sup>. Como instrumento de la cooperación, las sociedades participantes crean una estructura societaria, prevista y regulada por un Derecho estatal. El régimen jurídico de la cooperación derivará, en este caso, de los pactos contractuales establecidos entre los participantes en la operación (primer nivel de regulación), así como de la regulación que corresponda a la sociedad conjunta creada al efecto (segundo nivel de regulación), cuyo capital queda repartido entre las sociedades participantes. En el presente trabajo, aquella sociedad será denominada indistintamente sociedad común, sociedad conjunta o sociedad *joint venture*. Las sociedades que intervienen en la *joint venture*, y que detentan el control conjunto de la sociedad común, serán denominadas sociedades participantes o simplemente participantes, viniendo a significar con ello la misma idea que se quiere decir con la denominación anglosajona *joint venturer*<sup>51</sup>.

Definido de forma positiva lo que es una *equity joint venture*, conviene también proceder a una delimitación de carácter negativo. Pues bien, en razón de la existencia de una sociedad conjunta jurídicamente independiente de las sociedades participantes, la *equity joint venture* se desmarca, en primer término, de todas aquellas formas de cooperación de carácter puramente

contractual (*ad. ex.* los consorcios contractuales). De otro lado, la *equity joint venture* se distingue netamente de la *fusión internacional de sociedades*, que supone la extinción de, al menos, una de las sociedades implicadas. La *equity joint venture* se distingue también de la mera filial, en cuanto el control estable o de dependencia efectiva no se realiza por una sola empresa, sino por varias. Por otra parte, desde las trazas definitorias del grupo de sociedades, si bien en uno y otro caso intervienen sociedades jurídicamente independientes, las sociedades participantes en la *joint venture*, al contrario de las que forman el *Konzern*, son económicamente independientes unas de otras y no se encuentran sometidas a una dirección unitaria<sup>52</sup>. En atención a la participación significativa de los *joint venturers* en el control y dirección de la sociedad conjunta, la *equity joint venture* se diferencia de las simples inversiones de cartera (*Portfolio-Investitionen*)<sup>53</sup>.

## 2. Estructura jurídica y creación de la *equity joint venture*

### A. Intereses determinantes de la articulación jurídica

La conformación jurídica de la *equity joint venture* responde a la necesidad de proporcionar una adecuada reglamentación a las complejas relaciones de dependencia y de colaboración que los participantes pretenden instaurar entre ellos, de un lado, y con la sociedad común, de otro. El conjunto de esta reglamentación puede afectar a muy diferentes aspectos o dimensiones, estrechamente interrelacionados unos con otros. La participación de cada socio en el capital de la sociedad común, las relaciones de suministro y de prestación de servicios entre los participantes y la sociedad *joint venture*, la transferencia de tecnología en favor de esa sociedad, la coordinación de la acción empresarial de las sociedades madres, la construcción jurídica de una influencia efectiva de cada participante sobre el proceso de adopción de las decisiones, etc, son, todas ellas, cuestiones que han de recibir una respuesta coordinada. Por ejemplo, el participante que asume un mayor riesgo financiero en la operación, normalmente pretenderá ejercer también una mayor influencia sobre los procesos de dirección del proyecto<sup>54</sup>; la sociedad que proporciona el soporte tecnológico fundamental para la ejecución del proyecto común, mostrará gran interés en lograr la máxima protección para los derechos de propiedad industrial o secretos técnicos que aporte; dado que las sociedades participantes podrían concurrir con la sociedad *joint venture* en el desarrollo de una misma actividad económica en un mercado, el éxito de la operación aconsejaría la inclusión en el contrato de acuerdos de delimitación de mercados y de no competencia. Por otra parte, con independencia de que alguno de los participantes controle la mayoría del capital y la gestión de la empresa conjunta, el socio que presta y cede su imagen corporativa mostrará interés en poseer el derecho de aprobar o de vetar toda modificación de los elementos que componen dicha imagen<sup>55</sup>.

En principio, la articulación jurídica de la *equity joint venture* podría quedar aligerada mediante la incorporación de ese entramado de relaciones al ente social creado al efecto, a través de la inserción de las cláusulas oportunas en los estatutos de la sociedad. Sin embargo, la menor o escasa flexibilidad de la estructura social seleccionada para constituir la sociedad *joint venture*<sup>56</sup>, la conveniencia, incluso en presencia de estructuras sociales flexibles<sup>57</sup>, en mantener la confidencialidad del vínculo creado por razones de estrategia empresarial<sup>58</sup>, la posibilidad de evitar de este modo procedimientos rígidos, como los sociales, para la modificación del proyecto, así como la necesidad de vincular a los participantes más allá de la extinción de la sociedad común, suelen hacer recomendable que la relación básica de cooperación quede, en

sus aspectos fundamentales, fuera del marco social. A esta finalidad responde el denominado *acuerdo base de joint venture*, que constituye la pieza central de la cooperación entre los participantes. Junto a esta necesidad, la concreción de los aspectos particulares de la relación (*ad. ex.* relaciones de suministro de cada participante a la *joint venture*, contratos de licencia de marcas o patentes, etc.), normalmente encuentra mejor localización jurídica en un marco de regulación independiente respecto al contrato de cooperación. Aparecen así los contratos satélites, en los cuales cabe establecer una regulación más detallada para los aspectos singulares en una operación de *equity joint venture*. Junto a la sociedad conjunta, la *equity joint venture* se caracteriza por articular un conjunto contractual formado por el acuerdo base de *joint venture* y por los acuerdos satélites.

### **B. El acuerdo de base o contrato de joint venture**

El contrato de *joint venture*<sup>59</sup> es el acuerdo por el que los participantes en una operación de *equity joint venture* convienen sobre la creación de la sociedad o filial común, sobre sus objetivos, actividades y duración, así como sobre el modo en que tendrá lugar el control y dirección conjuntos de esta sociedad<sup>60</sup>. El acuerdo de base da origen a la operación de *joint venture*<sup>61</sup> y suele contener, de forma programática, la planificación del proyecto cooperativo que va a ser desarrollado por los participantes. La peculiaridad de este contrato radica, fundamentalmente, en la misión que despliega en el marco de la relación entre los *joint venturers*, que no se ciñe simplemente a completar o modificar el contenido de los estatutos de la sociedad común. Por el contrario, desarrolla una *función directiva* de la operación, lo que le otorga rango superior a la del resto de los elementos jurídicos que conforman la relación *joint venture*, de especial trascendencia en el plano hermenéutico así como en caso de divergencias de contenido entre unos y otros componentes<sup>62</sup>.

El contenido del contrato base de *joint venture* puede variar fuertemente de uno a otro caso, en función del objetivo que se persiga. De ahí la dificultad en establecer un formulario tipo para esta clase de contratación<sup>63</sup>. Junto a las menciones preceptivas, relativas a los sujetos intervinientes, y a las manifestaciones que, a modo de preámbulo, hacen las partes sobre su interés en el proyecto, los contratos de *joint venture* suelen contener una parte programática, sin valor jurídico directo<sup>64</sup>. El resto de cláusulas de estos contratos podría integrarse en tres grupos o apartados básicos, a saber, las estipulaciones relativas a la creación de la sociedad conjunta, los compromisos de aportación concreta de los participantes a la sociedad *joint venture* (*ad. ex.* contratos de licencia de marcas, de asistencia técnica, de distribución, etc), y los pactos referentes al diseño del control y dirección de la misma. Junto a este contenido básico, son también frecuentes cláusulas que regulan el comportamiento de los participantes (*ad. ex.* pactos de no concurrencia con la actividad de la sociedad *joint venture* o pactos de confidencialidad), que autorizan para recabar financiación suplementaria para el desarrollo del proyecto, que someten la eficacia del contrato a condición suspensiva<sup>65</sup>, o que señalan la duración y las causas y modos de terminación de la *joint venture*. También es frecuente la inserción de cláusulas de designación de ley aplicable y de pactos de sometimiento de las cuestiones litigiosas al arbitraje internacional.

En primer lugar, el precontrato de sociedad contendrá los acuerdos relativos a la denominación, la nacionalidad, el domicilio social, y la forma jurídica de la nueva sociedad, su estructura orgánica y financiera, sus estatutos, así como pactos referentes a otros aspectos relacionados con su estructuración orgánica y financiera o con sus objetivos (*ad. ex.* cuantía del capital social, modalidades de desembolso, cuadros orgánicos directivos, objeto social, lugares

en los que desplegará sus actividades, duración, política comercial, etc). En este ámbito, la libertad de los participantes habrá de ceñirse a los límites establecidos por el Derecho aplicable a la sociedad *joint venture*. El contrato de *joint venture* suele incorporar, normalmente en forma de anexo, los estatutos de la sociedad *joint venture*. Cuando la sociedad no es de nueva creación, el contrato de *joint venture* puede bien prever directamente la adquisición accionarial por alguno de los participantes, bien hacer referencia al contrato preliminar de compraventa de acciones, que suele ser concluido con anterioridad al contrato de base en esta modalidad de creación de la sociedad común.

Bajo la denominación «aportaciones de las partes», u otras similares, el contrato de *joint venture* regula de forma detallada los compromisos de aportación a la sociedad común que asume cada participante, que vendrán definidos en atención a las capacidades que fueron determinantes para la selección de los socios de la *joint venture*, (v. gr. experiencia reconocida en un ámbito de actividad comercial, ubicación estratégica en un mercado, etc). El contenido de estas aportaciones puede ser muy dispar y depende, en gran parte, del tipo o clase de actividad comercial o industrial que vaya a desplegar la sociedad común. Entre estas obligaciones singulares pueden mencionarse las relativas a la provisión de materias primas a la sociedad común, las concernientes a la dotación y adiestramiento de su personal, al asesoramiento de sus órganos, a la concesión de licencias de marcas, patentes o información sobre un concreto *know-how*, regulándose asimismo los derechos de reversión de los activos aportados en caso de extinción, o la provisión de los medios financieros que precise la construcción, para la sociedad común, de instalaciones «llave en mano». No es infrecuente que se prevea el pago de *royalties*, a cargo de la sociedad común, como contraprestación por los derechos de propiedad industrial cedidos a ésta por uno de los participantes. En muchas ocasiones, la necesidad de proporcionar una regulación más detallada a estas obligaciones, de imposible establecimiento en el momento de conclusión del acuerdo base, o de aplazar su eficacia hasta un momento posterior, determinan que el acuerdo base se limite a prever la posterior conclusión de diferentes contratos entre la sociedad común y uno de los participantes, a través de los cuales tendrá lugar la aportación. Estos contratos, denominados acuerdos satélites, suelen aparecer formulados, en sus aspectos fundamentales, en el propio acuerdo base de *joint venture*, con lo cual se elimina, al menos en parte, la incertidumbre que supondría emprender con posterioridad un nuevo proceso de negociación<sup>66</sup>. El interés en definir en el acuerdo de base, de la forma más precisa posible, los elementos esenciales de los contratos satélites se hace patente, ante el peligro de desviaciones del beneficio de la *joint venture*, producidas a través de la técnica de los precios de transferencia<sup>67</sup>.

Una de las partes más interesantes del contrato de *joint venture* es la relativa a los acuerdos o pactos parasociales<sup>68</sup>, que carecen de publicidad al no quedar contenidos en los estatutos sociales. Por medio de estos acuerdos, los participantes establecen sus compromisos recíprocos como accionistas de la sociedad común, en lo relativo a la gestión y control de esta sociedad, así como en relación con la transmisibilidad de sus acciones<sup>69</sup>. En primer lugar, para formar la voluntad de la sociedad común (*Willensbildung*), el contrato de base puede contener exigencias de quórum reforzado para la toma de decisiones por la sociedad común en ciertas materias, pactos de accionistas (*voting trust agreement, convention d'actionnaires, Stimmbindung*), que vinculan el voto de los participantes en la *joint venture* en los más diversos sentidos (*ad. ex.* la designación de los miembros del Consejo de Administración, la designación del Presidente y Consejero Delegado, la concesión de determinados poderes a uno y otro, el desarrollo de la auditoría anual del balance y de las cuentas de resultados de la sociedad común por una

sociedad de primer nivel, el reparto del máximo dividendo posible después de impuestos y de dotación de las reservas legales, la fijación de la política de la empresa a largo plazo, etc), así como la previsión de mecanismos para superar situaciones de punto muerto o parada (*dead lock devices*) en los órganos de administración de la sociedad, lo que es frecuente cuando se trata de *joint ventures* paritarias participadas al cincuenta por ciento. El interés por conocer la ley aplicable a estos pactos es notable, habida cuenta que no todas las legislaciones los admiten, ni todas en igual medida<sup>70</sup>. Incluso en la actualidad, en las legislaciones que los admiten, la doctrina discute sobre la posibilidad de afirmar limitaciones a su validez, en la medida en que alteran el funcionamiento de la sociedad, tal y como emerge hacia los terceros en los estatutos sociales<sup>71</sup>. Siempre que resulten válidos y admitidos por la legislación aplicable, la eficacia de los pactos parasociales suele ser puramente obligacional, por lo que resultarán inoponibles frente al resto de socios así como frente a la sociedad y a los terceros<sup>72</sup>.

La sociedad conjunta es frecuentemente una sociedad de capitales, cuyas acciones o participaciones pueden ser transmitidas, con mayor o menor libertad, en conformidad con lo establecido por el Derecho rector de la sociedad. Con esta dinámica, cualquiera de los *joint venturers* podría ceder su posición en la sociedad conjunta a uno o a varios terceros, que no estarían vinculados por los acuerdos previos de *joint venture*, lo que comportaría, tras un posible cambio de política, el quebranto de las expectativas de negocios y de beneficio programadas a largo plazo en el acuerdo de base. Para asegurar la realización de las políticas comerciales acordadas en el contrato de *joint venture*, así como el control y dirección conjuntos, resulta preciso adoptar pactos que establezcan un régimen especial de transmisibilidad de las acciones de la sociedad común<sup>73</sup>. Para los supuestos de enajenación de participaciones a terceros, suelen pactarse también derechos de preferencia en favor de los participantes, cuya eficacia variará según queden contenidos en los estatutos o se hallen en el nivel parasocial<sup>74</sup>. En la actualidad, la doctrina discute sobre la existencia de límites a la admisibilidad de los pactos extraestatutarios que tienen por objeto restringir la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales<sup>75</sup>.

Para resolver las situaciones de *impasse* o de punto muerto, que pueden producirse como consecuencia de *empate* en la decisión de los órganos sociales, el contrato de *joint venture* suele prever mecanismos de arreglo de diferencias, de carácter interno (*ad. ex.* recurso al voto de calidad del presidente, avocación de la decisión a los jefes de primera línea de las sociedades participantes), o de carácter externo (*ad. ex.* intervención de un mediador, o de un experto independiente). También suelen preverse mecanismos que permiten la disolución de la *joint venture* cuando las diferencias persisten. La práctica es rica en modalidades de disolución de la *joint venture*, aunque la mayoría de ellas conduce a la salida de uno de los socios, y a la asunción de la participación de éste por el otro u otros, con lo que se extingue la relación *joint venture*<sup>76</sup>. Dicha salida puede generar transtornos económicos que conduzcan a la desaparición de la sociedad *joint venture*, especialmente cuando el socio que parte es el que suministra la tecnología o presenta los clientes principales, o cuando la salida comporta la pérdida del régimen ventajoso en materia fiscal o de inversiones extranjeras de que disfrutaba la *joint venture*.

### C. Los contratos satélites

Con la expresión *contratos satélites*<sup>77</sup> la doctrina y práctica del comercio internacional alude a aquellos contratos, contemporáneos o posteriores al acuerdo de base<sup>78</sup>, que completan y definen los derechos y obligaciones de las partes en la *joint venture*. Su objetivo suele consistir

en prestar diversos servicios a la sociedad *joint venture*, con el fin de no imponer a esta sociedad la carga de poner en funcionamiento servicios o instalaciones de las que ya disponen los participantes<sup>79</sup>. Según la opinión más generalizada, la caracterización de los contratos satélites no viene dada por su contenido negocial, que puede variar según cuál sea la finalidad perseguida, sino por la consideración de su elemento subjetivo; como partes de estos contratos aparecen, de un lado, la sociedad *joint venture* y, de otro, una de las sociedades participantes en el proyecto<sup>80</sup>. Al contrario, por su contenido pueden responder al esquema de los más variados tipos de negocios, típicos y atípicos, siendo frecuentes contratos de préstamo, de licencia de patentes y marcas, 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 celebración de contratos satélites en una *joint venture* no responde siempre a la misma finalidad. Como dijimos con anterioridad, su existencia puede deberse, por ejemplo, a la conveniencia de proporcionar una regulación más detallada a un conjunto de obligaciones, fuera del contrato que da cobertura al conjunto de la operación. O venir determinada por la imposibilidad de acordar todos los detalles de esta regulación en el momento de la celebración del acuerdo base<sup>81</sup>. La independencia formal de los contratos satélites puede venir motivada por el interés, manifestado por alguno de los participantes, en vincular también jurídicamente a la sociedad común. Por otra parte, la existencia de los contratos satélites dota de un marcado dinamismo a la relación *joint venture*, al permitir el aplazamiento de la exigibilidad de obligaciones ya establecidas en el acuerdo de base, o el establecimiento de nuevas relaciones contractuales que vengan exigidas por la evolución comercial de la *joint venture*, sin que haya sido prevista su conclusión concreta en el acuerdo de base. Igualmente, la autonomía de las diferentes unidades contractuales permite someter cada una de ellas al derecho estatal más conveniente, a la vez que posibilita el recurso a jurisdicciones estatales o arbitrales distintas, en función de la concreta necesidad. En este sentido, la práctica muestra cierta tendencia a la inclusión de convenios arbitrales en el acuerdo base de *joint venture*, y de convenios de sumisión a tribunales estatales en los contratos satélites. En la existencia de los contratos satélites es posible también apreciar, a veces, la voluntad de los participantes de conceder cierta autonomía a tales relaciones. Prueba de ello es la frecuente existencia en estos contratos de cláusulas, que regulan expresamente su conservación tras la terminación de la *joint venture*<sup>82</sup>.

Cuando uno de los participantes en la operación es un Estado, suele ser frecuente que intervenga un *contrato de inversión*, entre el país anfitrión y el inversor extranjero, por virtud del cual se garantizan, de forma individualizada y normalmente marginando la normativa de general aplicación, los términos de la inversión<sup>83</sup>. El gobierno se compromete a facilitar la realización del proyecto común mediante el otorgamiento de concesiones de explotación de materias primas, a través de la ejecución de obras de infraestructura necesarias para la realización del proyecto, de la concesión de subvenciones, así como del establecimiento de un tratamiento ventajoso en los ámbitos fiscal y laboral que permita, en este segundo campo, el empleo de personal extranjero. El contrato de inversión suele contener disposiciones especiales relativas al régimen de control de cambios aplicable a la *joint venture*, así como al que se sujetará la ulterior desinversión y repatriación del capital, ofreciendo garantías frente a la posibilidad de una eventual expropiación. Suele ser frecuente el establecimiento de cláusulas de estabilización del Derecho aplicable, cuyo propósito es excluir la incidencia de las

modificaciones legislativas posteriores a la conclusión del contrato<sup>84</sup>. La celebración de esta clase de contratos resulta especialmente recomendable en las *joint ventures* creadas en países en vías de desarrollo y con cierta inestabilidad política. A juicio de C.Th. Ebenroth, el contrato de inversión puede ser caracterizado como un contrato mixto de carácter público y privado, siendo las partes libres para determinar el régimen jurídico del contrato<sup>85</sup>.

#### D. *La sociedad joint venture*

La *equity joint venture* se caracteriza porque la cooperación queda canalizada a través de una sociedad común, llamada también sociedad portadora del proyecto (*Trägersgesellschaft*) o sociedad *joint venture*. La existencia de esta sociedad permite dotar de autonomía al proyecto frente a terceros, necesidad especialmente sentida en las *joint ventures* de carácter concentrativo, logra limitar la responsabilidad de los participantes, siempre que se opte por una forma societaria que atienda esta finalidad, comporta la existencia de una contabilidad separada, que proporciona una mejor transparencia y mejor idea sobre la evolución de la actividad de la *joint venture*, facilita el recurso a la financiación externa, y habilita, por último, una caja de tesorería única, de especial interés cuando la *joint venture* cuenta con numerosos centros operacionales. La creación de la sociedad *joint venture* puede tener lugar, mediante la constitución *ex novo* por los participantes de esta sociedad, a través de la adquisición por el resto de acciones de una sociedad controlada con anterioridad por uno de ellos, o de la creación de un control conjunto por los participantes sobre una sociedad que antes era independiente<sup>86</sup>.

La elección de la forma jurídica de la sociedad común obedece, fundamentalmente, a consideraciones organizativas, fiscales y financieras<sup>87</sup>. En el aspecto fiscal habrá que considerar no sólo la tributación a que queda sometida la constitución de la sociedad *joint venture*, sino especialmente la fiscalidad en el ámbito de la empresa conjunta, y en el ámbito de las relaciones económicas entre ésta y sus accionistas. Resultará preferible el régimen de transparencia, lo que determinará cierta inclinación hacia sociedades sin personalidad jurídica, sociedades de personas u otras entidades que se benefician de ese régimen. Cuando no sea de aplicación el régimen de transparencia, habrá que prestar atención a la existencia de Tratados dirigidos a excluir la doble imposición internacional<sup>88</sup>.

En el aspecto organizativo, se insiste en que la forma societaria óptima para la *joint venture* ha de permitir la existencia de un capital, conceder libertad para fijar su cuantía, autorizar la posibilidad de acudir al mercado de capitales, reconocer la limitación de la responsabilidad<sup>89</sup>, y por tanto del riesgo, de los participantes, así como tolerar regulaciones especiales en materia de transmisibilidad de la condición de miembro de la sociedad. Por otra parte, en la selección de la forma jurídica interesará la regulación del aspecto orgánico, tanto en su vertiente interna (*ad. ex.* proceso de toma de decisiones, control e influencia efectiva de cada participante sobre la sociedad común, etc), como externa (existencia de una persona jurídica que actúe de cara a terceros). En este sentido, resultará especialmente indicada una *forma social flexible*, que permita una estructuración organizativa interna en conformidad con las exigencias de la cooperación, que autorice el establecimiento de obligaciones de contribución y de confianza de los participantes, que no imponga rígidas obligaciones de publicidad respecto a la relación de cooperación, y que permita una *personalización* adecuada de la sociedad. Por ello, para la creación de la *joint venture*, resultará del mayor interés indagar en las posibilidades que brinde la regulación del tipo de sociedad que se pretenda constituir. El interés práctico de la cuestión es claro, habida cuenta que, en principio, sólo la incorporación a los estatutos de los pactos determina su plena eficacia<sup>90</sup>.

Cuando la operación de *equity joint venture* deba canalizarse a través de una sociedad española, las únicas opciones de organización válidas, de pretenderse la limitación de la responsabilidad de los socios, son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada<sup>91</sup>. Más difícil resulta afirmar la mayor conveniencia de alguno de estos tipos sociales sobre el otro para la creación de la sociedad *joint venture*, a la vista de las escasas diferencias entre uno y otro tipo social<sup>92</sup>. En primer término, puede afirmarse que la forma de la SA no es incompatible con las exigencias de construcción social que requiere la *joint venture*<sup>93</sup>. Por ejemplo, en el ámbito de la sociedad anónima española, se admite la prohibición, siempre que sea temporal, de enajenar las acciones (art. 9.1 k, y art. 123.4 RRM), se permite imponer a los socios prestaciones accesorias (art. 9.1 l), lo que autorizará, en su caso, a insertar en los estatutos el contenido de ciertos contratos satélites, que podrían adquirir relevancia social (*ad. ex.* suministros de materias primas, prestaciones de servicios, licencia de marca, etc). En el orden de la adopción de decisiones, la sociedad anónima española permite, por ejemplo, que se pacte la exigencia de especiales mayorías para la toma de los acuerdos, de modo que, sin llegar a la unanimidad, exista de hecho un derecho de veto del resto de los participantes (*vid.* artículo 9.1 i)<sup>94</sup>. Igualmente, se permite una construcción flexible en los estatutos de la estructura y funcionamiento del órgano de administración (artículo 9.1 h), donde podría incluso arbitrarse la posibilidad de un administrador único. Pueden establecerse, asimismo, requisitos especiales de convocatoria. Se admite también que los estatutos limiten el número máximo de votos del accionista o de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo (artículo 105.2 LSA). Por último, cabría establecer causas de disolución de la sociedad y de separación del socio añadiendo nuevas causas a las establecidas legalmente.

En segundo lugar, la nueva LSRL también admite amplias posibilidades para la incorporación del elemento cooperativo a la sociedad, que pueden servir para dar relieve social a los pactos que son más frecuentes en la *joint venture*. En concreto, la nueva regulación prevé la posibilidad de acordar prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital (artículos 22-25), o la de establecer limitaciones a la transmisibilidad de las participaciones (artículo 29) y mayorías especiales para la adopción de decisiones, no obstante sin llegar a la unanimidad<sup>95</sup>. El único inconveniente de estos tipos sociales radica en la necesaria publicidad a que quedan sometidos sus estatutos.

En el Derecho de sociedades de algunos países de nuestro entorno, la regulación de la sociedad anónima se sujeta en cambio a pautas más rígidas, lo que puede impedir en gran medida las posibilidades de construcción social que se han descrito<sup>96</sup>. Precisamente, esta excesiva rigidez está determinando un proceso de reforma en la ordenación tipológica de las sociedades, orientada a excluir rigideces innecesarias en la estructura interna de algunas de ellas. En las reformas más recientes del Derecho Comparado hay que destacar las emprendidas en los ordenamientos alemán<sup>97</sup> y francés<sup>98</sup>. Frente a la posición del Derecho europeo, numerosos Estados norteamericanos se han dotado de regulaciones sociales específicas para las sociedades cerradas (*close corporation*) que, dadas las trazas comunes con la *joint venture*, pueden servir de forma adecuada para instrumentar a la sociedad común<sup>99</sup>.

Pese a su carácter netamente supranacional, las formas societarias del Derecho comunitario muestran idoneidad desigual para dar marco propicio a la *equity joint venture*. De un lado, por la impronta específicamente internacional que incorpora, la sociedad anónima europea (SAE)<sup>100</sup> estaría llamada a constituir una forma social válida para vestir jurídicamente a la sociedad *joint venture* en las concentraciones de carácter comunitario, y en este sentido la propuesta modificada de Reglamento prevé la constitución de la SAE mediante la creación de una filial

común. Por el contrario, la AEIE, figura societaria que resulta ya plenamente operativa, sólo podrá servir para instrumentar a las *joint ventures* cuyas actividades sean auxiliares respecto a las de los participantes, contando con el beneficio de la transparencia fiscal. No resultará apropiada, sin embargo, cuando la *joint venture* se destine principalmente a actividades de cara al exterior, al no contar con la responsabilidad limitada de los miembros por las deudas de la Agrupación (vid. art. 24.1 del Reglamento).

### 3. Calificación jurídico material del contrato de base

La inexistencia en los ordenamientos jurídicos de disposiciones pensadas especialmente para los contratos de *joint venture*, determina la necesidad de reconstruir el régimen jurídico de este acuerdo desde disposiciones y principios generales<sup>101</sup>, teniendo en cuenta su calificación jurídico material. Esta calificación aparece dificultada, en primera instancia, por el muy diverso contenido del acuerdo base de *joint venture*. En efecto, la presencia en ese contrato de una variada gama de elementos sociales y sinalagmáticos ha hecho dudar a la doctrina comparada sobre su caracterización como *contrato de sociedad* o como *contrato innominado*<sup>102</sup>. En definitiva, se trata de saber si para integrar el contenido de este contrato deben aplicarse las normas generales del Derecho de los contratos sinalagmáticos o del Derecho de sociedades. Esta calificación material del contrato base de *joint venture* despliega sus principales efectos en el ámbito de la segunda calificación, es decir, la dirigida a la identificación de las concretas normas materiales que deban aplicarse del Derecho designado por la norma de conflicto. En cambio, como veremos, la calificación social o contractual innominada que deba merecer este contrato en cada ordenamiento, no ha de resultar, en sí, determinante para su ordenación conflictual en el ámbito del DIPr., es decir, para determinar la norma de conflicto aplicable<sup>103</sup>. La calificación material que corresponda al contrato de *joint venture* aparece condicionada por las concepciones propias del sistema jurídico respecto del cual se esté enjuiciando el contrato, lo que puede determinar calificaciones no coincidentes. Antes de analizar la naturaleza de este contrato en Derecho español, y por el valor que pueda tener, nos detendremos someramente en las calificaciones que el acuerdo base de *joint venture* ha recibido en otros sistemas jurídicos.

Aunque con alguna excepción, la doctrina comparada que ha examinado esta cuestión atribuye naturaleza societaria al contrato de *joint venture*. La inclusión en el contrato de obligaciones de los participantes en favor de la *sociedad joint venture* —se afirma— para nada empañaría esta calificación social. Por ejemplo, para el sistema jurídico alemán se ha defendido que el contrato de *joint venture* constituye la sociedad que contempla el Código Civil (*Gesellschaft der Bürgerliches Gesetzbuch*) y cuya regulación queda contenida en los §§ 705 y ss del *BGB*<sup>104</sup>. En el Derecho suizo, el contrato de *joint venture* ha sido asimilado a la sociedad simple (*einfache Gesellschaft*)<sup>105</sup>. No obstante, si bien en posición minoritaria, cierto sector doctrinal considera a los contratos de *joint venture* como contratos innominados<sup>106</sup>. Esta posición, sin embargo, ha sido severamente combatida, afirmándose que esta calificación supondría privilegiar el momento contractual, demasiado débil en el contrato de *joint venture* en relación con el elemento social<sup>107</sup>.

En nuestro ordenamiento, para abordar la calificación que ha de corresponder al contrato de *joint venture* resulta preciso verificar si en este contrato se dan los elementos esenciales que caracterizan al *contrato de sociedad*, cuestión que resulta en sí misma controvertida en la doctrina española<sup>108</sup>. Sin perjuicio de este debate, y ante la necesidad de adscribirnos a una de las corrientes en presencia, con un autorizado sector de la doctrina cabría identificar como elementos esenciales del contrato de sociedad la *comunidad de fin*, la *contribución común* y el

*origen negocial*<sup>109</sup>. Pues bien, a la vista de su contenido material no sería difícil acomodar el contrato de *joint venture* a estos caracteres<sup>110</sup>. Además del indubitado origen negocial del acuerdo base, la comunidad de fin se plasma fundamentalmente en la *creación y organización de una sociedad común*, sin perjuicio de que cada sociedad participante pueda tener interés en este fin por sus propios motivos, que pueden ser distintos (*ad. ex.* para tener acceso a un nuevo mercado en mejores condiciones, para adquirir una especial capacitación industrial, etc). Esta comunidad de fin se percibe especialmente en las cláusulas relativas a la *organización conjunta* de la sociedad *joint venture*, que tienen por objeto asegurar el mantenimiento de la comunidad de intereses entre los participantes (*ad. ex.* exigencia de mayorías o de *quorum* cualificados, o de la regla de unanimidad, pactos sobre el derecho de voto, reglas de representación así como limitaciones a la transferencia de las acciones o participaciones de la sociedad *joint venture*). Otros elementos también dejarían traslucir la existencia de una comunidad de fin, como por ejemplo, la participación en beneficios y pérdidas, los amplios derechos de control y de colaboración de los participantes en la sociedad *joint venture*, la duración indeterminada o ampliamente prolongada del vínculo, la existencia de contratos de cambio de larga duración (alquiler, arrendamiento, trabajo) o, la especial relación de confianza que se genera entre las sociedades participantes en la operación.

Por otra parte, la existencia de sociedad no exigiría, en sí, una aportación en sentido material, bastando la *promoción en común de la comunidad de fin*. Por ello, una situación jurídica podrá ser apreciada como sociedad incluso en ausencia de aportaciones en sentido estricto, es decir, de contenido patrimonial. De gran parte de las estipulaciones que advierten la existencia de fin común se infiere también la presencia de comunidad en la contribución. En efecto, del contenido del contrato de *joint venture* se desprende la voluntad de todas las sociedades participantes no sólo de perseguir de modo duradero el fin común sino, igualmente, de influir con su actividad en la consecución de este fin común. Basta recordar *v. gr.* las estipulaciones relativas a la formación de la voluntad social (modificaciones de mayorías o de *quorum* mediante pactos accionariales), que hacen necesaria la voluntad concurrente de las sociedades participantes para impulsar la actividad de la sociedad *joint venture*.

A la vista de estas aclaraciones, cabe concluir en la *naturaleza social* del contrato de *joint venture*, siendo de aplicación, por tanto, las normas de este sector del ordenamiento. Cuestión distinta será determinar el concreto régimen jurídico que deba atribuirse a esta sociedad, lo que en nuestro ordenamiento depende de una doble variable, a saber, el carácter interno o externo de la misma, y su carácter civil o mercantil<sup>111</sup>. La dualidad de regímenes jurídicos que conoce nuestro ordenamiento en relación con las sociedades más simples que se constituyen mediante un mero contrato (sociedad civil y sociedad colectiva irregular) conlleva que, una vez determinada la aplicación de la ley española al acuerdo base de *joint venture* sea preciso constatar, para la averiguación de su concreto régimen jurídico, si se trata de una sociedad dedicada habitualmente al comercio, en cuyo caso corresponde la aplicación del régimen de la sociedad colectiva, o si no tiene esa dedicación general al comercio, en cuyo caso es de aplicación la normativa de la sociedad civil. La normativa de la sociedad colectiva, como normativa subsidiaria en el ámbito de las sociedades mercantiles, reclama sólo aplicación cuando la situación reúna los elementos indispensables de esta forma social (carácter externo y permanencia en la actividad)<sup>112</sup> de suerte que si faltan, como puede ocurrir cuando el acuerdo base se conforma como sociedad interna o si, configurada de forma externa, sólo actúa esporádicamente en el tráfico, el supuesto deviene atípico y es reabsorbido por el régimen de la sociedad civil. En estos casos, incluso aunque el contrato de *joint venture* no reúna los

elementos esenciales para la existencia de la sociedad civil, será de aplicación la normativa establecida para esta sociedad en el Código Civil<sup>113</sup>.

La consideración del acuerdo base de *joint venture* como contrato de sociedad determina la imposibilidad de aplicar íntegramente el régimen de principios generales establecido para los contratos de cambio. Los diferentes problemas que se susciten serán tratados bajo los principios propios del Derecho de sociedades. Por ejemplo, la excepción del contrato no cumplido (*exceptio inadimpleti contractus*), que en los contratos de cambio permite a cada parte negarse al cumplimiento de lo pactado en tanto no cumpla el otro contratante (*vid.* artículo 1124 Cc), no es aplicable al contrato de sociedad, dada la ausencia de reciprocidad y de equivalencia entre las prestaciones, elementos que presupone la excepción. Al contrario, se introduce el mecanismo de la exclusión del socio incumplidor, lo que permite mantener el vínculo entre los demás socios (artículos 170, 218 y 219 del C. de c). En relación con la nulidad del contrato por vicios del consentimiento, la voluntad viciada de uno de los contratantes no genera la invalidez del negocio, afectando sólo a la concreta declaración en que se dé. El vicio produce la nulidad del vínculo social respecto del socio que haya prestado un consentimiento viciado, pero no debe engendrar la nulidad total del contrato (salvo, naturalmente, que se trate de contrato de sociedad convenido exclusivamente entre dos personas). En el ámbito de los contratos de *joint venture*, esta calificación puede generar importantes consecuencias. Por ejemplo, si una de las sociedades participantes niega la conclusión o el cumplimiento con la sociedad *joint venture* de determinados contratos, el resto de aquéllos no podrá dejar de cumplir otros contratos satélites invocando el incumplimiento del contrato realizado por la primera. Para la duración de la sociedad y para la regulación de las causas de disolución del acuerdo base, habrá que estar, respectivamente, a los artículos 1700 y ss Cc., en el caso de la sociedad civil, y a los artículos 222 y ss C. de c. en el caso de la sociedad colectiva irregular. En el aspecto externo, la caracterización civil o mercantil de la sociedad determina un diverso régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, pudiendo ser mancomunada o solidaria (*cfr.* artículos 127 C. de c. y 1698 del Cc).

## CAPÍTULO SEGUNDO

### **PRINCIPIOS Y ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN LA REGULACION DE LA *JOINT VENTURE* EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

##### **1. Diversidad de sistemas de referencia para la regulación internacional de la *joint venture*: el Convenio de Roma ante las instancias arbitrales**

Para resolver los problemas de ley aplicable que suscitan las operaciones de *joint venture* en el comercio internacional, es preciso, antes, concretar el sistema de DIPr que va a servir de referencia para esta finalidad. Con carácter general, este sistema viene dado por el DIPr. del foro, a cuyas disposiciones deben ajustarse los jueces y tribunales de cada Estado, conforme al sistema de fuentes del Derecho establecido. Mayor problemática suscita la identificación del sistema de referencia cuando las partes someten al arbitraje el conocimiento de las controversias que surjan con ocasión de sus relaciones jurídicas, lo que es habitual en los contratos de *joint venture*. En efecto, la presencia en esta clase de contratación de convenios que someten la resolución de controversias a las instancias arbitrales, sustrae del conocimiento de los órganos jurisdiccionales estatales muchos de los litigios que surgen en relación con estos contratos. Desvinculado de una concreta *lex fori*, el árbitro no sólo tiene mayor libertad para decidir sobre el sistema de DIPr aplicable al caso<sup>1</sup>, sino que, como se ha demostrado<sup>2</sup>, podría tener también la oportunidad de acordar soluciones *extrañas* a las dispuestas por los sistemas estatales, averiguadas a partir de materiales normativos ajenos al Derecho de un Estado<sup>3</sup>. En este sentido, algunas respuestas que no resultan admisibles en la perspectiva del Convenio de Roma, cuyas soluciones presuponen la aplicación de un Derecho estatal, podrían encontrar afirmación en el ámbito del arbitraje comercial internacional, al ser el árbitro internacional cualitativamente más libre para adoptar este tipo de respuestas a través de lo que se ha venido en denominar *nueva lex mercatoria*. La efectividad real de este tipo de soluciones aparece clara a la vista del alcance amplio del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958<sup>4</sup>, que no consigna como motivo de denegación del reconocimiento y de la ejecución del laudo al control de la ley aplicada por el Tribunal Arbitral<sup>5</sup>.

En la actualidad, resulta del mayor interés conocer el alcance que podría asumir en sede arbitral, a efectos de la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto, el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980. Un sector de la doctrina rechaza esta incidencia, afirmando que el Convenio de Roma tiene como únicos destinatarios a los jueces y tribunales estatales y no, al contrario, al árbitro internacional. Desde esta perspectiva se esgrime que, al contrario de lo que sucede en las jurisdicciones estatales, el árbitro no tiene una *lex fori* en la que quede inserta la normativa convencional, señalándose también que el razonamiento del Derecho internacional de contratos es desplazado por la lógica propia del arbitraje internacional<sup>6</sup>. El árbitro internacional, que no tiene *lex fori*, no dispone de una regla de conflicto a la que deba obedecer y que le ordene la aplicación de uno u otro Derecho, por lo que aplicará solamente el modelo, o modelos, de referencia que él mismo seleccione, conforme a su propia concepción de la justicia<sup>7</sup>. Esta opinión ha conducido a que se niegue cualquier tipo de incidencia o aplicación del Convenio de Roma en sede arbitral<sup>8</sup>.

Frente a un planteamiento así de rotundo, un razonamiento de otro tipo podría conducir a otorgar cierto valor al Convenio de Roma en el arbitraje internacional. Para averiguar ese valor es preciso partir de que no se impone al árbitro la aplicación de un sistema de DIPr, y de que, en defecto de control de ley aplicada, la circunstancia de que el árbitro ignore las soluciones establecidas por el Convenio de Roma no afectará a las posibilidades de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Ahora bien, a no ser que realmente se esté defendiendo una determinación de ley aplicable del todo arbitraria o imprevisible, la caracterización flexible de las soluciones que proporciona el Convenio de Roma se muestra especialmente adecuada para coadyuvar al razonamiento del árbitro a la hora de determinar la solución de ley aplicable. En efecto, dado que no parece probable que las partes, en el momento de someter al arbitraje

internacional el conocimiento de sus litigios, hayan querido hacer dejación de las exigencias que postulan los principios de justicia y de seguridad jurídica<sup>9</sup>, en beneficio de una solución de carácter arbitrario<sup>10</sup>, la doctrina se ha esforzado en indicar las pautas que ha de seguir el árbitro para determinar la ley aplicable. Y la tónica u orientación general de estas pautas puede resumirse en la conveniencia de hallar *soluciones de justicia del caso*, que permitan satisfacer las *expectativas legítimas de las partes*<sup>11</sup>.

Como se puede advertir fácilmente, la orientación que se acaba de mencionar no sólo no resulta extraña, sino que coordina en gran medida con las soluciones de justicia particular que establece el CR, en las que el principio de proximidad, la consideración de las circunstancias del caso, así como la previsibilidad y las expectativas objetivas de las partes, ordenan la localización objetiva del contrato<sup>12</sup>. En concreto, el modelo argumentativo que incorpora el Convenio de Roma para la selección del Derecho aplicable al contrato a partir de la regla de los vínculos más estrechos, en el que la solución resulta como consecuencia de un proceso de motivación, engarza plenamente con la orientación del razonamiento del árbitro hacia la obtención de soluciones *razonables* para el problema de ley aplicable. Esta *sintonía* entre el razonamiento del árbitro y el que dispone el CR puede comportar, como primera posibilidad de incidencia del Convenio sobre el ámbito arbitral, que el sistema instaurado sea estimado *apropiado* por el árbitro a la hora de enjuiciar un contrato internacional. Por otra parte, al contrario de la opinión de A. Kassis, la argumentación por el árbitro de sus soluciones de ley aplicable a partir de las normas del CR, ya sea éste utilizado como normativa legal aplicable o como simple norma narrativa por su alto valor moral, contribuiría a dotar a la solución de ley aplicable adoptada de una justificación adicional y especial, que la haría aparecer legítima ante las partes. En este sentido, a pesar de que no puede negarse que el Convenio de Roma sólo tiene como destinatarios directos a los jueces y tribunales estatales, nada impide que el arbitraje internacional pueda recurrir a las soluciones de este Convenio. Esta posibilidad ha sido defendida por F. Rigaux, para quien, si bien puede parecer artificial la aplicación de las normas de DIPr. en vigor en el lugar del arbitraje, sería al contrario bastante razonable la consideración del sistema de DIPr común a los diferentes Estados a los que se conecta la situación contractual<sup>13</sup>.

Junto a este panorama, en los contratos de *joint venture* concertados entre un Estado y una sociedad privada extranjera, el art. 42 del Convenio de Washington, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIRDI), establece un sistema propio para determinar la ley aplicable al contrato, que incorpora un importante componente de Derecho internacional público. La ley aplicable al fondo de la controversia puede ser elegida por las partes. En defecto de acuerdo, será aplicable la ley del Estado que sea parte en la diferencia (receptor de la inversión), incluyendo sus normas de Derecho internacional privado, y las normas de Derecho internacional que pudieran ser aplicables. El Convenio contiene también sus propias disposiciones relativas al reconocimiento y ejecución, que quedan garantizados por el deber de reconocimiento que incumbe a los Estados parte. Sin embargo, este panorama favorable puede quedar frustrado, en última instancia, por el Derecho internacional general y, en concreto, por la doctrina de la inmunidad de ejecución del Estado.

## **2. *Lex mercatoria* y principios jurídicos generales para los contratos complejos de larga duración: valoración crítica**

Las especiales exigencias de confianza y de lealtad recíproca que envuelve la constitución de una *joint venture*, han llevado a la doctrina a afirmar la existencia de principios y reglas, también especiales, que son de aplicación directa a estos contratos, en razón de sus caracteres<sup>14</sup>.

Esta posibilidad ha sido mantenida por L. Huber, específicamente en relación con las operaciones de *joint venture*. Según el autor, como consecuencia de la duración prolongada del vínculo, y ante la imposibilidad de establecer con precisión los derechos y obligaciones de los participantes en el momento de la conclusión del contrato, la *joint venture* vendría modulada por ciertos deberes implícitos, derivados de las exigencias de confianza y de lealtad (*Loyalitätspflicht*) de la relación que, al margen de una cláusula contractual o del dictado de un ordenamiento estatal, quedarían fundados en los *general principles of law as recognized by civilized nations*<sup>15</sup>. Dentro de la obligación genérica de lealtad y cooperación, cabría identificar, por ejemplo, el deber de información recíproca de las circunstancias que puedan afectar al proyecto, la obligación de las partes de negociar de buena fe en vista de encontrar una solución a los problemas que puedan surgir durante la ejecución del contrato, incluso en defecto de una cláusula de renegociación, e igualmente el deber de realizar aportaciones suplementarias (*Nachleistungspflichten*) cuando las necesidades del proyecto lo requieran<sup>16</sup>.

El análisis de esta tesis requiere el desglose de varias ideas. En primer lugar, en la medida en que encuentren vigencia como principios reconocidos a las naciones civilizadas, la eficacia de estos principios quedará circunscrita a los supuestos en que el litigio se esté ventilando ante el arbitraje internacional. Ante instancias jurisdiccionales, su aplicación sólo podrá mantenerse, en principio, entendiéndose que quedan insertos en el sistema de fuentes establecido por la ley aplicable al contrato, siendo jurídicamente relevantes cuando puedan descubrirse en ese Derecho. Por otra parte, no cabe duda de que la aplicación de esos principios nunca podrá conducir a marginar al Derecho estatal designado por las partes. Además, los principios enunciados no poseen capacidad para integrar de forma completa, sino sólo de forma fragmentaria, la disciplina contractual, por lo que su efectividad no excluirá la necesidad de determinar la ley estatal aplicable al contrato. Así pues, la operatividad de tales soluciones, en su caso, quedará circunscrita a dos tipos de situaciones, a saber, aquéllas en que las partes han realizado una designación de ley por referencia a tales principios, supuesto del que nos ocuparemos más adelante<sup>17</sup>, y aquéllas en que han guardado silencio sobre el Derecho aplicable, que examinamos ahora.

La posibilidad de afirmar la existencia y efectividad de soluciones extraestatales, mucho tiene que ver con la posición que se adopte en torno al Derecho transnacional o *lex mercatoria* como Derecho de la *societas mercatorum*<sup>18</sup>. A efectos del presente trabajo, sin embargo, presenta mayor interés el examen de la coherencia de este Derecho, y de la efectividad práctica de sus soluciones en el ámbito del arbitraje internacional<sup>19</sup>. En defecto de un sistema de referencia que venga impuesto de forma imperativa al árbitro para la adopción de las soluciones de ley aplicable, y que pueda hacerse valer atacando la validez<sup>20</sup>, o las posibilidades de reconocimiento del laudo, la efectividad de este tipo de respuestas, basadas en los denominados principios generales del Derecho o principios reconocidos por las naciones civilizadas, no puede descartarse<sup>21</sup>. Por ello, en la mayoría de los casos, su enjuiciamiento debería plantearse, más que como un problema de licitud o validez, como cuestión de oportunidad u operatividad práctica<sup>22</sup>. Replanteado el problema de este modo, la aplicación por el árbitro de estos principios generales reconocidos por las naciones civilizadas ha revelado ciertos escollos que obedecen, fundamentalmente, a su indefinición<sup>23</sup> y, en concreto, a las dificultades que puede suscitar la identificación de un contenido jurídico preciso, que sirva para resolver un caso<sup>24</sup>.

Esta indefinición tiene un doble inconveniente: de un lado, afecta a la seguridad jurídica, en el sentido de previsibilidad de las partes respecto a la solución; de otro, en ciertos supuestos puede menoscabar la estabilidad del laudo, tal y como se reveló en el asunto *Klöckner c Camerún*<sup>25</sup>, así como en el caso *Amco c República de Indonesia*<sup>26</sup>, sentencias del CIRDI que fueron anuladas por un Comité *ad hoc*, al estimarse dictadas en equidad, y no conforme a Derecho, dada la ausencia de indicaciones sobre las condiciones y límites de las obligaciones que derivarían de los principios del Derecho internacional<sup>27</sup>.

No obstante, a la vista de otras consideraciones, tampoco resulta legítimo otorgar un valor absoluto a este punto de vista. De un lado, fuera de la peculiaridad del sistema CIRDI, y del valor que éste atribuye a los principios del Derecho internacional, cierta doctrina estima que no es del todo correcto considerar como decisión de equidad, a la fundada en principios de la *lex mercatoria*<sup>28</sup>. De otro lado, el reproche de inseguridad jurídica que se imputa a la *lex mercatoria*, va decayendo a medida que avanza la codificación de reglas transnacionales<sup>29</sup>. En presencia de normas de contenido preciso, que vayan ganando prestigio en el comercio internacional, podrán existir supuestos en que su aplicación aparecerá más razonable, y previsible para las partes, respecto al Derecho de un Estado. Esto podrá suceder, sobre todo, cuando la dispersión de los elementos del contrato sea muy grande<sup>30</sup>, o cuando se haya revelado muy difícil, o imposible, el conocimiento de la regla de Derecho que sea de aplicación al problema en litigio<sup>31</sup>. Se trataría entonces de hacer operar una especie de cláusula de escape del Derecho estatal, en favor de la regla transnacional, en cada uno de esos supuestos. Como se aclara en la explicación de los Principios de los contratos comerciales internacionales, ante la imposibilidad de conocer el Derecho aplicable, o ante el esfuerzo desproporcionado que implicaría su investigación, recurrir a los Principios tiene la ventaja, respecto a la aplicación de la *lex fori*, de evitar la aplicación de una ley que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las partes que para la otra.

Interesa todavía examinar si las codificaciones de reglas transnacionales contienen precisiones que sean útiles para concretar las obligaciones de los participantes en una *joint venture*, que deriven del deber de lealtad. Junto a otras disposiciones de carácter muy general<sup>32</sup>, el artículo 5.3 de los Principios de UNIDROIT, que lleva por título «Cooperación entre las partes», indica que «una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación puede ser *razonablemente esperada* para el cumplimiento de las obligaciones de esta última». Conforme a las aclaraciones vertidas, «aunque esta obligación se refiere principalmente al deber de no obstaculizar el cumplimiento de la otra parte, también juega como un llamado a una cooperación activa entre las partes». Del tenor de las aclaraciones, «la obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser razonablemente esperada), sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato». En todo caso, y pese a su indefinición, es clara la inclinación de los principios hacia el reconocimiento de obligaciones implícitas, derivadas del deber de lealtad y de cooperación entre las partes.

Recapitulando, en defecto de elección de ley, las exigencias del principio de seguridad jurídica y de previsibilidad aconsejan comenzar la determinación del régimen jurídico de los contratos de *joint venture* a través del razonamiento conflictual típico del DIPr. En este sentido, resulta difícil pensar que el árbitro pueda derogar, en nombre de la buena fe, o de las exigencias de un comportamiento leal, la aplicación de un Derecho estatal determinado de forma objetiva, por el hecho de que se estime excesivamente severo<sup>33</sup>, y no contemple, por ejemplo, el deber de

información recíproco, o no obligue a la realización de aportaciones suplementarias. En todo caso, no habría que desdeñar las posibilidades de modulación del contrato, ofrecidas por el Derecho estatal que sea de aplicación. En muchos casos, la modulación contractual encontrará su mejor sede en el ámbito de la flexibilidad que manifieste ese ordenamiento estatal, quedando así plenamente fundadas en Derecho las obligaciones que puedan derivar del deber de lealtad. La operatividad del principio de buena fe, vigente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, puede prestar un cauce adecuado para la interpretación e integración del contrato<sup>34</sup>. Únicamente cuando la aplicación de un Derecho estatal no pueda ser considerada como previsible, a la vista de la dispersión de los elementos del contrato, o cuando no sea posible hallar el contenido del Derecho aplicable, resultará razonable que el árbitro *escape* de la solución estatal, siempre y cuando resulte con claridad la existencia de un principio del comercio internacional dispuesto para llenar, sin problemas, esa regulación.

## II. INCIDENCIA DEL DIPR AUTÓNOMO

### 1. El DIPr ante la regulación de las modernas relaciones complejas del comercio internacional: pervivencia del problema de ley aplicable

La creciente complejidad del tráfico jurídico mundial no deja de suscitar variadas cuestiones en torno a la configuración y eficacia de los sistemas de DIPr<sup>35</sup>. En el extremo de esta idea, las dificultades que plantea la aproximación del DIPr., entendido en su vertiente conflictual, a las nuevas realidades jurídicas surgidas de la práctica, han llevado a cierta doctrina a afirmar la inoportunidad de una aproximación a la *joint venture* desde la perspectiva clásica de DIPr<sup>36</sup>. En favor de esta idea se esgrimen razones de utilidad y de practicabilidad: a) el argumento de utilidad tiene como premisa la no pervivencia, o más bien superación, del problema de ley aplicable en la regulación de la *joint venture* internacional. Este tipo de contratos suele contener un clausulado muy denso de modo que, a la postre, los derechos y obligaciones que se generan derivan inmediatamente de los pactos, que tendrían vocación de plenitud. A lo más, al Derecho estatal correspondería un papel de carácter residual, quedando sustituido por un *Derecho del contrato (vertragliche Ordnung)*. En todo caso, pues, la regulación estatal entraría muy poco en escena; b) por otra parte, el argumento de la impracticabilidad deriva de la notable dificultad que suscita, en numerosas ocasiones, la averiguación de la ley aplicable a estos contratos, desde las pautas habituales de los sistemas de DIPr.

Frente a este planteamiento, ha de afirmarse la pervivencia del problema de ley aplicable para la regulación de los contratos de *joint venture*. En efecto, que se sepa, la internacionalidad característica de las operaciones de *equity joint venture* no les ha deparado un régimen jurídico transnacional. Los esfuerzos de la Comunidad Internacional se han centrado, fundamentalmente, en un aspecto muy concreto de la regulación de la *joint venture*, el relativo a la protección o garantía de las inversiones que tienen lugar a través de estas operaciones, sin que realmente se trate de normas pensadas de forma específica para ellas. Incluso en este plano, los resultados no pueden valorarse con excesiva euforia. En efecto, ni el GATT, ni en la actualidad la OMC, ni los Códigos de Conducta sobre inversiones extranjeras elaborados por distintos organismos internacionales (OCDE, Naciones Unidas, Banco Mundial [Fondo Monetario internacional] o la Cámara de Comercio internacional), que ciertamente despliegan como *soft law* escasa eficacia, han conseguido un régimen en ese aspecto. En línea de

excepción destaca el llamado convenio MIGA que, sobre la Agencia de Garantía de las Inversiones Internacionales, ha establecido un sistema de protección de las inversiones extranjeras. En este aspecto presentan también notable interés los convenios bilaterales de cooperación económica dirigidos al fomento y protección de las inversiones<sup>37</sup>. Por otra parte, el legislador convencional parece haber descartado la necesidad de proveer un régimen jurídico de carácter supranacional para la *joint venture*<sup>38</sup>. Únicamente en el ámbito de la Unión Europea, y por razones no tanto achacables directamente a la pretensión de proveer este régimen material como a las exigencias de la integración económica, la cooperación ha recibido un cauce institucional, optativo, mediante la creación de la AEIE, forma social que, dada su peculiaridad, sólo resulta apropiada para escasos tipos de *joint venture*<sup>39</sup>. Esta orientación general, con todo, no puede reputarse desafortunada, sino que resulta incluso congruente con la propensión que muestra la *joint venture* a escapar a esquemas contractuales y societarios preestablecidos, tal y como ocurría en el momento de su conformación en la jurisprudencia norteamericana del siglo XIX. Por último, ni la *lex mercatoria* constituye en la actualidad un Ordenamiento acabado que excluya la intervención del Derecho estatal, ni parece acertado entender que el contrato pueda quedar deslocalizado, dada la imposibilidad de fundar su efecto vinculante al margen de un Derecho estatal<sup>40</sup>. En defecto de una regulación de carácter supranacional que pueda servir de forma satisfactoria para canalizar jurídicamente a estas operaciones, el diseño o constitución de la *equity joint venture* por los participantes ha de partir de las posibilidades de conformación y construcción jurídica dispuestas por los diferentes ordenamientos estatales, lo que supone la necesidad de hallar los soportes jurídicos sobre los cuales los participantes construyen o pretenden contruir la *joint venture*. La inexistencia de reglas jurídicas idénticas en los distintos ordenamientos, que sean de aplicación no solamente a las relaciones de cooperación que genera la *joint venture*, sino igualmente a otras particulares que, de muy distinto tipo, también originan estos contratos (*ad. ex.* de préstamo, de suministro, de compra a la sociedad *joint venture*, de prestación de servicios, de cesión de propiedad industrial, etc), comporta la necesidad de determinar el régimen jurídico de esta operación a partir de las soluciones de ley aplicable del sistema de DIPr que sea de aplicación por el juez o árbitro.

En segundo lugar, frente al reproche de impracticabilidad, pronto se ha puesto de relieve que la complejidad de estas operaciones no puede determinar, de suyo, el rechazo del método del DIPr. Como señalan F. Knoepfler y O. Merkt, «el hecho de que en ciertos contratos, la elección del Derecho aplicable sea siempre regulada por una cláusula *ad hoc* (especialmente los contratos en materia de explotaciones petrolíferas), que en otros no se prevea nada por las partes, por falta de tiempo o por simple desacuerdo, o que, en fin, la elección sea fijada sobre un Derecho neutro y a menudo inadecuado, no constituye razón suficiente para suprimir el razonamiento propio del DIPr»<sup>41</sup>. Estas aseveraciones nos sitúan en un nivel puramente formal, que quizás no llega a traslucir el calado, mucho mayor, a que parece apuntar la crítica. Para no eludir el reproche, sería preciso verificar si nuestro sistema de DIPr. permite una consideración amplia y adecuada de la peculiaridad de las nuevas realidades negociales del comercio internacional, y si proporciona soluciones satisfactorias de ley aplicable. En este sentido, sí que podría aceptarse la crítica como inadecuación o inadaptación de las soluciones de DIPr. para aprehender de forma adecuada las nuevas realidades del comercio internacional. Como tendremos oportunidad de comprobar más adelante, las soluciones flexibles que incorpora el Convenio de Roma, permiten alcanzar soluciones adecuadas para los contratos de *joint venture*, al menos en muchas ocasiones.

## 2. Principios materiales y valores condicionantes de las soluciones de ley aplicable a la *joint venture* internacional

El régimen jurídico internacional de la operación de *joint venture* aparece condicionado por los principios materiales y por los valores vigentes en las ramas del Derecho a que afectan estas operaciones. La incidencia de estos principios y valores es múltiple y variada, toda vez que inciden en el método de reglamentación empleado, afectan al funcionamiento del propio sistema conflictual, repercuten sobre la interpretación de las normas y condicionan, sobre todo, la selección de los puntos de conexión<sup>42</sup>. La regulación internacional de la *equity joint venture* responde a tres tipos de claves, que pueden identificarse, en parte, en la doble estructuración —contractual y societaria— que ponen en pie estas operaciones.

En consideración a los intereses en presencia, y a los divergentes principios de regulación a que responden uno y otro sector<sup>43</sup>, las cuestiones de DIPr. que suscitan las operaciones de *equity joint venture* deben ser abordadas mediante la calificación y conexión separada de los elementos contractuales y de los componentes de carácter social<sup>44</sup>. En efecto, en las relaciones de carácter contractual, de alcance meramente interno, que no tienen relevancia respecto de terceros, adquiere vigencia el principio de la libertad de los contratantes en el diseño de sus relaciones jurídicas, lo que responde tanto a la función propia del Derecho de contratos, como a exigencias de carácter constitucional<sup>45</sup>. La función de *facilitación* que asume el Derecho de contratos, queda optimizada mediante el reconocimiento de la autonomía conflictual, es decir, mediante la atribución a las partes de la posibilidad de seleccionar el Derecho aplicable a sus relaciones jurídicas. Y en defecto de elección de ley aplicable, si las partes podían haber seleccionado el Derecho aplicable, resulta lógico que la determinación objetiva de ley aplicable se oriente hacia la selección del Derecho que favorece a las partes, en el sentido de aquél que es más previsible, que responde a su conveniencia o expectativas objetivas, o que es menos inesperado. En este sentido, A. Lüderitz habla del interés en la determinación del Derecho (*Ermittlungsinteresse*), definiéndolo como aquél que tienen las partes en la aplicación del Derecho sobre el que pueden informarse más fácilmente, generalmente el Derecho de su residencia habitual<sup>46</sup>. Esta consideración comporta, por ejemplo, el mayor título de aplicación que, para la determinación objetiva de ley aplicable, ha de corresponder al Derecho de la nacionalidad común, o de la residencia habitual común de las partes<sup>47</sup>.

El componente social que incorpora la operación *joint venture* determina, en la mayoría de las ocasiones, la existencia de relaciones jurídicas con terceros. En estas relaciones, la libertad y conveniencia para las partes, como criterios de regulación, ceden en favor del principio de seguridad jurídica que, en una de sus manifestaciones, impide que los contratos puedan surtir efectos frente a tercero<sup>48</sup>. Como traducción de este principio en DIPr, las cuestiones societarias que posean trascendencia respecto de terceros (*ad. ex.* la representación o la responsabilidad de los socios), no podrán quedar sujetas al Derecho designado por las partes, procediendo, en su lugar, una determinación objetiva de ley aplicable. Junto a este efecto, el principio de seguridad jurídica puede determinar, también, la inoponibilidad frente a terceros de regulaciones societarias distintas de aquélla respecto de la cual se haya generado una apariencia<sup>49</sup>, aspecto que resultará de especial trascendencia para impedir la operatividad de restricciones al poder de representación de uno de los socios, o de limitaciones a la responsabilidad, que no sean conocidas por el Derecho del foro, o que no hayan podido conocerse por el cocontratante<sup>50</sup>. La división metodológica entre los aspectos contractuales y los aspectos societarios de la *equity joint venture*, de la que partirá el presente trabajo, no prejuzga la existencia de interferencias

materiales y de DIPr. entre el nivel contractual y el nivel societario, dada la imposibilidad de ignorar que la articulación compleja de la *joint venture* aparece ordenada hacia un fin común, constituido por la explotación de una empresa conjunta en el marco de un esquema de cooperación.

La tercera clave que hay que considerar para la regulación internacional de la *equity joint venture*, viene dada por la incidencia que pueden tener estas operaciones sobre intereses generales tutelados por el Estado, lo que determina la vocación aplicativa de normas de intervención. La finalidad de estas normas suele ser distinta en los países industrializados y en los países en vías de desarrollo. Así, en los acuerdos de *joint venture* entre empresas pertenecientes a países industrializados, de economía de mercado, y empresas de países en vías de desarrollo, las limitaciones más importantes provienen de las normativas reguladoras de las inversiones extranjeras, y de la importación/exportación de tecnología. En cambio, cuando la operación tiene lugar entre empresas de países occidentales, donde las inversiones, salvo casos de excepción, están liberalizadas, los límites suelen aparecer en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia<sup>51</sup>. El último epígrafe de este capítulo será dedicado a examinar la incidencia concreta de estas normas de intervención, sobre las operaciones de *joint venture*.

### III. EL NIVEL DE REGULACIÓN CONTRACTUAL DE LA *JOINT VENTURE* INTERNACIONAL: PROBLEMAS PARTICULARES

#### 1. Identificación de las unidades contractuales y consecuencias en DIPr.

##### A. Opciones de tratamiento en DIPr

La determinación de la ley aplicable al nivel de regulación contractual de la *equity joint venture* exige, como paso previo, identificar las diferentes *unidades contractuales*. Esta operación puede suscitar cierta dificultad, pues la estrecha complementariedad del entramado jurídico de esa regulación contractual, ha hecho dudar sobre la presencia de uno solo, o de varios contratos<sup>52</sup>. La cuestión no es baladí, pues la solución que reciba repercutirá sobre el proceso de determinación de la ley aplicable, especialmente cuando ésta no ha sido elegida por las partes<sup>53</sup>. Por otra parte, el amplio y diverso contenido material del acuerdo base podría ser revelador de la existencia de varios contratos<sup>54</sup>.

Las opciones no pueden ser más que dos. El conjunto formado por los contratos satélites y el acuerdo base puede ser considerado, bien como un contrato complejo, es decir, como un contrato único, con causa mixta, propia de la relación *joint venture*<sup>55</sup>; o bien, como una *operación compleja*<sup>56</sup>, constituida por diferentes negocios autónomos. Cada una de estas alternativas comporta consecuencias distintas en orden a la determinación de la ley aplicable. En presencia de una unidad contractual: a) todas y cada una de las partes de este contrato único deberán ser tomadas en consideración para determinar la ley aplicable<sup>57</sup>; b) el carácter excepcional con el que se prevé el fraccionamiento objetivo del contrato<sup>58</sup> favorecerá la posibilidad de someter el conjunto de la regulación contractual a un régimen jurídico homogéneo; c) la presencia de un único contrato facilitará la posibilidad de entender la elección de ley realizada expresamente para una parte, como designación tácita para el resto. Por el contrario, concebidas las distintas relaciones como contratos autónomos, en el marco de una operación compleja: a) salvo una distinta voluntad (expresa o tácita) de los contratantes, la regla de partida será la determinación separada de la ley aplicable a cada uno de los contratos

que compongan su estructura; b) la posibilidad de someter el conjunto de la regulación contractual a un régimen jurídico homogéneo dependerá de una valoración, *a posteriori*, del conjunto de las circunstancias en presencia; c) disminuirán ostensiblemente las posibilidades de estimar la elección expresa de ley aplicable realizada en un contrato, como designación tácita para el resto de los contratos<sup>59</sup>.

La identificación, en su caso, de una pluralidad de contratos, no impide que la existencia de relaciones entre ellos, de dependencia o de interdependencia, pueda ser valorada para extraer consecuencias materiales y de DIPr: a) en el plano del DIPr., al objeto de decidir si para determinar la ley aplicable a un contrato ha de tenerse en cuenta su vinculación con otro, lo que podría conducir a someter la operación a un régimen jurídico homogéneo<sup>60</sup>; b) en el nivel material, para determinar si las vicisitudes de un contrato han de extenderse al resto de los contratos coligados<sup>61</sup>.

### **B. Autonomía contractual del acuerdo base y de los contratos satélites**

La estrecha complementariedad del entramado contractual que genera la *equity joint venture*, no basta para afirmar la existencia de un solo y único contrato en ese nivel de regulación<sup>62</sup>. Todo lo contrario, el análisis estricto revela la dificultad de acomodar esa posibilidad con los principios que encuentran vigencia en el Derecho de contratos de los ordenamientos de nuestro círculo jurídico<sup>63</sup>. En efecto, el hecho de que los contratos satélites puedan considerarse como ejecución o complemento del acuerdo base, no permite ignorar la *diversidad de los sujetos que intervienen en unas y otras relaciones. La autonomía contractual resulta, de modo inmediato, de la consideración del elemento subjetivo de tales relaciones*. La vertebración contractual de la *joint venture* sólo se aprehende cuando se distinguen nítidamente los distintos planos de relaciones: entre participantes, que constituyen el objeto del acuerdo de base, y entre cada participante y la sociedad *joint venture*, que lo son de los contratos satélites<sup>64</sup>. Por otra parte, dado su carácter funcional y excepcional, resulta problemático utilizar el expediente del levantamiento del velo social para llegar a otra solución<sup>65</sup>.

Estas conclusiones no quedan enturbiadas por el hecho de que la sociedad *joint venture* firme también el contrato base de *joint venture*, lo que suele ser frecuente<sup>66</sup>. La escasa doctrina que ha analizado este tema, afirma que esa circunstancia no convierte a la sociedad *joint venture* en *parte* del contrato de base<sup>67</sup>. De un examen del contenido del acuerdo base, resulta difícil considerar que la sociedad *joint venture* pueda concurrir a ciertos acuerdos que tienen lugar en ese contrato, como el relativo al precontrato de sociedad, dirigido a crearla, o el que se refiere a los pactos parasociales, cuyo objeto son los derechos de voto de los accionistas, derechos que no pertenecen a la sociedad *joint venture*. A un nivel más práctico, la cuestión se ciñe a la posibilidad, que brinda la firma, de hacer vinculantes para esa sociedad las obligaciones que el contrato establece a su cargo<sup>68</sup>. La eficacia de estas cláusulas variará según nos encontremos en una de dos situaciones: en defecto de firma de la sociedad *joint venture*, estos compromisos no vinculan a la sociedad conjunta, y sólo podrán hacerse valer como obligaciones de los participantes de *provocar*, formando la voluntad de esta sociedad, una actuación de ésta en el sentido previsto<sup>69</sup>; una vez que haya intervenido la firma, las obligaciones que imponga el acuerdo base a la sociedad conjunta, podrán hacerse valer, directamente, frente a esa sociedad<sup>70</sup>. Mediante la firma, pues, la sociedad *joint venture* se adhiere al contrato de *joint venture*, y asume el conjunto de los derechos<sup>71</sup> y obligaciones que los participantes establecieron a su cargo o a su favor en el acuerdo de base<sup>72</sup>.

La existencia de una pluralidad contractual repercute sobre el modo en que han de afrontarse las cuestiones de DIPr. En efecto, la pluralidad contractual *obliga a descartar una determinación global de ley aplicable para este nivel de regulación de la joint venture*. Por ello no podemos compartir la tesis que mantiene L. Huber, para quien la estrecha conexión entre los contratos satélites y el acuerdo base comportaría la necesidad de realizar una calificación global de la relación, que abrace el conjunto negocial, tanto para determinar las normas de conflicto aplicables al supuesto de especie<sup>73</sup>, como para identificar el presunto estatuto unitario del nivel de regulación contractual de la *joint venture*<sup>74</sup>. La ley así determinada alcanzaría, en principio<sup>75</sup>, al acuerdo base y a los contratos satélites. Sin perjuicio del resultado que pueda obtenerse, discrepamos con la posibilidad de seguir un método de este tipo por razones prácticas y teóricas.

a) Entre las prácticas, la metodología empleada no presta atención a la diversidad de contratos satélites que, como veremos, es posible identificar, en razón de su grado de dependencia funcional respecto al contrato de base. Esta circunstancia hace que no se justifique, al menos no en todos los casos, el análisis global pretendido. La consideración adecuada de esta objeción debería llevar, para hacer viable la tesis, a la elaboración de un criterio que permitiese discriminar los contratos, según se justifique o no su inclusión en el conjunto para la determinación de la ley aplicable, lo que añadiría complejidad al proceso, que además no puede mantenerse por otras razones.

b) Por otra parte, debido al carácter dinámico de la relación *joint venture*, es frecuente que los contratos satélites, previstos o no en el acuerdo base, se celebren en un momento posterior a la celebración del primero, separación temporal que podrá consistir bien en meses, o bien en años. Conforme a la tesis que mantiene la calificación global del conjunto contractual, el carácter dinámico de la *joint venture* plantearía el interrogante de si la celebración de un nuevo contrato satélite ha de incidir sobre el proceso de determinación de la ley aplicable al conjunto<sup>76</sup>. A nuestro juicio, una mínima consideración del principio de previsibilidad de las soluciones, que inspira al Derecho internacional de contratos, ha de conducir al rechazo de esta posibilidad.

c) Pero existen también objeciones teóricas, de mayor peso que las anteriores, que postulan contra una consideración global del conjunto contractual. En la opinión de L. Huber, para determinar la norma de conflicto aplicable ha de considerarse el supuesto de hecho del acuerdo base de modo amplio, donde quedarían incluidos los contratos satélites. Esta aseveración resulta también discutible. Para la regulación de los supuestos internacionales el DIPr. suele partir del análisis y calificación de los supuestos de la realidad, normalmente de acuerdo con los criterios del foro, o a lo sumo con base en criterios autónomos de DIPr, y así determina la norma de conflicto aplicable. La consideración conjunta de los contratos que forman la *joint venture* para decidir sobre la norma de conflicto aplicable exigiría, como paso lógicamente previo, que se descubra entre ellos la existencia de una relación material que atribuya significado unitario al conjunto. No decimos que no pueda actuarse esta calificación global, sino que ésta sólo podrá proceder tras verificar que existe esa relación<sup>77</sup>. Pero esta operación es obviada por el autor.

d) La posibilidad de proceder a una calificación global del conjunto contractual únicamente encuentra respaldo en la *preocupación por no falsear el proceso de determinación de la ley aplicable, lo que ocurriría si se escinden los elementos jurídicos de una operación, al fin y al cabo, única*. El peligro sería real máxime cuando —podría pensarse— los participantes pueden construir una parte de sus relaciones, alternativamente, a través de la inserción de una

obligación unilateral a su cargo en el acuerdo base, o a través de un contrato satélite con la sociedad *joint venture*. Dos manifestaciones alternativas de un mismo hecho económico comportarían, así, consecuencias distintas en sede de determinación de ley aplicable. Este argumento, sin embargo, tampoco resulta determinante, ni es acertado en todos los casos. En primer lugar, los sistemas de DIPr conocen expedientes jurídicos que sirven a esa misma finalidad, y cuya utilización no altera el funcionamiento normal del sistema. La consideración conflictual separada no impide que, en atención a las circunstancias de los casos, un contrato satélite pueda ser sometido a la ley que regula el acuerdo base<sup>78</sup>, cuando la mayor vinculación del contrato se estime que existe con esta ley<sup>79</sup>. En segundo lugar, se parte de una premisa falsa, pues la consideración global de la operación para seleccionar la ley aplicable supone ignorar las eventuales razones materiales que pueden haber conducido a los participantes a optar por la conclusión de un contrato satélite<sup>80</sup>. En suma, la *joint venture* aparece formada por diversos contratos, con el efecto de que *cada contrato será objeto de un proceso intelectualivo autónomo para la determinación de la ley aplicable*.

### **C. El contrato de joint venture: unidad versus pluralidad contractual**

A pesar de su contenido complejo, el acuerdo base de *joint venture* será considerado, normalmente, como un solo y único contrato, y no como una estructuración contractual de varias unidades<sup>81</sup>. En nuestro Derecho material<sup>82</sup>, la existencia de una *causa única o múltiple* determina la existencia de uno o varios contratos, mientras que la doctrina de DIPr suele hacer recurso a la noción de *causa* con estos mismos efectos delimitativos<sup>83</sup>. Con ella se pretende expresar la idea de *unidad o fin económico unitario*, cuya verificación habrá de resultar de la interpretación de la voluntad de las partes<sup>84</sup>. Conforme a este criterio, no resulta difícil descubrir en el acuerdo base una *auténtica unidad económica*, en cuanto «obedece a una *unidad de interés y de función* que exige que el fenómeno sea considerado como una unidad jurídica». La unidad contractual no impide, sin embargo, que quepa distinguir diferentes partes en su contenido.

## **2. Análisis de las relaciones entre los contratos**

### **A. Planteamiento**

La independencia formal de los distintos contratos que aparecen en la *equity joint venture*, no impide descubrir entre ellos una estrecha conexión, derivada del fin único, o unidad funcional, de la operación. Mayor problemática presenta la determinación de los efectos jurídicos concretos que genera dicha conexión entre contratos. Esta dificultad queda agravada cuando se advierte que las relaciones, de cada unidad contractual con otra de ellas, no responden a un único esquema. Pese a las dificultades, el análisis de estas relaciones, y la identificación de los efectos jurídicos que producen, tiene un interés innegable. De un lado, la pérdida de confianza que conlleva, por ejemplo, la desigual valoración de una situación jurídica puede determinar, si es muy grave, la extinción de la *joint venture*. En ese momento, puede resultar de gran interés determinar, por ejemplo, qué contratos satélites subsisten a la extinción pues, por sí sola, la disolución de la relación *joint venture* no ha de implicar la resolución automática de todos los contratos celebrados por la sociedad conjunta con cada participante. De otro lado, la «confianza» entre los participantes que presupone la *joint venture*, no excluye que, cualquiera de ellos, incluso durante la vida de la relación *joint venture*, busque amparo para su

posición, bien en el valor literal y estricto de los pactos, o bien en la relevancia que quepa atribuir a la existencia de una estrecha conexión entre unos y otros contratos. Aunque dichas discrepancias de opinión no serán resueltas, de ordinario, ante instancias judiciales o arbitrales, sí que resulta frecuente que sean conocidas por expertos, a quienes se encomienda la elaboración de dictámenes jurídicos que, si no se dispone de otro modo, conviene que queden bien fundados en Derecho.

Conscientes de que la realidad con la que tratamos es compleja, y muestra una propensión alta a escapar a cualquier tipo de encasillamiento, hemos creído posible, y suficiente para los efectos de este trabajo, establecer algunas líneas directrices que permitan ordenar las relaciones entre las diferentes unidades contractuales que aparecen en la *equity joint venture*. Para realizar esta ordenación, vamos a partir de una clasificación funcional de las diferentes relaciones, de autonomía, dependencia e interdependencia, que cabe descubrir entre los distintos contratos que intervienen en una *equity joint venture*. El análisis que sigue revelará interés, sobre todo, cuando sea necesario decidir si las vicisitudes por las que atraviesen unos contratos en la *joint venture* deben afectar a otros. Pero no carece de valor en sede de DIPr. En este terreno, como veremos, puede facilitar criterios de evaluación de las situaciones jurídicas, que sean operativos para determinar la ley aplicable a una unidad contractual, cuando dicha ley no haya sido elegida por las partes.

### **B. Relaciones entre el acuerdo base y los contratos satélites: perspectiva funcional**

El análisis funcional de las relaciones que intervienen entre el acuerdo base y los contratos satélites revela la existencia de una *graduación* en la intensidad de los vínculos, siempre de dependencia, que se instauran entre uno y otros contratos<sup>85</sup>. Desde una perspectiva externa o meramente formal, con base en el propio contrato de *joint venture* cabe establecer una clasificación tripartita de las vinculaciones entre un contrato satélite y el acuerdo base.

a) *Contratos satélites de ejecución o cumplimiento del acuerdo base*. Algunos contratos satélites tienen como antecedente la obligación, asumida por uno de los participantes en el acuerdo base, de celebrar un contrato con la sociedad *joint venture*, con un contenido determinado en mayor o menor medida. Es normal también que, mediante anexo, queden establecidas las tarifas que regularán la contraprestación que deberá abonar la sociedad *joint venture* a cambio de la prestación del participante<sup>86</sup>. La existencia en el acuerdo base de una previsión, de carácter obligatorio, relativa a la celebración de un contrato satélite, genera claros lazos de dependencia de uno respecto al otro. En una eventual graduación, estos contratos satélites revelan una dependencia plena, o máxima, respecto al acuerdo de base.

b) *Contratos satélites previstos en el acuerdo base sólo con carácter facultativo o potestativo*. En ocasiones, el acuerdo base se limita a contemplar la posibilidad de que los participantes celebren cierto tipo de contratos con la sociedad *joint venture*. El papel del contrato de base en este caso es mucho más modesto, constituyendo únicamente el marco o contrato cuadro de posibles, y no obligatorios, futuros contratos. Esta clase de contratos no queda identificada por su contenido, pues un tipo de contrato satélite en una *joint venture* podrá ser facultativo, y en otra de cumplimiento o de ejecución. Esto es fácil de ver en los contratos de financiación: mientras en unas *joint venture* estos contratos pueden constituir la aportación esencial de un socio, en otras, la financiación a través de los socios aparece, simplemente, como mecanismo alternativo al endeudamiento externo. En lo sucesivo, estos contratos serán denominados facultativos o complementarios<sup>87</sup>. Por varias razones, este grupo de contratos satélites manifiesta una propensión alta a escapar a la idea de unidad funcional de la operación:

en primer término, se trata de contratos contingentes, o no necesarios para la consecución del proyecto común, que no penetran en el esquema cooperativo en sentido estricto; además, la relación *joint venture* no se vería afectada si fueran celebrados, alternativamente, con un tercero, en lugar de con un participante, cualidad que difumina la dependencia funcional. Gráficamente, estos contratos podrían localizarse en un círculo concéntrico externo a la cooperación, aún en el entorno de ésta, pero incorporando más acusadamente elementos del cambio.

c) *Contratos satélites no previstos en el acuerdo base.* La relación *joint venture* se caracteriza por su carácter dinámico, por lo que no es infrecuente que las partes, durante el transcurso de la operación, celebren nuevos contratos satélites a los que no se extendía la previsión inicial del acuerdo base. De esta circunstancia no cabe seguir, automáticamente, la desvinculación funcional del contrato respecto del conjunto de la operación, dada la diversidad de razones que pueden mover a su celebración. A veces, la celebración de un contrato satélite no previsto responderá a la necesidad de realizar una aportación financiera suplementaria, de modificar las condiciones de los contratos satélites para adaptarlos a los cambios de la coyuntura económica, jurídica, fiscal o política, o simplemente de emprender una nueva actividad no contemplada inicialmente, existiendo, en todos los casos, el deseo de los participantes de introducir modificaciones estructurales en la dinámica de la cooperación. En estos casos, los nuevos contratos deben ser considerados como integrados, funcionalmente, en la dinámica de la operación. Al contrario, cuando la celebración del nuevo contrato satélite se debe, sólo, a la oportunidad de que uno de los participantes suministre, o se haga cargo, de una prestación accesoria de la sociedad *joint venture*, tal y como podría haberlo hecho un tercero, la vinculación del contrato satélite con la unidad funcional resultará menor. Por tanto, la *no previsión* del contrato satélite en el acuerdo base, no prejuzga el grado de dependencia de uno respecto al otro. Esta vinculación habrá de ser descubierta mediante el empleo de diversos criterios como, por ejemplo, el hecho de que las partes hayan celebrado los nuevos contratos en atención a las obligaciones asumidas por otros participantes y, sobre todo, teniendo en cuenta si, por su configuración y circunstancias de conclusión, tales contratos habrían podido ser celebrados, alternativamente, con un tercero.

A veces, el grado de dependencia entre contratos, de cara a ciertos efectos, puede venir modulado por el contenido del propio contrato satélite. Pensemos, por ejemplo, en un contrato satélite de ejecución, en el que la vinculación funcional con el acuerdo base es máxima. Siempre de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho aplicable, la relevancia jurídica de esa dependencia puede suponer, en caso de extinción del contrato de base, la consiguiente extinción de los contratos que traigan causa, o dependan, de él. Dado que ese efecto, en ciertos casos, podría poner en riesgo la viabilidad económica de la sociedad conjunta, que puede pervivir tras la extinción de la *joint venture*, es frecuente que las partes pacten, en relación con ciertos contratos, cláusulas de sobrevivencia del contrato satélite tras la extinción de la relación *joint venture*, estableciendo mecanismos de acomodación del contrato a la dinámica del mercado<sup>88</sup>. Las estructuras jurídicas creadas adquieren, así, autonomía respecto al contrato de base, lo que permite la plena operatividad de la sociedad conjunta tras la extinción de la *joint venture*.

Entre los contratos satélites debe excluirse, con carácter general, la existencia de relaciones de dependencia unilateral entre contratos. No obstante, cabe dudar si entre unos y otros existen relaciones de interdependencia, o de dependencia recíproca<sup>89</sup>, con relevancia jurídica. La diversidad funcional de contratos satélites obliga, de nuevo, a distinguir situaciones. La existencia de relaciones de dependencia recíproca, o de interdependencia entre los contratos

satélites, podrá ser afirmada, sobre todo, entre los contratos de cumplimiento del acuerdo base, en cuanto pueda apreciarse que unos de ellos han sido celebrados en consideración a la obligación de otros participantes, prevista en el acuerdo base, de celebrar otros contratos. Entre los contratos facultativos entre sí, por el contrario, la interdependencia debe negarse pues, en principio, tales contratos pueden funcionar de forma autónoma. El mismo carácter debe predicarse de las relaciones entre un contrato satélite de cumplimiento y uno facultativo.

### C. Caracterización jurídica de las relaciones entre el contrato de base y los contratos satélites

La peculiaridad y complejidad del entramado de contratos que genera la *joint venture* constituyen, sin duda, origen y causa del escaso éxito que ha tenido la doctrina para explicar, de forma satisfactoria, las relaciones jurídicas entre las diferentes unidades contractuales. Incluso en los trabajos que han abordado monográficamente, y de forma sistemática, el examen de los diferentes tipos de conexiones entre contratos, resulta difícil encontrar uno que responda al que es típico de, y crea, la *joint venture*<sup>90</sup>. La doctrina suiza ha apuntado la categoría de los *mehrstufige Verträge*<sup>91</sup> o contratos en varias etapas, superiores e inferiores que, aunque podría servir para explicar el tipo de conexión contractual de que aquí se trata, no ha sido, hasta la fecha, objeto de elaboración suficiente.

Para la explicación jurídica de estas relaciones resulta de utilidad la exposición de M. Oertle<sup>92</sup>, quien, a través de un esquema de cuatro tipos básicos, ha analizado las relaciones entre el acuerdo base y los contratos satélites, así como las de éstos entre sí. El primer modelo parte del principio de la ineficacia frente a terceros de los contratos obligatorios. El segundo supone la posibilidad de construir relaciones de dependencia entre contratos, mediante el recurso al expediente de la condición, tanto resolutoria como suspensiva. El tercero y el cuarto significan la posibilidad de considerar la existencia de un *contrato compuesto*, o de un contrato de sociedad, siendo entonces de aplicación, respectivamente, los principios que rigen para los contratos sinalagmáticos<sup>93</sup>, o en el ámbito del Derecho de sociedades. A este esquema agregaremos el análisis funcional de relaciones entre contratos, que ha sido esbozado en el epígrafe anterior.

El primero de los modelos comporta la imposibilidad de apreciar interferencias materiales entre unos y otros acuerdos. En razón de los resultados injustos a que puede dar lugar este esquema de relación<sup>94</sup>, los ordenamientos jurídicos, en virtud de expedientes distintos que, no obstante, concurren en función<sup>95</sup>, permiten, a veces, dar relevancia jurídica a los *motivos determinantes*. De este modo, la invalidez del negocio de base (*ad. ex.* por no contemplación de exigencias de forma, error en el consentimiento, etc) podrá propagarse sobre los contratos satélites, resultando así una primera brecha de vinculación entre contratos<sup>96</sup>. En el esquema funcional de contratos satélites que hemos propuesto, la extensión de la nulidad habrá de ser acordada, sobre todo, en relación con los contratos satélites de ejecución o cumplimiento del acuerdo base y, con mayores reservas, y siempre a la vista de las circunstancias, respecto a los contratos satélites facultativos. En cambio, la propagación de la nulidad deberá ser rechazada en presencia de cláusulas, en el contrato satélite, que doten a éste de autonomía frente al acuerdo de base. Incluso en defecto de una cláusula de este tipo, a nuestro juicio resultará preciso examinar si el contrato satélite en cuestión no ha adquirido, por el transcurso del tiempo, y a la vista de las circunstancias, autonomía respecto al acuerdo base.

La dependencia entre contratos únicamente quedará garantizada mediante el establecimiento de una condición de eficacia<sup>97</sup>. En defecto de estipulación condicional expresa,

M. Oertle mantiene la posibilidad de entenderla incluida, de forma implícita, y a modo de presunción general, en atención a las circunstancias de la relación y a los intereses de los participantes<sup>98</sup>. El autor afirma el carácter *iuris tantum* de dicha presunción, admitiendo prueba en contrario<sup>99</sup>. Los casos dudosos habrían de ser decididos teniendo en cuenta la importancia de los acuerdos satélites para el éxito de la *joint venture*, y para la posición económica de los participantes. Teniendo en cuenta el esquema de relaciones funcionales entre contratos que hemos propuesto, para afirmar la operatividad de una condición implícita resulta útil partir de la distinción entre *contratos satélites de ejecución* y *contratos satélites facultativos*: en los primeros, el análisis de la situación permite afirmar la operatividad de una condición suspensiva implícita<sup>100</sup>, de modo que un contrato satélite no será eficaz hasta que no hayan sido estipulados el resto de los contratos satélites de ejecución previstos, con independencia de cuál sea su contenido; los segundos, en cambio, difícilmente podrán considerarse condicionados a la celebración de otros contratos. Estos contratos, como vimos, no pertenecen al núcleo funcional de la cooperación e, incluso, en principio, podían haber sido celebrados con un tercero. La presencia, en el contrato satélite, de una cláusula de sobrevivencia, destaca a dicho contrato de cualquier eventual condición implícita que, de otro modo, podría ser acordada. Dada la inseguridad que puede generar la consideración, por el juez o árbitro, del carácter condicionado de unas u otras obligaciones, resultará aconsejable la construcción del efecto jurídico deseado mediante el empleo de la autonomía contractual<sup>101</sup>, siempre que así lo permita la ley aplicable.

Para poder aplicar, analógicamente, las reglas establecidas para los contratos sinalagmáticos a un conjunto formado por varios contratos, es preciso que entre una y otra situación quepa apreciar una esencial afinidad. Al contrario de los contratos bilaterales, donde el sinalagma se presume, para identificar un *nexo sinalagmático* entre las prestaciones de contratos diferentes, han de concurrir ciertos requisitos: que los convenios hayan sido celebrados por las mismas partes, que exista una formación del consentimiento *uno actu*, y que las prestaciones de los distintos contratos sean correspectivas, y de similar importancia (dependencia recíproca entre las prestaciones)<sup>102</sup>. Estas exigencias, sin embargo, claramente no se cumplen en la situación de que ahora tratamos. De un lado, los contratos no se sitúan en una relación de dependencia recíproca, pues, al menos, la eficacia de los contratos satélites, salvo pacto en contrario, no afecta al acuerdo base. Además, los contratos son concluidos entre sujetos distintos, lo que descarta la unidad en la formación del consentimiento. La independencia recíproca entre contratos, veda, por ejemplo, la posibilidad de invocar la *exceptio non adimpleti contractus*, propia de los contratos sinalagmáticos, para rehusar el cumplimiento de un contrato satélite, cuando alguno de los participantes no haya llegado a celebrar, con la sociedad conjunta, un contrato al que se obligaba por el acuerdo base. En esta situación, en teoría, cada participante únicamente podrá ejercitar la correspondiente acción contractual dirigida a solicitar el cumplimiento del acuerdo base. En la práctica, una pérdida de confianza entre los participantes de ese calibre, difícilmente será compatible con el mantenimiento de la relación de *joint venture*.

La diversidad subjetiva en presencia aleja el supuesto que se analiza, de las situaciones de pluralidad contractual que han sido consideradas como sociedad<sup>103</sup>. Resulta de mayor interés la afinidad de las aportaciones de los socios a la sociedad *joint venture*, ya sea a través del acuerdo base o de contratos satélites, con actos de contribución propiamente sociales. En muchas de estas situaciones, las obligaciones que derivan de los contratos satélites podrían ser *recalificadas*<sup>104</sup> como actos de aportación sociales, con los efectos jurídicos que la recalificación social de dichas obligaciones conlleva<sup>105</sup>.

En todo caso, la independencia jurídica de los contratos no debe ser obstáculo para la extracción de consecuencias hermenéuticas e integrativas de las relaciones entre el acuerdo base y los contratos satélites. La conexión podrá ser valorada como circunstancia para conocer la voluntad de las partes en el momento de contratar<sup>106</sup>. Por otra parte, a falta de reglamentación normativa supletoria, el defecto de regulación contractual podrá también ser completada atendiendo a la consideración de otros contratos.

#### **D. Caracterización jurídica de las relaciones recíprocas entre los contratos satélites**

Como dijimos, la confianza entre los participantes no evita que cada uno de ellos pueda pretender, en los momentos de crisis, hacer valer su derecho. Imagínese, en una *joint venture*, que un socio se obliga, a través de un contrato satélite, a financiar el proyecto de construcción de una fábrica, mientras el otro, por su parte, se compromete a comunicar a la sociedad conjunta el *know-how* necesario para el adiestramiento del personal que trabajará en ella, y para su puesta en funcionamiento. ¿Puede el segundo de los socios suspender la comunicación de los secretos en que consiste ese *know-how*, en atención a que el primero ha dado lugar a la paralización de la construcción de la fábrica, por falta de financiación?

El análisis de las relaciones jurídicas de los contratos satélites entre sí, ha de partir de la independencia formal entre los diferentes contratos, y de la diversidad de los sujetos que son parte en cada uno de ellos. En defecto de una estipulación condicional expresa, parece difícil afirmar la operatividad, con alcance general, de una presunción condicional implícita en cada contrato satélite, que someta el cumplimiento a la ejecución de otros pactos. La diversidad de relaciones funcionales entre los contratos satélites impide llegar a esa conclusión. Por otra parte, a la vista de los efectos que podría producir sobre el inicio y la marcha de la *joint venture*<sup>107</sup>, incluso en los contratos entre los que quepa observar una relación de interdependencia mutua, resulta difícil afirmar la operatividad de una condición implícita suspensiva de la eficacia de unos y otros contratos. Si se pretende ese efecto, los participantes disponen de la posibilidad de pactar condiciones de eficacia de unos y otros contratos, mediante el empleo de su autonomía material<sup>108</sup>. Del mismo modo, la propagación de la invalidez de un contrato satélite sobre otro no tendrá lugar en todos los casos. Dicha propagación podrá ser estimada, sobre todo, cuando quepa entender que el primero no habría sido concluido al margen del segundo, y viceversa, lo que ocurrirá frecuentemente en las relaciones entre los contratos satélites de cumplimiento.

El origen común de los contratos satélites, y el nexo funcional entre unos y otros, han motivado que se afirme la aplicación a estos contratos de los principios que rigen en el ámbito de los contratos sinalagmáticos<sup>109</sup>. Para C. Reymond, «al igual que en el contrato compuesto, cada uno de los contratos que constituyen la *joint venture* se articula sobre los otros como las prestaciones de un contrato sinalagmático»<sup>110</sup>. Como consecuencia de esta construcción, la validez de unos contratos quedaría condicionada a la validez del resto, pudiendo ser invocada la excepción del contrato no cumplido a falta de cumplimiento de cualquiera de ellos. Al margen de la posibilidad de considerar a estas situaciones como *contrato compuesto*<sup>111</sup>, y teniendo en cuenta que los resultados a que conduce esta tesis sólo podrían resultar adecuados en las relaciones entre los contratos satélites de cumplimiento del acuerdo base<sup>112</sup>, los efectos negativos que dicha aplicación puede producir sobre la puesta en marcha, y sobre el funcionamiento de la *joint venture*, aconsejan un uso restrictivo de tales principios, limitado a las situaciones de extrema gravedad. Cuando los contratos satélites son independientes unos de

otros (*ad. ex.* relaciones entre los contratos satélites facultativos entre sí, y con los contratos satélites de cumplimiento del acuerdo base), el incumplimiento de uno de ellos no podrá ser opuesto, como excepción, para dejar de cumplir otro pacto. La extinción de la *joint venture* no implica, de por sí, la terminación de estos acuerdos, siempre, claro está, que la sociedad conjunta perviva a dicha disolución, y que el contrato no establezca una estipulación en sentido contrario.

En consideración a la idea de que los contratos satélites constituyen un complejo armónico, en el que no deben existir contradicciones<sup>113</sup>, la conexión interna podrá ser valorada como circunstancia para la interpretación de otros contratos. Del mismo modo, para determinar la voluntad de las partes, a efectos de integrar las lagunas del contrato, cuando la ley no disponga otra cosa, cabrá la posibilidad de acudir al contenido de otros contratos satélites.

#### IV. ALCANCE DEL MÉTODO DE ATRIBUCIÓN Y DIMENSIÓN SUSTANCIAL

La regulación internacional de la *joint venture* no reposa en un marco estricto de intereses privados. La incidencia de estas operaciones sobre fines políticos y sociales que se consideran de interés general por el Estado, comporta la vocación aplicativa de normas materiales imperativas, que limitan las posibilidades de autorregulación. Estas normas de intervención, normalmente de formato unilateral, suelen poseer un ámbito de aplicación especial, que viene predeterminado, de forma expresa o implícita, en razón de su función<sup>114</sup>, proyectándose sobre la regulación del contrato, tal y como deriva de la *lex contractus*. A diferencia de las normas simplemente imperativas, que no pueden ser derogadas por acuerdo de las partes, las normas en examen poseen un *plus* de imperatividad, y son *internacionalmente imperativas*, esto es, reclaman aplicación *aunque no pertenezcan a la ley del contrato*. Al efecto de este trabajo, centraremos nuestra atención en la identificación de las categorías de normas imperativas que, por su conexión con los efectos que puede producir la *joint venture* sobre los intereses tutelados en cada caso, son de más frecuente aplicación a este tipo de operaciones, en la descripción de los cauces que habilitan la aplicación de normas imperativas extranjeras en nuestro sistema de DIPr., y en la determinación de los efectos que producen sobre las operaciones de *joint venture*. Antes de ello, realizaremos una breve digresión sobre las relaciones entre el arbitraje y las normas imperativas.

Por regla general los acuerdos de *joint venture* contienen cláusulas arbitrales, que sustraen del conocimiento de las jurisdicciones estatales los litigios que puedan surgir con ocasión de estos acuerdos, muchas veces con el propósito de eludir las normas materiales imperativas de un Estado. La incidencia de normas imperativas sobre los contratos de *joint venture*, plantea en estos supuestos la cuestión de la arbitrabilidad del litigio. Hasta fechas recientes, la doctrina y jurisprudencia dominantes mantenían que los árbitros no podrían conocer de asuntos que pudieran afectar al orden público, pues la justicia privada del árbitro resultaría incompatible con la posibilidad de prestar atención a fines estatales de carácter público. En la actualidad, esta orientación ha sido modificada<sup>115</sup>, al aparecer con claridad que lo verdaderamente importante no es que los árbitros puedan fallar sobre asuntos que afecten a reglas de orden público, sino que sus decisiones puedan resultar contrarias a esas reglas<sup>116</sup>. Esta orientación, que obtuvo respaldo judicial por vez primera en la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 2 de julio de 1985<sup>117</sup>, ha encontrado eco en la Sentencia de la *Cour d'appel* de París (1.<sup>a</sup> Ch. A) de 19 de mayo de 1993<sup>118</sup>, así como en la sentencia del Tribunal Federal suizo de 28 de abril de 1992<sup>119</sup>. Este cambio de perspectiva ha supuesto el desplazamiento del problema de la

arbitrabilidad de la controversia, en estas situaciones, hacia otro de reconocimiento del laudo arbitral que haya sido dictado en contravención de normas imperativas extranjeras. En la actualidad se discute sobre la posibilidad de acomodar dicha inaplicación en la cláusula de denegación del reconocimiento basada en el orden público <sup>120</sup>.

## 1. Categorías de normas imperativas relevantes en las operaciones de *joint venture*

### A. Normas de defensa de la competencia

El grupo más importante de normas materiales imperativas con vocación aplicativa sobre las operaciones de *joint venture*, al menos en los países de economía de mercado, viene constituido por el *Derecho de defensa de la libre competencia*. Las operaciones de *joint venture* pueden, según los casos y alternativamente, favorecer o restringir la competencia en el mercado, por lo que no es posible un enjuiciamiento general y previo de estas operaciones. Por una parte, la creación de una *joint venture* puede propiciar la competencia en el mercado cuando suponga un mecanismo de racionalización de costes, permitiendo a una pluralidad de pequeñas empresas competir con otras de mayor tamaño. Las *joint ventures* pueden generar una capacidad de producción adicional, y una expansión económica, a través de la formación de una nueva organización de producción, el desarrollo de un nuevo producto o tecnología, o la entrada en un nuevo mercado, lo que determina un tratamiento permisivo por la legislación *antitrust*. Por otra, la concertación entre operadores económicos en la que se une el interés de los participantes, puede debilitar o distorsionar la competencia, tanto en los casos de concentración como en los de mera cooperación <sup>121</sup>. En la medida en que contribuyen a la integración económica en el cuadro del mercado único, y al reforzamiento de la competitividad mundial de las industrias europeas, la Unión Europea no sólo permite la cooperación entre empresas, sino que pretende potenciarla, para lo cual la Comisión ha adoptado un conjunto de medidas con la intención de reajustar su política de competencia, y de estimular la creación de empresas comunes de carácter cooperativo <sup>122</sup>. La política de competencia de la Unión Europea en materia de empresas comunes, viene caracterizada por el esfuerzo de la Comisión en articular criterios, que determinen con precisión el alcance del Derecho de la competencia en las diferentes situaciones de *joint venture* que pueden presentarse <sup>123</sup>. Para su tratamiento, el Derecho comunitario parte de la distinción entre *joint ventures* de carácter cooperativo y de tipo concentrativo, que quedan sometidas a procedimientos de notificación y aprobación diferentes <sup>124</sup>. En lo que ahora interesa, las normativas de defensa de la competencia suelen contener disposiciones que declaran nulos a los contratos que incurren en las prohibiciones descritas <sup>125</sup>, y que pueden afectar, por tanto, a los contratos de *joint venture*.

### B. Normas en materia de transferencia internacional de tecnología

La creación de *joint ventures* sirve muchas veces a la finalidad de la transferencia internacional de tecnología, lo que comporta la incidencia sobre estas operaciones de los procedimientos de control, y de las normas de intervención, que regulan las importaciones y exportaciones tecnológicas. Estas normas responden a dos modelos distintos, que se corresponden con los intereses respectivos, en este ámbito, de los países en vías de desarrollo y de los países industrializados <sup>126</sup>. El interés de los países en desarrollo en el acceso a la tecnología extranjera en condiciones que favorezcan el desarrollo y la autonomía de la industria local, se traduce en la aparición de procedimientos de control y disposiciones imperativas

(leyes de policía tecnológica) destinados a orientar el contenido de los contratos de transferencia de tecnología hacia la consecución de objetivos macroeconómicos de desarrollo, autonomía industrial y aumento de las exportaciones de productos manufacturados<sup>127</sup>. Queda así limitada la posibilidad del exportador extranjero de conseguir articulaciones contractuales, que le permitan conservar su ventaja competitiva mundial en el disfrute de la tecnología, lo que podría tener lugar si el contrato permitiera que el proveedor dejara de suministrar una parte importante de la información, necesaria para la utilización o el desarrollo de la tecnología que sea objeto del contrato. Estas normas determinan —normalmente de forma expresa— qué transacciones internacionales quedan imperativamente comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, que viene determinado en atención al objeto del contrato y a las partes en el mismo<sup>128</sup>.

Los procedimientos de control suelen consistir en el sometimiento de los contratos a condiciones de autorización, singularmente la intervención de las autoridades administrativas, del país receptor de la tecnología, en la aprobación del contrato<sup>129</sup>, y en la autorización de la transferencia, así como en la obligación de inscribir el contrato en un Registro público<sup>130</sup>. En relación con el contenido del contrato, las opciones son más variadas y van desde la exigencia de un contenido mínimo<sup>131</sup> y la enumeración de las cláusulas contractuales cuya existencia justifica la denegación de autorización y registro, a la exclusión de la autonomía conflictual<sup>132</sup>. Este intervencionismo sobre el contrato determina que el ámbito de aplicación de la norma de conflicto quede reducido a los aspectos puramente contractuales, no regulados por las leyes de policía tecnológica del foro<sup>133</sup>.

La infracción de estas disposiciones no produce siempre las mismas consecuencias sobre el contrato, variando según los sistemas. En ciertos países, la autorización o registro de los contratos es presupuesto de su validez. En otros, la falta de autorización o registro sólo determina la imposibilidad de que el adquirente realice el pago (al extranjero) de la tecnología. A veces, de la ausencia de autorización o registro no se desprenden consecuencias directas sobre las relaciones contractuales<sup>134</sup>.

La intervención estatal en el ámbito de la transferencia internacional de tecnología, adquiere un cariz distinto en los países desarrollados, a los que suelen pertenecer las empresas exportadoras de tecnología. En este segundo modelo, la contratación internacional en el ámbito de la transferencia de tecnología se caracteriza por el reconocimiento de una amplia libertad de contratación<sup>135</sup>, que aparece sólo limitada por las normas imperativas del Derecho de la competencia, y por los controles a las exportaciones de tecnologías de doble uso<sup>136</sup>. Como señala P.A de Miguel Asensio, estas normas aparecen «destinadas fundamentalmente a salvaguardar la seguridad nacional, evitando que productos o conocimientos con valor estratégico sean transmitidos a países considerados como potenciales agresores, pero también orientadas a satisfacer (otros) intereses de política exterior»<sup>137</sup>. A falta de una solución expresa sobre las sanciones civiles que resultan de la aplicación de estas normas, la doctrina afirma la necesidad de estar al sentido y fin de las mismas<sup>138</sup>.

### ***C. Normas sobre control de cambios e inversiones extranjeras***

En la planificación de una operación de *joint venture*, corresponde un notable interés al examen de la normativa sobre admisión de inversiones extranjeras, y sobre control de cambios, en vigor en el país receptor de la inversión. En contraposición al régimen liberal que suele regir, en esta materia, en los países industrializados, dónde únicamente se contemplan

obligaciones de declaración de las inversiones exteriores, en los países en vías de desarrollo es frecuente que las normativas de política económica exterior, condicionen la inversión, y la posibilidad de crear una *joint venture*, a la obtención de un permiso o autorización estatal<sup>139</sup>. En otras ocasiones, cuando no se exige una autorización, la válida conclusión del contrato de *joint venture* puede quedar condicionada al otorgamiento de escritura pública ante determinada autoridad, y a su inscripción en un registro<sup>140</sup>, sin que sea infrecuente que se establezca un contenido mínimo para el contrato<sup>141</sup>. Puede también exigirse que las personas jurídicas extranjeras que participen en una *joint venture*, establezcan un domicilio en el país<sup>142</sup>. En la actualidad ha dejado de imponerse la participación del Estado anfitrión en la *joint venture*<sup>143</sup>. Las autorizaciones pueden también exigir el cumplimiento de condiciones relativas a la cifra del capital, su estructura, o las modalidades de financiación de la empresa común. También suele ser frecuente la imposición de obligaciones específicas relacionadas con la exportación de los productos de la *joint venture*, o la exigencia de autorizaciones de control de cambios para la transferencia de beneficios al exterior. No obstante, las rigideces de este marco normativo son excluidas, a veces, mediante la creación de *zonas francas*, en las que es aplicable un régimen especial en diversos órdenes, como el aduanero, el bancario, el tributario, el laboral, el migratorio, y el de inversión de capitales y comercio exterior<sup>144</sup>. En defecto de una normativa general atractiva para las inversiones, los Estados en vías de desarrollo pueden acudir a derogaciones puntuales, para ciertas empresas, de dicho régimen, lo que se consigue mediante la conclusión de un contrato de inversión<sup>145</sup>.

## 2. Cauces de aplicación para las normas materiales imperativas en el sistema español de DIPr

En el sistema de DIPr. en materia de contratos instaurado por el Convenio de Roma, las normas materiales imperativas encuentran aplicación a través de cauces distintos, según procedan o no de la *lex fori*. Las normas imperativas del foro se aplican, con independencia de cuál sea la ley que rijan el contrato, a través del artículo 7.2 CR<sup>146</sup>. La finalidad y objetivos de la ley del foro sólo quedan garantizados haciendo valer el carácter internacionalmente imperativo y, por tanto, aplicable con independencia de cuál sea la ley que rijan el contrato, de la disposición imperativa de que se trate. En nuestro Ordenamiento jurídico, el Derecho comunitario forma parte también del Derecho del foro, siendo de aplicación directa por los jueces y tribunales españoles. La normativa internacionalmente imperativa de la ley del foro no ha de incidir sobre la determinación de la ley aplicable al contrato internacional<sup>147</sup>, en cuya selección adquieren valor, sobre todo, la previsibilidad y las expectativas objetivas de las partes<sup>148</sup>. Una vez verificada la aplicabilidad de la norma de intervención, el concurso entre la *lex fori* y la *lex contractus* decidirá sobre las concretas consecuencias que produce la aplicación de la normativa imperativa sobre la relación jurídico privada.

En relación con las normas materiales imperativas del Derecho extranjero, en la actualidad se admite ampliamente su aplicación, lo que queda facilitado cuando se trata de disposiciones de alcance directamente civil<sup>149</sup>. La aplicación de estas normas podría tener lugar a través de cauces distintos<sup>150</sup>. Cabría considerar, en primer término, la posibilidad de incluir estas normas en el ámbito de la remisión de la regla de conflicto general en materia de contratos (*Einheitsanknüpfung* o *Schuldstatutstheorie*). Las normas extranjeras de intervención se aplican sólo si forman parte de la *lex contractus*, lo que no excluye que las normas de intervención de otros Estados puedan recibir una *consideración material* en el seno de aquella ley, mediante el

llamado *segundo escalón de análisis (Zweisstoffentheorie)*. Podría estimarse, en segundo lugar, que las normas de intervención estatal se sitúan al margen del mecanismo conflictual común, y requieren sus propias conexiones especiales (*Sonderanknüpfung*). En este caso, la norma de conflicto tradicional no realiza una remisión global, sino parcial, sólo a las normas extranjeras de Derecho privado, por lo que quedarían preteridas, en consecuencia, las normas de intervención que sirven a una política estatal <sup>151</sup>. Y por último, una solución cumulativa de las anteriores (*Kumulationslösung*), que supone la aplicación de las normas de intervención de la *lex contractus*, y las de terceros ordenamientos que presenten una conexión especial con el supuesto. Esta última es la solución que, al menos implícitamente, parece desprenderse de la sistemática del convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980. La aplicación del Derecho imperativo extranjero puede, por tanto, ser articulada de dos posibles modos: bien por la vía de la *lex contractus*, o bien por la vía establecida en el artículo 7.1 CR, solución que, aunque ha recibido una severa crítica por parte de un sector doctrinal <sup>152</sup>, es la que parece adecuarse mejor a los antecedentes y sistemática del Convenio de Roma.

Conforme al criterio seguido por el CR, la remisión a la *lex contractus* se entiende plena, es decir, incluye a las normas imperativas o de intervención de aquel ordenamiento. Vienen así al foro todas aquellas disposiciones de la *lex contractus* que reclaman aplicación al caso, con independencia de su naturaleza, entre las que se encuentran especialmente las del Derecho de la competencia. Se obtiene así una solución idéntica a la que se alcanzaría si un juez del país de la *lex contractus* conociese de la situación, lo que coadyuva, como se ha dicho, a la armonía internacional de soluciones. No obstante, la normativa de intervención de la *lex contractus* sólo deberá aplicarse si reclama aplicación al caso. Por eso, sólo se produce una oferta de aplicación (*Anwendungsofferte*) a la ley extranjera, cuya voluntad aplicativa deberá siempre ser atendida <sup>153</sup>. El correctivo del orden público podrá aparecer para excluir la aplicación de las normas imperativas extranjeras cuyo ámbito de aplicación sea considerado como exorbitante, o no razonable.

En segundo término, la aplicación de las normas materiales imperativas de un tercer ordenamiento, que sean de aplicación con independencia de la ley aplicable al contrato, queda sometida a las condiciones establecidas por el artículo 7.1 CR, norma que, bajo las condiciones que detalla <sup>154</sup>, faculta al juez para aplicar, o tomar en consideración, las normas de un Estado extranjero que rijan imperativamente la situación con independencia de cuál sea la ley aplicable al contrato. Lo que quisiéramos ahora advertir, es que la aplicación de esta norma puede y debe perder discrecionalidad cuando quede concretada en cada sector de intervención. El juego del precepto en un concreto sector debe traducirse en la posibilidad de concretar, de modo previo y con abstracción de las peculiaridades del caso, algunos de tales condicionamientos. Por ejemplo, el vínculo estrecho exigido por el art. 7.1 CR, podría conducir a la tipificación de *reglas de preferencia* que permitiesen a la norma operar en cada sector de modo análogo a una norma bilateral <sup>155</sup>, ciertamente de un tipo especial, empleando distintos criterios de conexión. El vínculo estrecho entre el Estado cuyas normas reclaman aplicación y la situación determina, desde una interpretación en clave funcional, la consideración de los intereses tutelados por las normas <sup>156</sup>. Por ejemplo, en Derecho de la competencia, el vínculo estrecho vendría dado por el *principio de los efectos*, lo que determinaría la no consideración de normativas *antitrust* que sigan un principio distinto <sup>157</sup>. De otro lado, en atención a los criterios de aplicación espacial empleados por las normativas restrictivas de la importación de tecnología, que suelen determinar un alcance muy amplio para las mismas (*ad. ex.* basado no solo en criterios

territoriales, referidos a la entrada o salida de la tecnología del país, sino igualmente en criterios personales como la nacionalidad, residencia habitual o establecimiento del transmitente o de la persona o empresa que lo controla, o también en el origen de los bienes transmitidos), P.A. De Miguel Asensio indica que «la ausencia de un vínculo estrecho, exigido por el artículo 7.1 CR, entre la situación y el Estado del que procede la norma, servirá en ocasiones para rechazar la eficacia de normas de esta categoría sobre la relación contractual»<sup>158</sup>.

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 ello habrá que tener en cuenta, especialmente, el carácter civil o administrativo de la norma de que se trate, y así, el carácter civil de la sanción de nulidad que, por ejemplo, deriva del Derecho *antitrust*, debe favorecer la consideración de esta consecuencia jurídica<sup>159</sup>. En segundo lugar, la consideración del objeto de la norma imperativa extranjera conduce al *juicio de legitimidad* de la normativa en cuestión. Para este análisis, y aunque la situación contraria no resulte determinante para no dar efecto a las normas imperativas extranjeras<sup>160</sup>, la existencia de un *objetivo compartido* por una pluralidad de Estados (ad. ex. protección de la libre competencia en el mercado) deberá comportar una respuesta favorable. Si la valoración de las condiciones de aplicabilidad examinadas hasta ahora muestra cierta rigidez, en el enjuiciamiento de las consecuencias de la aplicación o inaplicación de esa normativa se amplía el margen de apreciación judicial. 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, bien aplicándola, bien tomándola en consideración en el ámbito de la *lex contractus*<sup>161</sup>. La distinción entre verdadera aplicación y toma en consideración, cobra sentido, sobre todo, frente a normas administrativas que contienen una sanción de la misma naturaleza. Tales normas no pueden ser aplicadas en el foro, pues no es posible al juez imponer penas —sanciones administrativas— con base en una norma extranjera, lo que no excluye la posibilidad de extraer de ellas otros efectos<sup>162</sup>. Cuando se trata, en cambio, de normas imperativas de carácter civil, como ocurre por regla general en Derecho *antitrust*, 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<sup>163</sup>. No obstante, la redacción del art. 7.1 CR introduce la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad a los estrictamente necesarios para la consecución de la finalidad perseguida por la normativa de intervención. Ello autoriza a asociar a la nulidad unos efectos incluso distintos de los previstos por la *lex contractus*<sup>164</sup>. Cuando una pluralidad de normas imperativas de distintos países se proyectan sobre el contrato y éste no puede ser objeto de una valoración separada según cada normativa de intervención<sup>165</sup>, lo que ocurre por ejemplo cuando el contrato de *joint venture* produce efectos restrictivos de la competencia sobre varios mercados, la primacía corresponderá a la *lex fori*. Cuando no concorra esta ley, habrá que elaborar reglas de preferencia para resolver el conflicto, como podrían ser la aplicación de la ley del mercado mayormente afectado, o la legislación más rigurosa, o menos estricta<sup>166</sup>.

## CAPÍTULO TERCERO

### DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE Y A

# LOS CONTRATOS SATÉLITES: ASPECTOS GENERALES

## I. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE NORMAS DE CONFLICTO EN LOS CONTRATOS DE *JOINT VENTURE*

### 1. Introducción

Como dijimos en el capítulo primero, el contenido diverso de las estipulaciones que integra el contrato base de *joint venture*, donde se mezclan elementos sociales y sinalagmáticos, no impedía alcanzar una consideración social de estos acuerdos<sup>1</sup>. Ahora bien, esta calificación material no resuelve plenamente las cuestiones que suscita la determinación de su régimen jurídico en DIPr. En efecto, las formas sociales más simples, entre las que se cuenta el contrato de *joint venture*, pueden merecer, según el caso y alternativamente, una calificación de DIPr contractual o social, con la consiguiente necesidad de aplicar normas de conflicto diferentes. Para afrontar la operación calificatoria dirigida a la determinación de la norma de conflicto aplicable al supuesto<sup>2</sup>, es menester, previamente, averiguar cómo resuelve nuestro sistema de DIPr. la *tensión calificatoria* entre normas de conflicto que suscita el acuerdo base de *joint venture*. A este efecto, mediante la operación jurídica de la delimitación entre normas, las próximas páginas pretenden descifrar los criterios que sigue nuestro sistema de DIPr. en relación con esta trascendente cuestión. En la actualidad, esa operación aparece mediatizada por la procedencia diversa de las normas de conflicto en escena: mientras la regulación internacional en el sector contractual ha sido codificada en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, en el sector del Derecho de sociedades, nuestro ordenamiento cuenta con una norma de conflicto de origen autónomo, que se contiene en el artículo 9.11 Cc. Habida cuenta de la aplicación preferente que corresponde a la normativa convencional, para acometer esta operación será preciso, como primer paso, averiguar, y acotar en su caso, los eventuales condicionamientos que el respeto al ámbito de aplicación del Convenio de Roma, impone sobre la operación de delimitación entre normas. Una vez identificados, cuando sea necesario, se acometerá la delimitación desde el plano autónomo.

### 2. Incidencia del Convenio de Roma sobre la delimitación entre normas de conflicto

La averiguación de si el Convenio de Roma constriñe o no la delimitación entre normas de conflicto, y en qué modo pueda hacerlo, pasa por perfilar su ámbito de aplicación. A la vista de la disposición sistemática del convenio, para delimitar ese ámbito de aplicación interesa responder, cuando menos, a las siguientes cuestiones: ¿es posible inferir del propio Convenio de Roma un concepto de sociedad o persona jurídica? ¿Cabe atribuir carácter contractual a las obligaciones que surgen en el seno de las sociedades? Y sobre todo, en su caso, ¿qué alcance debe atribuirse a la exclusión contenida en el apartado 2. e) del artículo 1 del CR? Para responder a estas cuestiones, cobra singular trascendencia la disyuntiva entre una interpretación

autónoma (derivada del propio convenio), de los conceptos que éste emplea, y otra operada mediante la remisión al correspondiente sistema estatal. En línea teórica, cuanto mayor sea el número de aspectos que se abandonen por el convenio a la definición de los Derechos estatales, menores serán las exigencias o condicionamientos de aquél sobre la delimitación entre normas de conflicto<sup>3</sup>. Al objeto de averiguar si existen tales límites, y de acotarlos en su caso, la investigación proseguirá a través de las cuestiones que se han planteado y, fundamentalmente, de la interpretación que deban merecer los apartados 1.º y 2.º letra e) del artículo 1 CR. De un lado, habrá que decidir sobre la interpretación, nacional o autónoma, que debe merecer la expresión *obligación contractual* que emplea el artículo 1 CR; de otro, será necesario dilucidar la naturaleza (contractual o no), de las obligaciones que aparecen en el ámbito societario, entre socios, y entre éstos y la sociedad, a efectos de determinar su posible inclusión entre las *obligaciones contractuales* a que se refiere el artículo 1.1 CR; y tras ello, en su caso, el análisis habrá de centrarse en el examen del sentido y alcance que deba atribuirse a la exclusión que contiene el artículo 1.2 letra e) CR. Para abordar con rigor las distintas cuestiones que se han planteado, resulta conveniente una leve digresión, sobre el método e instrumental hermenéutico característicos del Derecho uniforme.

#### **A. Cánones de interpretación del Derecho uniforme**

La finalidad de unificación jurídica perseguida mediante la elaboración de textos de Derecho uniforme, sean de Derecho material o de normas de conflicto, ha determinado que se propugne para él una metodología específica<sup>4</sup>, basada en el desarrollo de principios jurídicos acordes con ese objetivo, y derivados de la combinación de las metodologías del Derecho civil y del Derecho de los tratados internacionales<sup>5</sup>. La interpretación vendría presidida, en primer término, por el «principio del respeto al origen internacional de la norma», o máxima de la internacionalidad de la rama del Derecho considerada (*Internationalität des Rechtsgebietes*), que ordenaría soluciones autónomas, de aceptación regional o universal, a la vez que cierto distanciamiento respecto a las normativas nacionales, especialmente de la *lex fori*; en segundo término, por la necesidad de postular una interpretación uniforme en aras de la unificación normativa (*Einheitlichkeit der Normgeltung*), lo que se traduce en el principio de igualdad en la aplicación, y en el mandato de que las normas de este Derecho sean entendidas y aplicadas, en cada Estado, con el mismo sentido<sup>6</sup>. A la vista de la redacción del artículo 18 CR, no es difícil advertir la inspiración en estas dos ideas —internacionalidad y aplicación uniforme— del precepto.

Dado su reconocimiento amplio en la mayoría de los sistemas codificados estatales, existe cierto consenso en la aceptación, como cánones hermenéuticos del Derecho uniforme, de los cuatro criterios de interpretación clásicos, a saber, el gramatical, el sistemático, el histórico y el teleológico, cada uno de los cuales ofrecería especialidades en este ámbito. Aunque no existe un verdadero orden jerárquico entre esos criterios, la peculiaridad del Derecho uniforme atribuye preferencia a la interpretación teleológica<sup>7</sup> objetiva<sup>8</sup>, conducente a la averiguación del sentido que, de modo razonable, quepa inferir del texto. Este criterio teleológico adquiere una doble dimensión, toda vez que no sólo se trata de orientar la interpretación hacia los objetivos materiales del Derecho unificado, sino también de procurar, formalmente, una interpretación unitaria<sup>9</sup>. Junto a ellos, despliega un papel principal la interpretación comparativa (*rechtsvergleichende Auslegung*) que constituiría el adecuado complemento de la interpretación teleológica. Cobran aquí valor las concepciones jurídicas de los Derechos de los países

participantes en la codificación, la consulta de la doctrina y la jurisprudencia extranjera que haya interpretado el texto, así como la comparación con otros textos de Derecho uniforme<sup>10</sup>. Por último, se sostiene un escaso predicamento, en relación con el Derecho uniforme, de dos de los principios hermenéuticos que son propios de la metodología del Derecho de los tratados internacionales, a saber, el mandato de la interpretación restrictiva, y el principio de reciprocidad<sup>11</sup>.

### **B. Interpretación nacional versus interpretación autónoma de la noción obligación contractual**

Para decidir sobre la caracterización, contractual o no, de las obligaciones que surgen en el marco del Derecho de sociedades, a efectos de su inserción en el artículo 1.1 CR, primero hay que tomar posición en la disyuntiva entre una interpretación autónoma, derivada del propio convenio, y una interpretación de fuente nacional de la noción *obligación contractual*<sup>12</sup>. Bajo reserva de su consistencia con los objetivos del convenio, no cabe descartar, a priori, una interpretación nacional de los conceptos empleados por el Convenio de Roma<sup>13</sup>. Ahora bien, precisamente la consideración de la finalidad unificadora del convenio privilegia la interpretación autónoma de la noción *obligación contractual*. Otra solución no sólo pondría en serio aprieto el objetivo de unificación perseguido respecto de las normas de conflicto en el sector contractual, a fin de eliminar obstáculos a las relaciones jurídicas internacionales y de promover la seguridad jurídica<sup>14</sup>, sino que difícilmente coadyuvaría a conseguir la igualdad de los derechos y obligaciones de los contratantes, y de las situaciones jurídicas subjetivas particulares<sup>15</sup>. Al contrario, se incentivaría el *forum shopping*, cuya supresión fue uno de los objetivos que expresamente se marcó el Convenio de Roma. Por estas razones, es preciso mantener una interpretación autónoma, basada en los objetivos y sistemática del propio convenio, de lo que deba entenderse por obligación contractual<sup>16</sup>, lo que favorecerá también una más sencilla aplicación del convenio por jueces y tribunales. A diferencia del Convenio de Bruselas, el TJCE aún no cuenta con competencias efectivas para la interpretación del CR<sup>17</sup> por lo que esta labor queda hoy en manos de las jurisdicciones estatales.

### **C. Contractualidad de las obligaciones de carácter jurídico-social**

Averiguada una calificación autónoma para lo que haya de entenderse por obligación contractual, queda por saber qué caracteres han de concurrir en una obligación para que se repute contractual a efectos del Convenio de Roma. Para nuestro análisis, interesa responder si es posible afirmar el carácter contractual de las obligaciones que surgen en el ámbito de las sociedades. Aunque el Convenio de Roma no proporciona claves expresas para la resolución de esta cuestión, de ciertos *indicios* es posible derivar la consideración contractual que el texto otorga a esas obligaciones. En efecto, por una parte, las aclaraciones que sobre la interpretación del Convenio ofrece el informe Giuliano/Lagarde, dan a entender que en el ámbito societario existen elementos de carácter contractual<sup>18</sup>. Y por otra, desde una interpretación sistemática del texto, el apartado e) del artículo 1.2 CR perdería gran parte de su razón de ser, y de su utilidad práctica, si se afirmase que las obligaciones sociales carecen de fundamento contractual<sup>19</sup>.

La doctrina, tras señalar el saludable efecto que sobre esta cuestión tendría un pronunciamiento del TJCE, afirma la necesidad de atender a un concepto de obligación contractual que derive de la consideración de los elementos comunes a los Derechos nacionales de los Estados contratantes, y del objetivo perseguido por el propio convenio, a la vista de lo

cual se han propuesto algunas definiciones de lo que sea *obligación contractual*<sup>20</sup>. En el ámbito más modesto de nuestra investigación, para lo que interesa, sobre todo, conocer si las obligaciones sociales poseen o no carácter contractual, resulta adecuado constatar que la mayoría de los ordenamientos de la órbita europea mantiene una calificación contractual, tanto del acto de adhesión a la sociedad, como de las relaciones que surgen con posterioridad en el seno de ésta, en lo que pesa notoriamente el fundamento negocial de estas obligaciones<sup>21</sup>. Y por otra parte, en atención al criterio comparativo con otros textos de Derecho uniforme, es preciso poner de relieve que el TJCE ha afirmado el *carácter contractual* de las obligaciones de índole pecuniaria que derivan del vínculo de afiliación entre una asociación y sus socios, así como el carácter convencional de las obligaciones contenidas en los estatutos<sup>22</sup>. En relación con esta segunda posibilidad, la doctrina mayoritaria insiste en la oportunidad de trasladar al ámbito del Convenio de Roma las interpretaciones que el TJCE ya ha procurado en relación con el Convenio de Bruselas<sup>23</sup>. No obstante, sin perjuicio de la existencia de razones más que suficientes como para propugnar excepciones al principio de base que postula la interpretación independiente de cada instrumento<sup>24</sup>, debería rehuirse de cualquier tipo de automatismo en la transposición de argumentos, y razones de interpretación, de uno a otro Convenio, dada la posibilidad de advertir divergencias en los objetivos y finalidades de uno y otro<sup>25</sup>. Sin descartar este cauce hermenéutico, y menos su aptitud *in casu*, a nuestro entender la habilitación de esta vía debería conducirse mediante un proceso de *examen y selección* de aquellos argumentos cuyas razones se funden en objetivos compartidos por ambos convenios, es decir, que dejen traslucir la existencia de una verdadera comunidad de objetivo, presupuesto para autorizar el traslado. En relación con esta interpretación, ello originaría la necesidad de seleccionar sólo aquellas decisiones, e incluso sólo aquellos argumentos dentro de una decisión, que se presten a ese traslado<sup>26</sup>.

### **3. Sentido y alcance de la exclusión contenida en el artículo 1.2 e) CR**

La contractualidad autónoma, derivada del propio Convenio, que se ha averiguado para las obligaciones típicamente sociales —entre socios y entre éstos y la sociedad— convierte a la interpretación que haya de seguirse de la letra e) del artículo 1, párrafo segundo del CR, en pieza maestra para decidir sobre, e identificar en su caso, las exigencias que el Convenio impone a la delimitación entre normas. En este punto interesará conocer si la exclusión alcanza a toda la materia societaria o, al contrario, sólo a ciertos aspectos, quedando algunas de las relaciones sociales incluidas en el ámbito del CR. La exégesis del artículo 1.2 e) CR que se afronta a continuación, ha de realizarse de forma desdoblada. De un lado, para enmarcar el objeto de la exclusión, es preciso determinar primero cuándo nos encontramos ante una persona jurídica, sociedad o asociación, examen que se realizará en primer lugar. De otro, la interpretación del precepto plantea sus perfiles más problemáticos a la hora de identificar y concretar las *cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades* a las que se extiende la exclusión, lo que se analizará en segundo término.

#### **A. El concepto de sociedad y de persona jurídica en el artículo 1.2 e) CR**

El CR no precisa lo que debe entenderse por sociedad o persona jurídica, a efectos de la exclusión que contiene en su artículo 1.2 letra e). Sin embargo, en contraste con el modo en que se procedió en el epígrafe anterior, varios datos revelan la inconveniencia de intentar extraer este concepto del propio convenio o de otros textos de Derecho comunitario. De un lado, la

definición del marco de *lo social* queda claramente al margen del propósito del Convenio de Roma, una vez dilucidado que su única pretensión consiste en establecer un cuerpo de reglas uniformes en el *ámbito de las obligaciones contractuales*, y no en el de las sociedades, en lo que podría interferir si se pretendiese extraer del Convenio ese concepto de sociedad. Y de otro, desde una perspectiva más amplia, pese a la importancia y finalidad societaria específica de otras elaboraciones del Derecho comunitario, en la actualidad no se dispone de un concepto uniforme de sociedad, y de persona jurídica, únicos para los países de la Unión Europea<sup>27</sup>. En efecto, en lo que podría interesar, el artículo 58 TUE, incardinado en el Capítulo III del Título III, que lleva por rúbrica «Derecho de establecimiento», a la hora de extender a las sociedades la libertad de establecimiento comunitaria, no proporciona un concepto de *sociedad*, concediendo esa libertad de establecimiento a todas las sociedades *constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro*<sup>28</sup>, que reúnan determinadas exigencias de vinculación con la Unión Europea. El carácter específico de tales textos en relación con el Derecho de sociedades, y la inexistencia, a sus propios efectos, de un concepto de sociedad único para el conjunto de los países de la Unión hace, más aún si cabe, desaconsejable cualquier intento de establecer un concepto uniforme de sociedad a efectos de la exclusión contenida en la letra e) del art. 1.2 CR<sup>29</sup>. En consecuencia, para la aplicación del precepto, la definición del *ámbito de lo social* es pues competencia de la legislación autónoma de cada Estado<sup>30</sup>. Dado que del CR no cabe extraer más criterio de delimitación entre normas de conflicto que el estrictamente derivado de la necesidad de preservar la integridad de su ámbito de aplicación material<sup>31</sup>, a fin de completar el instrumental de criterios para realizar la delimitación, será preciso acudir a la medida que proporcione cada legislación estatal<sup>32</sup>.

### **B. Presupuestos de análisis del ámbito de la exclusión**

Para identificar las exigencias que sobre la delimitación entre normas de conflicto pueden dimanar del Convenio de Roma, resulta preciso indagar en el sentido que hay que atribuir al artículo 1.2 e) CR, al efecto de decidir si toda obligación social queda sustraída al imperio de las normas uniformes, o sólo una porción de ellas. La mayor parte de la literatura da por hecho el alcance máximo de la exclusión, en la que no se vislumbraría un verdadero problema de calificación. El sentido del precepto sería excluir del ámbito del convenio al sector de las sociedades, por lo que carecería de sentido indagar en el texto de la exclusión en busca de otras pautas de interpretación. Frente a esta opinión, como tendremos ocasión de ir desgranando en los renglones siguientes, la falta de un pronunciamiento clarificador por parte del TJCE, la ausencia de decisiones judiciales estatales sobre el tema, el defecto de un cuerpo de reglas uniformes de Derecho comunitario en el ámbito del DIPr. de sociedades, así como la naturaleza netamente contractual que, en su fundamento último, se ha averiguado para las obligaciones sociales, deberían bastar, a nuestro modo de ver, para estimar legítimo un debate que, hasta ahora, ha recibido muy escasa atención de la literatura.

Entre la escasa doctrina que ha abordado la interpretación del art. 1.2 e) CR como problema calificadorio, el alcance que ha de darse a la exclusión resulta controvertido. Únicamente parece existir consenso, respecto a la idea de que la contractualidad averiguada para ciertas relaciones del Derecho de sociedades, en el modo por ejemplo que ha mantenido el TJCE en interpretación del convenio de Bruselas de 1968, en nada perjudica su carácter típicamente social y, por tanto, su posible pertenencia a las *cuestiones del Derecho de sociedades*, a efectos de la exclusión. En otras palabras, la posibilidad de afirmar el fundamento

contractual de estas relaciones no comporta, de suyo, que sean desalojadas del ámbito de las sociedades<sup>33</sup>. Los desacuerdos aparecen en el entendimiento, amplio o más estricto, que haya de atribuirse a la exclusión. De un lado, desde la literatura inglesa, se defiende un alcance muy amplio para ella afirmándose, de forma categórica, que todas las relaciones societarias, incluidas las meramente internas que carecen de trascendencia respecto a la posición jurídica del tercero que contrata con la sociedad, quedan incluidas en el ámbito de la exclusión, habida cuenta de su estrecha conexión con el funcionamiento de la sociedad<sup>34</sup>. Por otra parte, se insiste en las consecuencias negativas que habrían de asociarse a una interpretación restrictiva del precepto, a la vista de la mayor complejidad interpretativa que introduciría, y de las eventuales divergencias que podrían surgir en la práctica aplicativa del mismo, ambas incompatibles con el objetivo de unificación del artículo 1.2 e) y del resto de las disposiciones del Convenio<sup>35</sup>. Frente a esta opinión, recientemente, y con una base argumental pródiga, ha sido propugnada una interpretación restrictiva para la exclusión del artículo 1.2 e) CR, en la que no quedarían comprendidas *la mayoría de las relaciones jurídicas que se instauran entre la sociedad y los socios, o las de éstos entre sí*<sup>36</sup>, que quedarían regidas por el CR. La exclusión se ceñiría a aquellas situaciones jurídicas pertenecientes al Derecho de sociedades en sentido estricto. En concreto, la expresión *Derecho de las sociedades* aludiría únicamente a aquel conjunto de disposiciones societarias que afectan al *interés público en la tutela de los terceros, de los socios minoritarios o de otros intereses sociales*<sup>37</sup>. Como consecuencia práctica, para decidir qué relaciones contractuales del orden societario quedan incluidas en el ámbito de la exclusión, y para delimitar la *esfera de lo social* también a efectos de la exclusión del artículo 1.2 e) CR, se propone como criterio la valoración de su objeto, en el modo siguiente: cuando la relación jurídica incorpore elementos del *interés social* quedarían excluidas; en cambio, el CR sería de aplicación cuando tales relaciones afecten al *interés singular de los socios*<sup>38</sup>.

Aunque en esta segunda interpretación no podamos conceder igual valor a los argumentos esgrimidos<sup>39</sup>, ni tampoco estimemos afortunado el criterio de distinción que se propone<sup>40</sup> o, aún menos, los apresurados resultados que de él se pretenden derivar<sup>41</sup>, al contrario de la primera sí que nos sumaríamos a la idea de que algunas relaciones del marco social pueden no escapar al ámbito de aplicación del CR. En favor de esta visión cabe argüir la clara orientación hacia una interpretación restrictiva del precepto, que aflora cuando se utilizan los diversos criterios hermenéuticos<sup>42</sup>, y la necesidad de respetar el sentido y razón de ser de la exclusión, dado el carácter privilegiado que corresponde al criterio teleológico en la interpretación del Derecho uniforme. En suma, en estas líneas pretendemos propugnar una interpretación del art. 1.2 e) CR orientada al sentido actual que, de forma razonable, quepa extraer de la disposición, dentro de los márgenes autorizados por su propio tenor. Para dicha interpretación cobran valor las consideraciones relacionadas con el propósito y objetivo generales perseguidos por el CR, la finalidad o razón de ser de la exclusión contenida en la letra e) del artículo 1.2 CR, así como el tratamiento que, con carácter general, se dispensa a las materias excluidas por parte del CR y de su informe explicativo. Dado que la primera de ellas —la unificación de reglas de conflicto en el sector del Derecho de las obligaciones contractuales— aparece con más claridad, el examen se orientará sobre la segunda y la tercera.

En la determinación del alcance de la exclusión contenida en la letra e) del artículo 1.2 CR, conviene llamar la atención sobre un dato. De la lectura de las aclaraciones que ofrece el informe que acompaña al Convenio sobre el alcance de cada una de las exclusiones, es posible inferir, como idea general —que conecta directamente con la finalidad básica del convenio de unificar las normas de conflicto en el sector de las obligaciones contractuales— la intención de

no atribuirles un alcance general sino, todo lo contrario, sólo la extensión y el alcance requeridos para dar satisfacción a las razones o peculiaridades que motivan, en cada caso, la marginación de una materia del ámbito de aplicación del convenio<sup>43</sup>. De ello deriva fácilmente el alcance estricto que, en paralelo a este modo de proceder, ha de corresponder también a la exclusión que efectúa el CR respecto a la materia societaria, limitado pues a la medida necesaria para preservar su objetivo. La identificación de cuál sea este objetivo, constituye pues pieza esencial para abordar la interpretación del alcance que haya de atribuirse al precepto.

### C. *Justificación material de la exclusión*

La interpretación que haya de recibir la exclusión contenida en la letra e) del artículo 1.2 CR, aparece condicionada por la doble perspectiva de análisis a que se presta este precepto. En efecto, su interpretación podría pasar, bien por la resolución de un verdadero problema de calificación, bien por una consideración del precepto en clave institucional, lo que entrañaría la exclusión del convenio del conjunto de la materia societaria, y la inutilidad de realizar análisis más detenidos de la disposición, por ejemplo en clave de calificación. Para acometer la interpretación del precepto resulta, así, imprescindible, averiguar la posición adoptada por el Convenio a propósito de esta cuestión. Pues bien, aunque las aclaraciones que ofrece el informe explicativo del CR parecen avalar este segundo entendimiento de la exclusión, en cuanto ésta queda asociada, *sobre todo*, a los trabajos en curso en materia de sociedades<sup>44</sup>, no parece que ese razonamiento pueda seguir siendo atendible. En efecto, una interpretación del texto en clave actual, por necesidad resta crédito a la explicación ofrecida. A diecinueve años de la elaboración del CR, y ante la falta de desarrollo de los trabajos comunitarios a que se refiere el informe<sup>45</sup>, en la interpretación del precepto resulta necesario proseguir una aproximación de otro tipo, que permita delimitar el ámbito de aplicación del convenio, e introducir seguridad jurídica en este ámbito de relaciones privadas internacionales. A nuestro modo de ver, hasta que no sea elaborado ese texto convencional, que complete la delimitación del ámbito de aplicación del CR, o hasta que dicha unificación jurídica cobre visos de realidad, lo que no sucede hoy, resultará necesario<sup>46</sup> proseguir una aproximación material a la norma, dirigida a averiguar su sentido y, especialmente, las razones que hacen desaconsejable, o incluso inadmisibles, la aplicación de las soluciones del CR en este sector de relaciones jurídicas. Para esta tarea, sin embargo, el intérprete encuentra escasa asistencia, dada la ausencia en el CR, y en el informe explicativo, de alguna justificación material para la exclusión<sup>47</sup>. En esta situación, para descifrar la razón de ser de esta disposición, y para conducir correctamente su interpretación, conviene tener en cuenta dos elementos: de un lado, el examen de los intereses en presencia en el Derecho de sociedades, y su incidencia sobre las técnicas de reglamentación del DIPr en este ámbito; y de otro, el tratamiento general que reciben las exclusiones en el informe explicativo del convenio.

Resulta claro que la existencia de una sociedad, como nuevo sujeto jurídico distinto de los socios y que participa en el tráfico relacionándose con terceros, comporta un cambio trascendental en los intereses en presencia, que ya no se reducen a los de las partes del contrato. Este cambio comporta un cambio importante en la regulación material, cuyos principios inspiradores encuentran proyección en DIPr<sup>48</sup> de dos modos distintos: en la determinación del tipo de conexión a emplear —en la disyuntiva entre una norma de conflicto flexible o rígida— y en la selección de la concreta conexión que haya de adoptarse. En lo primero, los intereses y valores en presencia decantan la elección en favor de un criterio de conexión de carácter rígido,

dada la preocupación en este ámbito por la *fijación del Derecho*. Como afirma F. Vischer, en cada ordenamiento el capítulo de las personas jurídicas constituye un factor cuyo cuestionamiento compromete a la estructura completa del sistema. En el ámbito del DIPr., esta idea se podría traducir en la existencia de un interés del ordenamiento (*Ordnungsinteressen*) para cuya satisfacción habría que procurar, lo más posible, criterios de conexión claros y simples, el sometimiento del mayor número de aspectos sociales a un único ordenamiento, así como el reconocimiento de las personas jurídicas una vez creadas<sup>49</sup>. En lo segundo aparece el interés del tráfico (*Verkehrsinteresse*) en el que actúa la sociedad, que condicionará la formulación del criterio de conexión de la norma de conflicto en materia de sociedades<sup>50</sup> o, alternativamente, el establecimiento de correctivos diversos al estatuto de la incorporación<sup>51</sup>. A ello habría que añadir que el Derecho de sociedades también tiene por objeto la tutela de ciertos intereses, de carácter público, que aparecen específicamente en este ámbito, y para cuya satisfacción resulta apropiado el establecimiento de normas de carácter imperativo, inderogables por los particulares<sup>52</sup>. Sin perjuicio del fundamento contractual de toda sociedad, los nuevos intereses en escena —interés del ordenamiento, interés del tráfico e interés público— confieren al Derecho de sociedades *primacía* sobre las normas del sector contractual<sup>53</sup>, y determinan que las exigencias de regulación en este sector se ciernan en contra de la admisión de la autonomía conflictual en Derecho de sociedades. Aparece así una buena justificación material para la exclusión que contiene la letra e) del artículo 1.2 CR<sup>54</sup>.

La averiguación de obligaciones jurídico-sociales en las que podría encontrar aplicación el CR tiene como punto de partida la identificación, y exclusión del vigor de las normas uniformes, de todas las situaciones jurídicas que, como se acaba de ver, por afectar a terceros o a intereses públicos, se compadecen mal con la admisión de la autonomía conflictual. Excluidas estas relaciones, la aplicabilidad del CR encuentra reparos en las concepciones más al uso sobre la admisibilidad de la autonomía conflictual en Derecho de sociedades, concepciones que reposan en concretas valoraciones sobre los intereses en presencia en este ámbito. La dependencia de la interpretación funcional que se pretende para el apartado 1.2 e) del CR, de la valoración de estos intereses, hace ineludible analizar las trazas básicas bajo las que se ha desarrollado esta temática.

Aunque la posición doctrinal dominante descarta la viabilidad de la autonomía conflictual en el DIPr de sociedades, hoy han sido rescatados algunos de los argumentos que fueron esgrimidos en favor de esa posibilidad<sup>55</sup>. Dejando a un lado otras construcciones, menos útiles al no ofrecer un catálogo de las cuestiones sociales en las que cabría arbitrar la autonomía conflictual como solución de DIPr<sup>56</sup>, corresponde un lugar relevante a la teoría de la diferenciación (*Differenzierungslehre*), cuyo planteamiento metodológico parte de la posibilidad de escindir, a efectos de su tratamiento conflictual diferenciado, entre las relaciones internas y las relaciones externas de la sociedad<sup>57</sup>: mientras en las primeras se admitiría la autonomía de los socios en la determinación de su estatuto, permitiéndose la incorporación en el país elegido, respecto a las externas la libertad de elección quedaría constreñida por la presencia del interés en la protección del tráfico y de los terceros<sup>58</sup>. No es éste, sin embargo, el planteamiento que responde a la orientación doctrinal mayoritaria, cuya posición parte, fundamentalmente, de los inconvenientes que se asocian a la admisión de un fraccionamiento del estatuto social<sup>59</sup>, y de las dificultades en trazar una limpia separación entre relaciones sociales internas y externas<sup>60</sup>.

Sin embargo, estos argumentos no resultan concluyentes. Por una parte, la problemática de la adaptación de las disposiciones de dos, o varios, derechos en presencia, no es específica de

este sector del DIPr<sup>61</sup>. Por otra, una vez analizados los intereses en presencia, a nuestro modo de ver las dificultades que suscita la separación entre relaciones internas y externas deberían abrir paso a la precisión o reformulación del criterio, y no a la negación de los intereses en escena<sup>62</sup>. En esta línea, superando el carácter general que acusan las soluciones propuestas por la teoría de la diferenciación, recientemente ha sido afirmada la necesidad de afrontar dicho análisis teniendo en cuenta el tipo o modelo estructural de sociedad de que se trate. Conforme a esta tesis, para verificar el grado de admisibilidad de la autonomía conflictual en Derecho de sociedades, habría que reparar, fundamentalmente, en las posibilidades de construcción interna, mayores o menores, que brinde a los socios el Derecho de sociedades<sup>63</sup>.

Aunque coincidimos con esta última opinión en la inconveniencia de seguir un análisis global, y en la menor dificultad que ha de encontrar la admisión de la autonomía conflictual en los tipos de sociedades caracterizados por grados de estructuración social predeterminada menores, conviene depurar los diversos factores que, precisamente por aparecer de diverso modo y con desigual intensidad en los distintos tipos sociales, determinan la utilidad de proveer soluciones diferenciadas de DIPr para unas y otras sociedades. Entre ellos aparecen las normas imperativas dirigidas a la protección de intereses que se consideran dignos de tutela por el ordenamiento, las normas caracterizadoras de cada tipo de sociedad, así como el componente registral frecuente en la mayoría de las sociedades. En primer término, si en el ámbito interno no se admite que la autonomía material de los socios incida sobre los parámetros estructurales de la sociedad, sobre su configuración, las normas que regulan estos componentes, aunque se trate de aspectos de relevancia puramente interna, han de quedar sustraídas al ámbito de la autonomía conflictual<sup>64</sup>. De otro lado, si la autonomía material tampoco puede derogar las normas imperativas del Derecho de sociedades que rigen el estatuto de la sociedad, tampoco podrán ser derogadas mediante la autonomía conflictual<sup>65</sup>. Por último, la admisión de la autonomía conflictual aparece favorecida si la constitución de la sociedad no queda supeditada a su inscripción en un registro público, habida cuenta de las exigencias de control de legalidad que incorpora la calificación registral en el momento de la inscripción<sup>66</sup>. En suma, dejando ahora a un lado este último aspecto, no habría razón para dejar de admitir la autonomía conflictual en Derecho de sociedades, en el ámbito de los aspectos de relevancia puramente interna de la sociedad. Su ejercicio concreto, sin embargo, aparecerá limitado por las normas imperativas del estatuto de la sociedad, y por las normas que regulan su configuración típica<sup>67</sup>.

#### ***D. Propuesta de interpretación***

En defecto de aclaraciones precisas en el informe que acompaña al CR, sobre la justificación material de la exclusión que contempla el art. 1.2 e), redefinida la interpretación del precepto como problema calificadorio, afirmada la contractualidad de las obligaciones sociales, y examinadas las posibilidades de la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de sociedades con base en el análisis de los intereses y valores en presencia, a nuestro juicio es posible mantener un alcance restringido para la exclusión, en la que sólo quedarán incluidos aquellos *aspectos pertenecientes al Derecho de sociedades cuya regulación pueda afectar a la posición jurídica del tercero que se relaciona con la sociedad*. En el resto de casos, la inexistencia de peculiaridad societaria vuelve inoportuno someter tales obligaciones a un tratamiento distinto respecto a otras, de cuyo sometimiento a las disposiciones del convenio no se duda. Esta solución ha de ser matizada en un doble sentido: por una parte, la admisión de la autonomía conflictual ha de entenderse sin perjuicio de la actuación de las normas de

configuración del tipo social, y de las normas imperativas de la concreta sociedad de que se trate. En esta perspectiva, las aclaraciones que hace el informe explicativo del convenio referidas al ámbito de la exclusión, podrían entenderse como alusivas a ese tipo de normas, sin vedar la posibilidad de una libre construcción conflictual de los socios en el resto<sup>68</sup>; por otra, si a la vista de los intereses en presencia, del tenor de la disposición, así como de las aclaraciones ofrecidas por el informe explicativo del Convenio, esta solución resulta más fácilmente defendible en el ámbito de las sociedades cuya constitución no requiere inscripción, mayores dudas plantea su mantenimiento en relación con aquéllas que exigen esta condición, lo que puede deducirse tanto de la orientación general del CR como de su informe explicativo. En efecto, del informe es posible inferir la intención del CR de no interferir con los aspectos registrales de la sociedad, tal y como son regulados por cada Estado, y puestos en práctica por sus autoridades, lo que habría que relacionar con el interés público en el control de la legalidad que requiere la inscripción, y las más acentuadas exigencias de seguridad jurídica en estos casos<sup>69</sup>.

Frente al reproche genérico de *complejidad* del que podría ser objeto la tesis que defendemos<sup>70</sup>, cabe oponer razones tanto de orden práctico y de eficiencia, como de planteamiento o concepción de fondo relacionadas con los factores o elementos que han de presidir la elaboración de soluciones en el ámbito del DIPr. Desde la primera perspectiva, la posibilidad de situar los márgenes de aplicación del CR en el ámbito de las relaciones de relevancia puramente interna de las sociedades, brinda útiles cauces de construcción jurídica a los socios, lo que ha de ser valorado como eficiente desde una perspectiva económica, al ofrecer a las partes, en defecto de otros intereses, amplias posibilidades para la organización de sus relaciones internas<sup>71</sup>. Desde la segunda, cada vez se insiste más en la inconveniencia de orientaciones metodológicas totalizadoras, apostándose por el contrario por la diversidad en el marco de una filosofía postmoderna, donde la existencia de un único paradigma ha sido severamente cuestionada<sup>72</sup>. Una propuesta de solución en DIPr., que introduzca mayor complejidad en el funcionamiento del sistema, en absoluto resultará gratuita, al responder al juego de los intereses en presencia en el ámbito del Derecho de sociedades. Tampoco puede considerarse incompatible esta solución con la uniformidad en la aplicación del CR que ordena el artículo 18, máxime cuando se espera que el TJCE asuma competencias para su interpretación. Desde una perspectiva técnica, la admisión de la autonomía conflictual en esos ámbitos podría hacer acopio del camino avanzado en materia de fraccionamiento en el ámbito contractual, en el que la problemática resulta bien conocida<sup>73</sup>. Por último, si se considerara que estas relaciones quedan excluidas del CR, quizás podría ser necesario reservar un ámbito de aplicación para la norma de conflicto autónoma en materia de contratos, en nuestro sistema el artículo 10.5 Cc, cuando desde la perspectiva de los intereses en presencia no se considere apropiada la aplicación del estatuto social en un concreto ámbito de las relaciones jurídicas que aparecen en el seno de las sociedades. A la inconveniencia práctica de esta solución, dada la dualidad de regímenes en materia contractual que generaría, habría de unirse su escasa coordinación con el propósito del CR de unificar las normas de conflicto en el sector contractual.

#### ***E. Recapitulación: consecuencias sobre el sistema español de DIPr de sociedades***

A la vista de la interpretación que se ha obtenido para el apartado e) del artículo 1.2 CR, la incidencia que el CR ejerce sobre la delimitación entre las normas de conflicto del Derecho de

contratos y del Derecho de sociedades, pese a que deba conceptuarse de relativa en términos cuantitativos, cualitativamente debe ser calificada de muy importante. En concreto, la existencia de sociedad, cuya definición corresponde a cada Derecho estatal, no determina la inaplicación de las disposiciones del CR. Sin perjuicio de una delimitación más detenida de los concretos aspectos sociales que quedan incluidos en el ámbito del CR, y con toda seguridad al menos en las sociedades que carecen de componente registral, cuando un sector o aspecto social no alcance o pueda trascender a la posición jurídica del tercero, podrá ser objeto de designación de ley aplicable, siempre sin perjuicio de la aplicación de las normas imperativas y configuradoras del tipo social.

En nuestro sistema de DIPr, y en atención a la aplicación preferente que corresponde a la normativa convencional, esta interpretación determina la sustracción del ámbito de la norma de conflicto en materia de sociedades, por tanto del artículo 9.11 Cc, de todo un conjunto de relaciones jurídicas que, en principio, podrían quedar incluidas en su ámbito de aplicación. Esta conclusión deberá ser objeto de especial análisis caso de llegarse a una calificación societaria del acuerdo base de *joint venture*, dada la posibilidad, y necesidad, de aplicar el CR cuando la regulación de la correspondiente *lex societatis* no trascienda a la posición jurídica del tercero.

#### **4. La delimitación en el ámbito autónomo**

La interpretación del art. 1.2 e) CR que se ha propuesto, no resuelve completamente la delimitación entre normas de conflicto. Para llevar a cabo esta operación es preciso definir lo que debe entenderse por *persona jurídica* o sociedad, tarea que corresponde a cada sistema estatal. A diferencia de algunas codificaciones recientes de DIPr<sup>74</sup> la norma de conflicto con que cuenta nuestro sistema de DIPr. en materia de sociedades, el art. 9.11 Cc., resulta en exceso parco a la hora de definir las realidades que quedan incluidas en su ámbito de aplicación, limitándose a reproducir, como supuesto de hecho, un concepto —la persona jurídica— que no es propio del DIPr. y que, de esta suerte, es *compartido* con otras ramas de nuestro ordenamiento<sup>75</sup>. Para nuestro trabajo, el problema se presenta en términos más escuetos. En nuestro sistema societario, como en la mayoría de los de nuestro entorno, si la identificación del *marco de las personas jurídicas*, a efectos de la aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades, resulta indubitada cuando se trata de sociedades de carácter corporativo (*ad. ex.* sociedades anónimas o de responsabilidad limitada), la precisión de este ámbito presenta sus aspectos más problemáticos en relación con los *fenómenos societarios menores* que, al menos, en su instrumentación jurídica, mediante un simple contrato, en nada se diferencian de las relaciones puramente obligacionales<sup>76</sup>. Habida cuenta que el contrato de *joint venture* puede originar, según los casos, una sociedad de este tipo, a efectos de la delimitación entre normas de conflicto resulta imprescindible averiguar el criterio, o criterios, determinantes de la existencia de *persona jurídica* en nuestro sistema, en el sentido del artículo 9.11 Cc.

##### **A. La atribución de personalidad jurídica a las sociedades en Derecho español**

La congruencia valorativa que ha de presidir las relaciones entre el Derecho sustantivo y el DIPr, determinan la conveniencia de abordar el análisis de la noción *persona jurídica* que utiliza el artículo 9.11 Cc a la luz del significado que asume este concepto en Derecho sustantivo. Sin embargo, el examen somero de la jurisprudencia y de la doctrina revela la inexistencia de un único criterio acerca del elemento o factor que desencadena la personificación en las sociedades más simples, circunstancia que no facilita la construcción

fiable de soluciones en el ámbito del DIPr. Aun con riesgo de simplificación, este panorama podría sintetizarse en las siguientes posiciones: de un lado, se perciben divergencias de criterio, entre la jurisprudencia y la doctrina, en la incidencia de los aspectos formales del contrato sobre la personificación de la sociedad. Por una parte, la jurisprudencia suele vincular la falta de constancia del contrato de sociedad en escritura pública, cuando se aporten inmuebles, con la irregularidad de la sociedad, y su consiguiente inexistencia con relación a terceros<sup>77</sup>; para la orientación que cuenta con mayor respaldo doctrinal, la personalidad jurídica queda asociada a la publicación de la sociedad<sup>78</sup>; por último, en el marco de una depuración técnica del sistema de Derecho de sociedades de más largo alcance, y empleando seguro el más sólido utillaje conceptual, el profesor Paz Ares defiende la necesidad de escindir, para su tratamiento autónomo, los conceptos de *publicidad*, *personalidad jurídica* y *oponibilidad* de la sociedad. Conforme a su convincente propuesta, lo decisivo para la calificación de la sociedad como persona jurídica no sería la publicación de la misma, o la participación en el tráfico, sino *la estructuración de la sociedad para participar en él, constituyéndose como sociedad externa*<sup>79</sup>. Sociedad externa y personalidad jurídica serían, así, conceptos equivalentes. Sin perjuicio de este debate, por la depuración sistemática, conceptual y terminológica que ha representado del entero sistema, y su pleno engarce y coherencia con las soluciones que estimamos más razonables para el ámbito del DIPr, la investigación seguirá fundamentalmente la reconstrucción de esta temática propuesta en sus trabajos por C. Paz Ares.

#### ***B. Consecuencias sobre la interpretación del artículo 9.11 Cc.***

En razón del acusado componente material que incorpora, y del escaso contenido de personificación que es capaz de aprehender, la definición de la personalidad jurídica, de la sociedad externa, en nuestro sistema de Derecho material no ejerce una incidencia nociva sino, todo lo contrario, muy conveniente sobre lo que deba entenderse por «persona jurídica» a efectos de la interpretación del supuesto de hecho del art. 9.11 Cc, solución que trasciende al ámbito estricto de las sociedades<sup>80</sup>. En efecto, a la vista de su carácter material, y de su desvinculación respecto de una concreta forma jurídica, la noción persona jurídica del Derecho interno español manifiesta, de entrada, la flexibilidad y amplitud que requiere una norma como el art. 9.11 Cc, destinada a aprehender, también, realidades de origen extranjero. El traslado de esta noción interna al supuesto de hecho del art. 9.11 Cc. confiere a esta norma una especial permeabilidad para captar los más diversos tipos de entes que actúen en el tráfico, y revelen una estructuración externa, tengan o no personalidad jurídica<sup>81</sup>, y sean o no conocidos por nuestro ordenamiento<sup>82</sup> siempre que, en este caso, no sean contrarios al orden público. La expresión *persona jurídica* se convierte así en una noción funcional y autónoma<sup>83</sup>, plenamente operativa para actuar las funciones específicas de una norma de DIPr: la aplicación del art. 9.11 Cc procederá siempre en presencia de un ente estructurado, como tal, para mantener relaciones externas<sup>84</sup>.

De seguirse esta interpretación del artículo 9.11 Cc, y entramos ahora en la segunda razón apuntada, enseguida hay que advertir que nuestro sistema, por muy rudimentario que pueda resultar en su configuración, proporciona una regulación de DIPr. especialmente satisfactoria, si se compara con otros que muestran en este ámbito un mayor grado de elaboración, al permitir captar los grados más pequeños de subjetivación jurídica posibles, y el tratamiento jurídico que a ello se anude por cada ordenamiento, sobre todo en lo relativo a la preferencia de los acreedores sociales sobre el patrimonio social, y a la legitimación procesal. Por ejemplo, a

diferencia del nuestro, para la definición del supuesto de hecho de la norma de conflicto en materia de sociedades, otros sistemas hacen recurso al concepto de *organización*, noción específica y propia del sector del DIPr. que permite resolver de modo conjunto el tratamiento conflictual de las verdaderas personas jurídicas y del resto de sociedades<sup>85</sup>. La aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades queda así condicionada a la posibilidad de identificar ese rasgo —la organización— en el ente de que se trate. Tal y como ha sido definido por la literatura jurídica, el concepto de *organización* viene sustentado básicamente por tres elementos: la existencia de una estructura interna, de suerte que las actividades y tareas del conjunto de personas queden sometidas a la consecución del fin pactado; la participación en el tráfico jurídico, como tal, del ente en cuestión, es decir, su participación como sujeto jurídico autónomo; y la existencia de una vinculación entre el plano interno y externo, de modo que la actuación de cara a terceros sea consecuencia de la concertación interna<sup>86</sup>. Dado que, en la práctica, puede ser difícil conocer cuándo existe la vinculación entre los planos interno y externo que requiere la organización, la doctrina ha aportado ulteriores concreciones de la noción, incidiendo sobre diferentes aspectos como el *grado de autonomía* de la sociedad<sup>87</sup> o la existencia de una *estructuración orgánica que no sea de grado mínimo*, como lo sería la dispuesta cuando la actuación de cualquier socio puede obligar a la sociedad<sup>88</sup>.

Aunque los resultados más gruesos a que conduce este sistema, coinciden con los que derivan de la noción *persona jurídica* que emplea el artículo 9.11 Cc., es posible apreciar ligeras divergencias en los matices, que pueden incidir sobre el tratamiento conflictual de los fenómenos societarios menores, entre los que se hallaría el contrato de *joint venture*. Por ejemplo, recibirán una calificación diversa —contractual en el sistema suizo, y social en el sistema español— aquellos acuerdos de *joint venture* que, teniendo relevancia de cara a terceros, no posean una organización desarrollada, en el sentido de una atribución de determinadas competencias de administración y representación a uno o a varios participantes, asumiéndose estas competencias, por el contrario, de modo parejo por todos los participantes. Por otra parte, la existencia de una administración institucionalizada de la sociedad, por muy elaborada y manifiesta que sea, en sí no sería elemento decisivo para la aplicación del art. 9.11 Cc., en cuanto podría corresponder a una sociedad meramente interna. Y lo mismo cabría argüir en relación con la adopción de acuerdos siguiendo el principio mayoritario, o a la continuidad de la sociedad tras la exclusión o separación de un socio, rasgos no incompatibles con el carácter interno de la sociedad<sup>89</sup>.

Como vamos a ver, el sistema seguido por el Derecho alemán o suizo muestra inconvenientes, pues manifiesta cierta incapacidad para dar relieve jurídico a algunos efectos, derivados de la personificación, que quedan asociados a la separación patrimonial de la sociedad. En concreto, la calificación contractual de un ente con actividad externa pero sin organización, puede determinar la preterición injustificada de un aspecto central de la regulación social, como es el relativo a la unificación patrimonial del grupo, donde encuentran asiento cuestiones como el sistema de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, y el de prelación de los acreedores sociales. Pueden quedar así quebrantadas tanto legítimas expectativas generadas en socios y acreedores sociales sobre su posición frente al activo y pasivo patrimonial de la sociedad (*ad. ex.* en relación con el tipo<sup>90</sup> y contenido<sup>91</sup> de la responsabilidad), como otros principios jurídicos elementales de validez general<sup>92</sup>. Las necesidades de la norma de DIPr. en el sector de las sociedades, determinan la conveniencia de que la personificación requerida por esa norma sea de carácter mínimo, único modo en que pueden darse efecto a regulaciones extranjeras que establezcan ese grado mínimo de

personificación<sup>93</sup>. En nuestro sistema, la exigencia mínima con que se perfila el supuesto de hecho de la norma de conflicto del artículo 9.11 Cc —la mera estructuración externa de la sociedad— resulta un elemento muy adecuado en DIPr., pues confiere a la norma *gran sensibilidad para aprehender los matices en los diferentes grados de personificación* que muestra el Derecho societario comparado.

Determinada la aplicación del art. 9.11 Cc., corresponderá a la *lex societatis* decidir sobre la existencia de persona jurídica, y sobre el contenido de dicha personificación. Cuando la sociedad haya sido válidamente constituida con arreglo a un procedimiento formal establecido por un Derecho extranjero, lo que suele ser frecuente cuando se trata de sociedades anónimas, la cuestión quedará reconducida a un problema de reconocimiento del régimen de la sociedad extranjera en España<sup>94</sup>. En caso contrario, reaparecerá el problema de ley aplicable, que habrá de ser resuelto con arreglo a las soluciones del foro. En presencia de un conflicto de calificaciones, especialmente cuando la *lex causae* otorgue una calificación meramente contractual a la situación, la peculiaridad del caso aconsejaría una derogación de la solución *lege causae*, que dejara paso a la recalificación del supuesto y a la aplicación de las normas de conflicto en materia de contratos. Este modo de proceder es el que parece haber seguido la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 25 de febrero de 1977<sup>95</sup>. Junto a los problemas de ley aplicable, la delimitación entre el ámbito contractual y el ámbito de las personas jurídicas adquiere también relevancia en sede judicial o arbitral, para precisar el *locus standi* del demandante o del demandado, como muestra el laudo provisional CCI, de 16 de julio de 1986, dictado en el Asunto n° 5029<sup>96</sup>, o la *ordinanza* del Tribunal de Milán de 7 de mayo de 1996<sup>97</sup>.

## 5. Calificación de los contratos de *joint venture*

La diversidad de articulaciones jurídicas que puede manifestar la *joint venture*, en razón de los concretos intereses en presencia de los participantes, hace inadecuado, e inútil por lo demás, decidir con carácter previo, con independencia de las circunstancias de un supuesto, sobre la calificación que deben recibir estos contratos en DIPr., lo que obliga a rechazar cualquier tipo de respuesta global<sup>98</sup>. Ante esta indefinición inicial, la tarea del intérprete habrá de consistir en proporcionar criterios, que sean de utilidad para orientar la calificación en cada caso, es decir, en identificar los elementos de los que cabrá inferir el carácter interno o externo de la sociedad. Aun derivados del Derecho material, los siguientes dos elementos resultan de gran utilidad para nuestro trabajo. En primer término, sin perjuicio de la modulación que quepa introducir en DIPr., conviene tener en cuenta que nuestro ordenamiento parte de una presunción favorable a la personificación, exigiéndose, para otra consideración, una voluntad negocial en contrario. Si ello es así, en segundo lugar, la determinación del carácter interno de la sociedad constituye una cuestión en la que mucho tiene que decir la *autonomía de la voluntad de los participantes*, tratándose de una cuestión a dilucidar a través de la interpretación del contrato. Para ello contará, sobre todo, la finalidad perseguida, y la configuración *ad hoc* del contrato, dirigida a excluir expresamente el efecto externo de la sociedad<sup>99</sup>. En este estado de cosas, a efectos de nuestro trabajo, parece más oportuno el detenimiento en el examen de los índices que, en relación con el acuerdo base de *joint venture*, permiten destruir la presunción legal favorable a la personificación.

### A. Finalidad perseguida por el contrato de *joint venture*

Por la menor problemática que revisten, es conveniente escindir en primer lugar todo aquél grupo de contratos de *joint venture* en el que no se prevé la realización de una actividad externa, y que limiten su objeto o finalidad a la reglamentación de las relaciones recíprocas entre los participantes en la *joint venture*. *La configuración del contrato de joint venture como sociedad interna, determina la necesidad de proveer para este grupo de contratos una calificación de carácter contractual*. Esta situación es muy frecuente y ocurrirá siempre que el aparato institucional de la *joint venture*, y su relevancia de cara a terceros, sea asumido con exclusividad por la sociedad *joint venture*, sin que se prevean otras relaciones externas al margen de la sociedad común. El contrato de *joint venture* aparecerá únicamente como elemento regulador de carácter interno. Lo más frecuente es que la creación de la sociedad conjunta se deba a la intención de los participantes de articular sus relaciones con terceros no directamente, sino a través de una sociedad independiente. Por ello, la caracterización externa es más frecuente en los contratos de *joint venture* que crean una *non-equity joint venture*, que en los contratos que crean una *equity joint venture*.

### **B. Configuración ad hoc del contrato de joint venture como sociedad interna**

Mayor problemática suscita la calificación del acuerdo base de *joint venture* cuando éste prevé la participación en el tráfico como tal, es decir, la realización de actividades externas, lo que puede obedecer a variadas razones<sup>100</sup>. Esta circunstancia, en sí, no es determinante de la existencia de personalidad jurídica. Precisamente es aquí donde aparecen los mayores problemas de valoración, habida cuenta de que esta actividad puede venir realizada, alternativamente, bajo el régimen del Derecho de sociedades, o bajo el régimen del Derecho común de contratos. En este punto es cuando aparece el mayor interés en distinguir si la actividad desarrollada por cada participante, o sólo por uno o algunos de ellos, debe imputarse a la sociedad —en cuyo caso hay sociedad externa— o bien si, al contrario, ha de entenderse que queda asumida por la colectividad de aquéllos, procediendo su calificación como sociedad interna. Sólo la primera alternativa determina la aplicación al acuerdo base, en este aspecto institucional, de la norma de conflicto en materia de sociedades, mientras que la segunda origina la aplicación del régimen contractual y de representación común. Partiendo de la presunción legal favorable a la personalidad jurídica, y sin perjuicio de las modulaciones que el principio pueda recibir en el ámbito del DIPr., la cuestión podría ser reformulada bajo los siguientes términos: ¿en qué casos de aquéllos en los que el acuerdo base de *joint venture* despliega una actividad externa no es aplicable la norma de conflicto en materia de sociedades?

Como hemos dicho líneas más arriba, y querríamos ahora insistir, en nuestro sistema de DIPr debe partirse de la *libertad de los participantes para decidir sobre la configuración interna o externa que deba corresponder al acuerdo base de joint venture* a efectos de su calificación por el DIPr. La consistencia de este aserto queda anclada en los propios principios de Derecho material que rigen en este sector del ordenamiento, en cuanto que otra solución podría perjudicar la congruencia interna de nuestro sistema jurídico. En concreto, la imposición por el DIPr de la regulación de la *lex societatis* al elemento institucional u organizativo del contrato de sociedad, lo que ocurriría si se desatiende la voluntad expresada por los participantes en el contrato en el sentido de excluir ese alcance externo, no engazaría con la autonomía privada que se reconoce a los particulares, en el orden interno, para suprimir el relieve real del contrato de sociedad<sup>101</sup>. *La voluntad de los participantes, en el modo en que pueda ser deducida del contrato de joint venture, se erige así en elemento decisivo para la*

*determinación del carácter externo o interno del contrato de joint venture.* Partiendo de este dato, y de que en ciertos casos una voluntad inequívoca puede no estar disponible, el intérprete habrá de operar con índices, que permitan la reconstrucción de esa voluntad negocial dirigida a la constitución de sociedad interna.

Pues bien, uno de los índices de la articulación contractual expresivos de la exclusión del relieve real será la inclusión en el contrato de *joint venture* de una *cláusula de ocultación*, en virtud de la cual se acuerde que los pactos sociales van a carecer de trascendencia frente a terceros o, mejor dicho, que los pactos sociales no modifican la posición de los participantes frente a terceros<sup>102</sup>. La existencia de una cláusula de este tipo en el contrato de *joint venture* ha de entenderse, desde esta perspectiva, como índice de primer orden en favor de la inexistencia de personalidad jurídica por lo que, en la medida en que existan relaciones externas, éstas vendrán reguladas por el régimen de Derecho común<sup>103</sup>. Por otra parte, la configuración interna de la sociedad podría también lograrse mediante una cláusula contractual que impida la utilización del nombre del grupo en el tráfico<sup>104</sup>, dando así lugar a la necesaria utilización del mecanismo de la representación indirecta para la realización por la sociedad de la actividad externa (*cláusula de representación indirecta*)<sup>105</sup>. En la práctica, y aunque no hay que descartar la posibilidad de que los participantes en un acuerdo base de *joint venture* de carácter externo puedan actuar en nombre propio, mediante el mecanismo de la representación indirecta (*vid.* artículo 1698 II Cc), o que en un contrato con relevancia puramente interna uno de ellos actúe en nombre de todos los socios individualmente considerados, puede decirse que, en defecto de otros índices, la actuación en nombre de la sociedad por los participantes será normalmente expresión del carácter externo del acuerdo base, mientras que su actuación en nombre propio revelará su carácter interno<sup>106</sup>, siempre sin perjuicio de la voluntad negocial que pueda deducirse del contrato.

## II. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS DE *JOINT VENTURE* SIN ESTRUCTURACIÓN EXTERNA

### 1. Significado de la autonomía material en la construcción de la *joint venture*

En la construcción, funcionamiento, y buena marcha de una *joint venture* corresponde un papel primordial a la autonomía material de las partes, esto es, al diseño del contrato de base por las participantes<sup>107</sup>. Los contratos de *joint venture* se caracterizan por su gran extensión, dada la regulación de muy diversos aspectos<sup>108</sup>, y su redacción suele ser el resultado de un dilatado y complejo proceso de negociación, en el que habrán sido coordinados los intereses de los participantes. La redacción meticulosa del contrato persigue excluir, en lo posible, la intervención del Derecho estatal para integrar las lagunas de la regulación contractual<sup>109</sup>, y determina la presencia de un importante componente casuístico en este sector de la contratación, que se revela en la heterogeneidad de los contratos de *joint venture*, y en la práctica inexistencia de esquemas preestablecidos: cada contrato es producto de una concreta negociación, y sólo tiene sentido para la *joint venture* que se pretende constituir. Por otra parte, la inserción de la *joint venture* entre las relaciones contractuales de larga duración, determina la dificultad de detallar, con precisión, los derechos y obligaciones de las partes, con una proyección de medio y largo plazo. En estos supuestos, los participantes también buscan imprimir seguridad jurídica a sus relaciones, por ejemplo, mediante la previsión de la política de empresa a seguir (*ad. ex.* programas de inversiones a emprender en el futuro), a través del

establecimiento de deberes generales de comportamiento leal<sup>110</sup>, o de mecanismos contractuales de integración de lagunas, o de renegociación y adaptación del contrato, en presencia de circunstancias que alteren el equilibrio contractual originario. Habida cuenta del interés en superar con agilidad las situaciones de *impasse* o de paralización en los órganos sociales, los contratos de *joint venture* pretenden garantizar la gestión común a través de mecanismos de resolución de controversias, al margen de las instancias judiciales o arbitrales<sup>111</sup>. Interesa destacar que el mayor o menor éxito de la *joint venture* puede depender, en buena medida, del modo en que sea construida, de ahí que el papel de los abogados en la formación del contrato de *joint venture* no sea en absoluto desdeñable. El ejercicio de la autonomía material de los participantes en la forma descrita, conlleva la posibilidad de excluir, de forma anticipada, muchos de los problemas que pueden surgir durante la vida de la *joint venture*, lo que convierte al contrato de *joint venture* en un verdadero *microsistema de regulación*.

## **2. Designación voluntaria de la ley aplicable a los contratos de *joint venture***

Los sistemas estatales de DIPr. reconocen a las partes la posibilidad de seleccionar el Derecho aplicable al contrato internacional, optimizando así la *seguridad jurídica* y la *previsibilidad* en torno al régimen del contrato<sup>112</sup>. La libertad de elección de ley sirve a los intereses de las partes al permitirles alcanzar diversos objetivos como, por ejemplo, asegurar que el Derecho aplicado por el juez no sea contradictorio con el contenido de su contrato, unificar el régimen jurídico de una multiplicidad de contratos, escoger un Derecho familiar o neutral para las partes, que facilite un acercamiento de posiciones durante la negociación, o planificar y reducir costes de transacción<sup>113</sup>. En esta última perspectiva, propia del análisis económico del Derecho, la autonomía conflictual excluye el riesgo asociado al conflicto de leyes, y a una localización objetiva del contrato de carácter imprevisible, desincentiva el *forum shopping*, promueve la asesoría jurídica preventiva, permite la competencia entre los sistemas jurídicos estatales, y libera a las partes de las cortapisas locales, agilizando el comercio exterior<sup>114</sup>. Además, la admisión de la autonomía conflictual resulta plenamente congruente con la función y sentido del Derecho de contratos en un ordenamiento jurídico, engarzando con la libertad de disposición de que las partes gozan en el ámbito material<sup>115</sup>.

La práctica negocial en los contratos de *joint venture* muestra una rica gama de alternativas para la selección del régimen jurídico, situándose algunas de ellas al margen de los postulados permitidos por la dogmática más tradicional. En concreto, junto a la designación del Derecho de un Estado, la contratación internacional conoce variadas alternativas de designación del régimen jurídico al margen de una normativa estatal, cuya virtualidad es preciso valorar en los contratos de *joint venture*. Para ordenar la exposición, examinaremos en primer término el interés que corresponde a la autonomía conflictual en la construcción de los contratos de *joint venture*. Seguidamente, serán analizadas las posibilidades que contempla el CR para realizar dicha selección. Por último, describiremos las diferentes modalidades de selección del régimen jurídico, al margen de una normativa estatal, que muestra la práctica en este sector de la contratación internacional, valorando su diferente eficacia ante instancias judiciales y arbitrales.

### **A. Significado de la autonomía conflictual en las operaciones de *joint venture***

La autonomía conflictual puede servir a muy variados fines en el diseño de las operaciones de *joint venture*, uniéndose a las funciones generales otras específicas, como la de posibilitar la coordinación contractual deseada por las partes. En primer lugar, la designación expresa de ley

aplicable excluye una determinación objetiva del estatuto del contrato de *joint venture*<sup>116</sup>, operación que, como habremos de ver, puede resultar bastante compleja. En segundo lugar, la autonomía conflictual puede permitir el sometimiento del acuerdo base, en conjunto, a un único ordenamiento, garantizando la unidad de régimen jurídico, y excluyendo la posibilidad de un fraccionamiento objetivo al que, de otro modo, podría estar llamado el contrato al amparo del art. 4.1 *in fine* CR<sup>117</sup>. Del mismo modo, la autonomía conflictual garantiza la unidad de régimen jurídico del conjunto formado por el acuerdo base y los contratos satélites, excluyendo también el riesgo de fraccionamiento<sup>118</sup>. Las funciones de coordinación contractual que desempeña la autonomía conflictual, se hacen patentes cuando la elección de ley se erige en cauce para dar satisfacción al interés de uno de los participantes en la aplicación de su propio Derecho a las prestaciones a que se compromete.

En no pocas ocasiones, la negociación del contrato de *joint venture* conduce, en lo que afecta a la elección de la ley aplicable, a fórmulas de transacción, que se concretan en la designación de un Derecho neutral, esto es, distinto al de los países de origen de las sociedades participantes en el proyecto, o al del país de la sociedad *joint venture*<sup>119</sup>. La elección de este Derecho puede venir justificada por el desconocimiento, por parte de los participantes, de las disposiciones imperativas de la ley del país de uno de ellos que puedan afectar al contrato, por la posibilidad de acordar fácilmente sobre la aplicación de un Derecho por razones de prestigio internacional, o por razón de su particular desarrollo en un sector, o por la simple familiaridad de los participantes con el Derecho designado. En todo caso, convendrá que la elección de ley tome en cuenta el grado de adecuación del Derecho a designar, con la articulación jurídica diseñada por los participantes, por lo que resultará inadecuada la designación de un ordenamiento cuyo contenido sea difícil de establecer, o la de uno que no admita, o prohíba, alguna de las cláusulas del contrato. Estas consideraciones deberán tenerse en cuenta, fundamentalmente, en relación con los pactos sobre el ejercicio de los Derechos del voto, o los relativos a la preferencia en la compra de las acciones de la sociedad común<sup>120</sup>.

### **B. Límites de la autonomía conflictual en el Convenio de Roma**

Aunque escasos, el CR establece límites a la autonomía conflictual. De un lado, su ejercicio presupone la existencia de un elemento de extranjería, de internacionalidad, en la situación. En un contrato desprovisto de ese elemento de internacionalidad, no cabe elección de ley, al menos no en términos de autonomía conflictual<sup>121</sup>. La trascendencia de esta limitación se hace patente en las operaciones de *joint venture* cuando, como ocurre con frecuencia, alguno de los contratos en que queda articulada carece, aisladamente considerado, de carácter internacional. En estas situaciones, las aclaraciones que ofrece el informe explicativo del CR permiten mantener la admisibilidad de la autonomía conflictual en esta clase de contratos, siempre que se encuentren conectados con una operación de carácter internacional<sup>122</sup>.

La letra del art. 3.1 CR exige que la designación de ley aplicable sea *expresa o resulte de modo cierto de las disposiciones del contrato o de las circunstancias del litigio*. El ejercicio de la autonomía conflictual presupone, pues, un acuerdo de voluntad, sin que, en su defecto, pueda presumirse que las partes han efectuado una elección<sup>123</sup>. En caso de duda, el juez o intérprete deberá proceder a la determinación objetiva de la ley aplicable, en conformidad con el art. 4 CR. Por otra parte, la existencia de normas imperativas con vocación aplicativa sobre el contrato, no limita la libertad de las partes en la selección de la ley aplicable<sup>124</sup>. Estas normas,

sin embargo, pueden repercutir sobre el contrato a través de otros cauces, como vimos en el capítulo anterior.

### ***C. Fraccionamiento voluntario de ley aplicable***

El análisis del fraccionamiento voluntario de ley aplicable debe ser efectuado atendiendo a una doble perspectiva, a saber, la relativa a la factibilidad de la designación fraccionada de leyes, y la conducente a averiguar las razones materiales que determinan, de ordinario, el interés de las partes en someter ciertas cuestiones a una ley diferente de la aplicable al resto. En primer lugar, la articulación contractual de la *joint venture*, compuesta por los contratos satélites y el acuerdo base, y el carácter complejo de este contrato, constituyen ámbitos abonados para la práctica del fraccionamiento voluntario de ley aplicable. En el entramado contractual descrito, pueden ser identificados distintos contratos, y diferentes partes contractuales escindibles unas de otras<sup>125</sup>, con autonomía jurídica propia. Se cumplen así las condiciones objetivas a que somete el art. 3.1 CR, el fraccionamiento voluntario de ley aplicable. Como partes separables será posible identificar, por ejemplo, los pactos accionariales, o convenciones de accionistas, las estipulaciones relativas a obligaciones de los participantes en favor de la sociedad común (*ad. ex.* obligaciones de suministro a la sociedad, o de compra de determinada producción de la sociedad conjunta), el convenio atributivo de jurisdicción, la cláusula compromisoria, y las cláusulas de indización de precios, o de nuevas negociaciones. Las posibilidades de designación fraccionada resultarán más acentuadas en el ámbito de los contratos satélites<sup>126</sup>.

Averiguada la existencia de una amplia base objetiva para el fraccionamiento, conviene examinar las razones que pueden mover a los participantes a activar dicho *dépeçage*, mediante las oportunas selecciones de ley para cada contrato, o para cada parte del contrato de base. Al igual que dijimos con anterioridad en relación con la designación voluntaria de ley aplicable, el fraccionamiento constituye un instrumento de coordinación y de construcción contractual, apto para equilibrar los intereses en presencia<sup>127</sup>, lo que proporciona a los participantes un instrumento adecuado para flexibilizar la negociación. En presencia de varios contratos, el fraccionamiento puede permitir el sometimiento de los diferentes pactos, al Derecho que proporcione la regulación más adaptada a cada uno de ellos<sup>128</sup>. La trascendencia práctica del fraccionamiento aparece con claridad para la regulación de la cesión o licencia de propiedad industrial a favor de la sociedad conjunta, o para la comunicación de conocimientos no protegidos a dicha sociedad. El contrato de licencia de una patente, o de transferencia de otros conocimientos no protegidos, podrá ser sometido al Derecho de la sociedad participante que los haya suministrado, asegurándose de este modo que, en caso de disolución de la sociedad *joint venture*, reviertan en su favor esos derechos<sup>129</sup>. A pesar de su carácter nuclear en el contrato de base, podrá también resultar precisa una designación parcial de ley aplicable referida a los pactos de accionistas, cuando la ley designada como reguladora del contrato no admita los pactos extraestatutarios<sup>130</sup>. La designación fraccionada de ley aplicable puede también mostrar interés en un momento posterior al de la celebración del contrato de base. Podrá servir, por ejemplo, para adaptar la estructura contractual, cuando el ordenamiento elegido originariamente para el contrato en su conjunto, se haya revelado inapropiado para una concreta parte.

### ***D. Designación cumulativa de leyes***

Del fraccionamiento de ley aplicable debe ser distinguida la designación cumulativa de leyes. La práctica de los contratos de *joint venture* suele deparar supuestos, en los que existe una designación doble de ley aplicable, remitiendo el contrato a distintas leyes, sin que se establezcan reglas para resolver las posibles contradicciones. En opinión de la mejor doctrina, dado que no será posible atribuir eficacia conflictual a ambas designaciones, una de ellas habrá de ser estimada como remisión de carácter material<sup>131</sup>. Esta solución ha de ser matizada, sin embargo, cuando en la *joint venture* participa un Estado, casos en los que son muy frecuentes cláusulas de elección de ley que establecen la aplicación cumulativa del Derecho del país anfitrión, y de otro Derecho extranjero, o bien determinan la aplicación de un Derecho estatal junto a la consideración de los principios generales del Derecho internacional<sup>132</sup>. Este modo de designación del régimen del contrato, aparece asociado a la práctica arbitral consistente en la aplicación cumulativa de varias leyes, mediante la técnica de la aproximación de legislaciones<sup>133</sup>. A pesar de ese modo de proceder, la inclusión en el contrato de una designación cumulativa de leyes no garantiza resultados seguros de ley aplicable cuando los Ordenamientos designados ofrecen respuestas diferentes a un mismo problema jurídico, lo que se hace patente cuando se pretende del árbitro la respuesta a una cuestión jurídica muy concreta, como, por ejemplo, saber si ha transcurrido un plazo de prescripción, decidir si un determinado hecho determina la extinción del contrato de *joint venture*, o determinar cuáles son las obligaciones de los participantes en la *joint venture* tras su disolución<sup>134</sup>. En esas situaciones, no cabrá más posibilidad que aplicar un ordenamiento, en detrimento del otro.

#### **E. Designación tácita de ley aplicable: elementos para su identificación**

La inexistencia de una declaración de voluntad expresa que conste en el contrato, no impide al juez inferir, de las circunstancias de la situación, una verdadera elección de ley (art. 3.1 CR). En abstracto, la elección tácita de ley aplicable ha de quedar fundada en los elementos intencionales o subjetivos de la relación, en la medida en que posean relevancia exterior<sup>135</sup>, sin que se excluya la posibilidad de considerar elementos exteriores al contrato. La existencia de una elección tácita en el acuerdo base, o en los contratos satélites, podrá ser inferida de los términos en que haya sido redactado el contrato (*ad. ex.* referencias a disposiciones de un Ordenamiento, lengua del contrato, etc), de igual modo a como cabe averiguar una elección tácita en el resto de contratos. La peculiaridad de la elección tácita de ley aplicable en las operaciones de *joint venture* viene dada, sobre todo, a la vista de la posibilidad de considerar como elección de ley para uno o varios contratos, a la realizada de forma expresa para otro, permitiendo esa extensión el sometimiento de la completa articulación contractual a un mismo Ordenamiento. En este punto, las operaciones de *joint venture* pueden suscitar delicados problemas de delimitación, entre los supuestos en que debe entenderse que existe una elección tácita de ley aplicable, y aquéllos en que ha de seguirse una localización objetiva del contrato<sup>136</sup>. Con frecuencia, las dudas surgen a la hora de decidir si la designación expresa de ley aplicable realizada en el contrato base de *joint venture*, vale como designación tácita para los contratos satélites<sup>137</sup>. Conviene aquí distinguir diversas hipótesis.

Uno de los supuestos de más fácil resolución, es el que se produce cuando el acuerdo base de *joint venture* ya contiene la obligación de los participantes de celebrar un determinado contrato con la sociedad conjunta, quedando este contrato diseñado en sus aspectos fundamentales, y únicamente pendiente de su celebración efectiva. En este caso, no resultará difícil considerar, al menos, como elección tácita de ley aplicable, la acordada para ese contrato en el acuerdo base, cuando el correspondiente contrato satélite haya preterido esa selección. A

la vista de las *circunstancias del caso*, será posible entender que las partes quisieron someter el contrato a la ley indicada en el acuerdo de base<sup>138</sup>. En segundo lugar, un dato del que cabrá inferir la existencia de una elección tácita de ley aplicable, será la unidad documental de diversos contratos<sup>139</sup>, aunque esta situación no será la más frecuente. Por el contrario, parece difícil que se pueda inferir una elección tácita de ley aplicable, del análisis de los intereses en presencia en los diferentes contratos<sup>140</sup>, ni siquiera cuando quepa considerar a dicho análisis como expresivo de una voluntad hipotética o presunta de las partes<sup>141</sup>. Del objetivo de muchos contratos satélites, cuya misión es realizar aportaciones a la sociedad común, tampoco resulta factible inferir una voluntad tácita, de selección del Derecho del país de la sede de la sociedad conjunta<sup>142</sup>. En defecto de índices claros favorables a la existencia de un acuerdo de las partes de carácter tácito, habrá de proceder una determinación objetiva de la ley aplicable, con arreglo al art. 4 CR, donde habrá de ser valorada la posibilidad de atribuir relevancia jurídica a la unidad funcional de la operación, para someter el conjunto contractual a un régimen jurídico homogéneo<sup>143</sup>.

#### **F. Limitaciones fácticas a la autonomía conflictual**

La presencia de un Estado, o de una institución estatal, entre los participantes en una *joint venture*, puede limitar, en la práctica, las posibilidades de designación de ley aplicable al acuerdo base, por el deseo del Estado de controlar los procesos económicos internos<sup>144</sup>. La envergadura económica que pueden poseer las operaciones de *joint venture*, vinculadas en muchas ocasiones con sectores productivos de importancia vital para un país, determinan que el Estado reclame el control sobre las relaciones jurídicas entre los participantes en la *joint venture* y la sociedad *joint venture*. La vía más frecuente para ejercer este control viene dada a través de la emanación de normas materiales imperativas<sup>145</sup>. Esta intervención estatal adquiere a veces un alcance mayor, cuando la legislación del país excluye la autonomía conflictual de forma global, no reconociendo la posibilidad de que las partes sometan su contrato al Derecho elegido<sup>146</sup>. Algo parecido sucede en el aspecto del trasvase internacional de tecnología, sector en el que la intervención estatal se concreta, en ocasiones, en la designación del Derecho local como condición para la obtención de una autorización administrativa<sup>147</sup>.

#### **G. Elección del régimen jurídico al margen de una normativa estatal**

En este sector de la contratación son especialmente frecuentes las remisiones a materiales normativos ajenos al Derecho de un Estado<sup>148</sup>. La exclusión del Derecho estatal responde, a veces, al recelo que suscita la aplicación de una normativa nacional, y de sus rigideces técnicas, inadecuadas para regular de forma satisfactoria las relaciones de comercio internacional. Pero también puede radicar en la convicción de las partes de que así obtienen una *mejor defensa* para sus posiciones contractuales, en cuanto que, por ejemplo, una referencia a los *principios jurídicos generales* podría servir a los participantes para vincularse por un comportamiento de lealtad<sup>149</sup>. En ocasiones, la designación de la *lex mercatoria* como Derecho del contrato puede deberse, simplemente, a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo respecto al Derecho aplicable. La remisión al Derecho estatal no siempre queda excluida, sino que, a veces, concurre con designaciones de otros materiales normativos no estatales<sup>150</sup>. Esta última modalidad de elección de ley, suele ser especialmente frecuente en los contratos de *joint venture* en los que participa un Estado, donde la remisión a la *lex mercatoria*, o a otros principios generales opera, de

ordinario, como contrapeso a la aplicación obligada del Derecho del Estado anfitrión de la inversión<sup>151</sup>.

La eficacia práctica de estas designaciones puede depender de diversas variables. Ante instancias judiciales estatales, este tipo de designación del régimen del contrato no excluye la necesidad de determinar el Derecho estatal aplicable<sup>152</sup>. Ahora bien, no ha de existir inconveniente en entender dicha designación como remisión de carácter material, siendo de aplicación siempre que no afecten a las disposiciones imperativas del Derecho aplicable<sup>153</sup>. Por otra parte, en la medida en que el árbitro no queda obligado a resolver el litigio conforme a un sistema estatal, no cabe descartar la operatividad de remisiones de este tipo en el ámbito del arbitraje internacional<sup>154</sup>. Mayor problemática plantea la delimitación de pautas positivas para llenar de contenido jurídico a este tipo de remisiones. Los distintos materiales que pueden descubrirse bajo el nombre genérico de *lex mercatoria*, no siempre proporcionan soluciones seguras para la decisión de los casos, problema que se acentúa cuando las cuestiones que se dilucidan ante el arbitraje son de naturaleza muy técnica<sup>155</sup>. En ocasiones, la construcción del régimen del contrato mediante la combinación del Derecho estatal con otros materiales hace tremendamente insegura la determinación de las soluciones aplicables. Como idea de base, en estos casos el árbitro deberá estar a las indicaciones expresadas por las partes, en la medida en que puedan servir como elementos de concreción de tales remisiones<sup>156</sup>. En todo caso, la remisión a los principios generales del Derecho, sin referencia a un Derecho estatal, deberá ser valorada por el árbitro como indicio de la voluntad de las partes de deslocalizar el contrato<sup>157</sup>. Junto a estas posibilidades de designación del régimen del contrato, se sitúa la consistente en la exclusión expresa de cualquier incidencia sobre el mismo de una regulación externa, sea estatal o transnacional (*contrato sin ley*), opción que, aunque no admitida por el CR<sup>158</sup>, podría adquirir eficacia de hecho cuando su puesta en práctica no constituya motivo de anulación o de denegación del reconocimiento del laudo.

### **3. Eficacia de las cláusulas de estabilización y de petrificación del Derecho aplicable**

En los contratos de *joint venture* suele ser frecuente la inserción de cláusulas, que tienen por objeto excluir la incidencia sobre el contrato de las modificaciones legislativas que tengan lugar en el Derecho elegido, evitando así, sobre todo, la repercusión de nuevas normas imperativas<sup>159</sup>. Este tipo de cláusulas cobra especial interés en los contratos entre un particular y un Estado, que normalmente prevén la aplicación, total o parcial, del Derecho del Estado-parte en el acuerdo. Esta doble condición comporta el riesgo de que se produzca, de forma unilateral, una modificación del marco jurídico existente cuando se gestó y actuó la inversión, en perjuicio del cocontrante, situación que queda agravada cuando se trata de inversiones en países que acusan una gran inestabilidad política<sup>160</sup>. La inserción de estos pactos tiene lugar, sobre todo, en los contratos de *joint venture* que designan como aplicable la ley del Estado participante en la operación y que, generalmente, fijan la sede de la sociedad *joint venture* en ese país. En atención a la técnica que utilizan para conseguir su finalidad, estas cláusulas pueden ser clasificadas en tres grupos principales<sup>161</sup>. Las cláusulas de petrificación (*Versteinerungsklauseln, clauses de gel de la loi, freezing clauses*) suponen que el Derecho elegido vale con el contenido que poseía en el momento de la celebración del contrato. El acuerdo no implica una verdadera elección de ley de carácter conflictual, equiparándose a una incorporación material por referencia, por lo que no suscita problemas de compatibilidad con las soluciones del CR. No obstante, la eficacia del pacto queda condicionada a la inexistencia

de nuevas normas imperativas en la *lex contractus* que se opongan a la aplicación del Derecho anteriormente en vigor<sup>162</sup>. Junto a éstas, las cláusulas de no aplicabilidad (*nichtanwendungsklausel*, *non-application clause*, *clause de inopposabilité*) suponen que las reformas legislativas no serán aplicables al contrato. Por su modo de actuar, estas cláusulas quedan cercanas a los mecanismos propios de un contrato de inversión, que pretende derogar, de forma particular, el régimen de general aplicación<sup>163</sup>. Parcialmente distintas aparecen las cláusulas de estabilización del Derecho aplicable (*Stabilisierungsklausel*, *stabilization clause*, *clause de stabilisation*), por las que se pacta que los derechos de las partes no podrán ser modificados de forma unilateral<sup>164</sup>. En general, estas cláusulas han encontrado mayor comprensión en las instancias arbitrales, donde ha sido reconocida su eficacia<sup>165</sup>. No obstante, dada la imposibilidad de comprometer la soberanía legislativa del Estado, su eficacia suele consistir, únicamente, en la concesión a la parte perjudicada de una acción de resarcimiento por el perjuicio causado como consecuencia del cambio legislativo<sup>166</sup>. La exclusión efectiva de cambios legislativos sólo quedará garantizada mediante el recurso a otros mecanismos, singularmente a través de la aplicación al contrato de un tratado sobre protección de inversiones concluido entre el Estado contratante y el Estado extranjero del que sea nacional el inversor<sup>167</sup>.

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 CR. En favor de la validez de estas cláusulas se ha esgrimido el reconocimiento amplio que hace el CR de la autonomía conflictual que, entre otros aspectos, permite a las partes variar la designación de ley efectuada anteriormente (art. 3.2 CR)<sup>168</sup>. Por otra parte, dado que la validez conflictual del pacto de estabilización del Derecho aplicable es, en definitiva, una 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 —se dice— de la caracterización del sector de la contratación en el que se plantee la cuestión<sup>169</sup>. El análisis de los intereses en presencia debería conducir al reconocimiento de la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización del Derecho aplicable<sup>170</sup>.

Para otro sector doctrinal, por el contrario, las cláusulas de estabilización del Derecho aplicable poseen sólo eficacia material<sup>171</sup>. De modo distinto a como ocurre en la designación sucesiva de ley aplicable, prevista por el art. 3.2 CR, la cláusula de estabilización tiene por objeto un solo ordenamiento. Una estabilización conflictual implicaría operar una escisión de regulaciones dentro del ordenamiento elegido, al antojo de las partes, sin que suponga un fraccionamiento de ley aplicable en el sentido que permite el art. 3.1 *in fine* CR. Al contrario de la designación sucesiva, o fraccionada, de ley aplicable, la estabilización de la ley aplicable comportaría situar el contrato por encima de la ley, dando lugar a soluciones materiales de imposible inserción en ninguno de los ordenamientos conectados con el contrato<sup>172</sup>. En la práctica, las cláusulas de estabilización implican la posibilidad de afirmar la existencia del contrato sin ley, por lo que han de contar con idénticos reparos<sup>173</sup>. El CR 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<sup>174</sup>.

La eficacia de este tipo de designaciones puede depender de que el asunto sea planteado ante instancias arbitrales o judiciales. En las primeras, el árbitro tendrá mayor libertad para acomodar la solución del caso a las previsiones de las partes en torno al Derecho aplicable. En cambio, la obligación del juez de aplicar el Derecho vigente en el momento del litigio, tal y

como hubiera sido aplicado por un juez de ese Estado, comporta la aplicación de las normas imperativas retroactivas 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 dispositivo. 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<sup>175</sup>, 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<sup>176</sup>. Sobre la validez del pacto de estabilización decidirá la ley aplicable al contrato<sup>177</sup>. En presencia de un cambio legislativo en el ordenamiento designado, las partes tienen a su disposición la vía que habilita el art. 3.2 CR consistente en la adopción de un cambio en la ley aplicable, posibilidad que pueden hacer valer incluso una vez surgida la contienda entre ellas. No obstante, a veces, las normas que se pretenden eludir de este modo podrán ser llamadas a título de normas imperativas, siendo aplicables por la vía del art. 7, o por la de los arts. 5 o 6 CR.

## CAPÍTULO CUARTO

### **DERECHO APLICABLE AL ACUERDO 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 diverso<sup>1</sup>, y el diferente tratamiento que unos y otros aspectos pueden recibir en DIPr., la consideración separada de ellos rara vez conducirá a una misma solución de ley aplicable. 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 la formulación de soluciones de carácter general a las cuestiones de ley aplicable que se suscitan en este ámbito. Esta fisonomía —diversidad de contenido negocial y variabilidad— produce importantes

consecuencias de cara a la formulación de reglas de conexión para la selección objetiva de la ley aplicable. En primer término, no resulta oportuna la confección de una única norma de conflicto especial para este sector, dada su patente incapacidad para proveer respuestas satisfactorias a la disparidad de situaciones que muestra la realidad<sup>2</sup>. De otro lado, aunque en otros sectores de la contratación ha mostrado resultados positivos<sup>3</sup>, 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 para elaborar reglas de DIPr. 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, 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 a la tarea de introducir seguridad jurídica en el proceso de determinación de la ley aplicable a estos contratos. Paralizada la seguridad del *tipo de contrato*, ese propósito debe discurrir por una senda distinta. 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<sup>4</sup>. Para proseguir esta metodología cobra interés la identificación de los elementos o factores que, normalmente, aparecen con especial relevancia conflictual en los contratos de *joint venture*, el análisis de la potencia localizadora que cabe atribuirles a la vista de las circunstancias del caso, comparando el vigor de 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 CR, 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 CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, nuestro ordenamiento ha estrenado un nuevo modelo de soluciones para la selección de la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección, y ha incorporado 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 más estrechamente vinculada al contrato, persiguiendo la obtención de respuestas de justicia particular, difícilmente realizables en una norma de conflicto general y rígida<sup>5</sup>. No obstante, y fundamentalmente en atención a los postulados de la certeza del

Derecho<sup>6</sup>, 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*<sup>7</sup> que indican, a modo de presunción, la ley del país más estrechamente vinculado 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 5.º ordena la operatividad directa de la regla de los vínculos más estrechos.

La compleja sistemática del precepto —donde el principio proclamado en el 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<sup>8</sup> y, según los casos, en divergencias en el ordenamiento finalmente seleccionado<sup>9</sup>. 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, a nuestro modo de ver, por escindir el doble cometido que ha de ser atribuido a la ley de la prestación característica. Ciertamente, el sentido de la introducción del expediente de la prestación característica en el CR 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 con base en esta perspectiva, sugiere una interpretación favorable al reforzamiento de la presunción, que sería marginada sólo en casos excepcionales<sup>10</sup>. 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<sup>11</sup>. 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, cuando quepa identificar una prestación característica en el contrato, el desplazamiento de esta ley exige una especial motivación<sup>12</sup>. 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 con el proporcionado por otros criterios en el caso concreto. 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. Es preciso recordar que la marginación de la ley del prestador característico no está reñida con las exigencias de la certeza en la determinación del Derecho aplicable, una vez establecido un ámbito para las excepciones<sup>13</sup>.

## 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 con dificultades tipológicas. La variabilidad consustancial de este tipo de operaciones, no se compadece bien con la clasificación tipológica de la que arranca, en primera instancia, 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 una aproximación a las trazas conceptuales y valorativas del expediente. Este análisis viene exigido a la vista del estado de la cuestión en la doctrina, donde las opiniones no son coincidentes.

Una aproximación a la doctrina que ha estudiado la técnica de la prestación característica, permite constatar la escasa utilidad que se atribuye a este expediente para determinar la ley aplicable a los contratos de *joint venture*. Estos contratos son mencionados como paradigma de las situaciones en que la regla muestra sus deficiencias más notables, toda vez que deja de ser operativa. Por otra parte, la literatura que se ha ocupado del 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 ontológica, la posibilidad de acudir a la técnica de la prestación característica: por definición —se afirma— la naturaleza cooperativa del contrato de *joint venture* resulta incompatible con la posibilidad de averiguar una prestación característica<sup>14</sup>. Otro grupo, quizás más nutrido, funda la inoperatividad de la técnica sólo en dificultades prácticas y, en concreto, en las que entraña el discernimiento de una prestación característica en el contrato de *joint venture*, habida cuenta que «típicamente los participantes se comprometen en los mismos derechos y obligaciones»<sup>15</sup>. Por último, desde posiciones abiertas a la posibilidad de identificar una prestación de ese tipo en los contratos de *joint venture*, cierta doctrina mantiene que la técnica de la prestación característica 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 relegar a un plano subsidiario el vigor localizador de la prestación característica<sup>16</sup>.

Sin perjuicio de su orientación común, esta variedad de argumentaciones revela importantes divergencias en el entendimiento del sentido y funciones que han de ser atribuidas al expediente de la prestación característica para la localización 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 que el expediente ha sido recibido en el ámbito de soluciones que dispone el CR. 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 CR ha conferido a esa técnica en la determinación objetiva del Derecho aplicable. El objetivo del excursus 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 las razones esgrimidas para desbancar al expediente de la prestación característica como método primario para la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*.

## 2. Aproximación a la técnica de la prestación característica

Pese a la trascendencia que se atribuye a la ley del prestador característico para la localización objetiva del contrato, ni la normativa convencional contiene una definición de ese concepto, ni son suficientes las explicaciones que ofrece el informe explicativo del convenio<sup>17</sup>. Para dilucidar el valor de esta técnica en la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*, conviene prestar atención a dos cuestiones: de un lado, convendrá analizar 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 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 que la inoperatividad de esta justificación, o razón de ser, debe determinar la marginación del Derecho hallado de ese modo, sino también, 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

Conforme a las ideas en que culminó su desarrollo, la técnica de la prestación característica viene definida de forma 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). La posibilidad de averiguar una prestación característica se detiene, así, en los contratos abstractamente típicos<sup>18</sup>. 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, la utilidad 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 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 comercial 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 comercial— con respecto a la cual quepa precisar la prestación característica<sup>19</sup>. Y de otro, se afirma que, cuando la configuración comercial 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 modalidades 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<sup>20</sup>. Conforme a esta posición, la búsqueda de una prestación característica se erigiría 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 responden a esquemas predefinidos<sup>21</sup>. La determinación de la ley aplicable mediante el empleo directo de la regla de los vínculos más estrechos, quedaría 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.

Para enjuiciar esta tesis resulta de utilidad distinguir el doble cometido que despliega la prestación característica, en el proceso de determinación objetiva de la ley aplicable. De un lado, en la perspectiva de la promoción de la certeza, e intermediación en la selección del Derecho aplicable, que persigue el CR 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 conlleva su existencia, especialmente en lo relativo al *ahorro de argumentación* que genera en favor de la ley del prestador característico<sup>22</sup>. La necesidad de acudir a un análisis de las circunstancias del caso, se compadece mal con la pretensión, inmanente a la técnica de la prestación característica, de determinar la ley aplicable con arreglo a una consideración externa al contrato actual. 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*.

Estas reflexiones deben conducir a afirmar la radical *imposibilidad de identificar una prestación característica en los contratos de joint venture*. En estos contratos, la prestación característica no puede cumplir los objetivos de certeza, facilidad, e inmediatez en la selección del Derecho aplicable que el CR asigna a esa técnica, toda vez que no resulta posible elaborar una tipología de contratos de *joint venture* mediante la identificación de posiciones contractuales predefinidas de las partes<sup>23</sup>. Sin perjuicio de que pueda emplearse una noción amplia de prestación característica, la identificación de una *prestación principal* en el contrato no puede producir los efectos que conlleva la existencia de una prestación característica del tipo de contrato, en relación con 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 este sentido, la doctrina que ha abordado el análisis del expediente con ocasión de su recepción en el CR, ha indicado 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 en los contratos típicos <sup>24</sup>, siguiendo así las ideas expresadas por los promotores de esa técnica <sup>25</sup>. Sin perjuicio de esta orientación general, es preciso retener que la ley hallada de este modo no concurre al test de proximidad en situación de privilegio respecto a otras, al resultar inoperante la presunción, siendo necesario que la aplicación de ese Derecho quede fundada en razones de orden material, que acrediten una proximidad comparativamente mayor a la que proporcionan otras conexiones.

Estas aseveraciones se sitúan en abierto contraste con las posiciones que mantiene cierta doctrina, para el tratamiento conflictual de los contratos de *joint venture*, donde se afirma la conveniencia de otorgar la prioridad conflictual a otros elementos, como la función básica del acuerdo o el componente 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. 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 por demostrar. En esta tesitura, parece recomendable proseguir la investigación en una doble dirección. 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 lugar, 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, fundamentalmente, con el carácter abierto de las soluciones que incorpora el CR, 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 <sup>26</sup>.

### **B. Perspectiva de análisis económico del Derecho**

Son varias las razones de justicia que, se ha dicho, determinan la conveniencia de aplicar la ley del prestador característico <sup>27</sup>: sobre todo, la prestación característica sería la prestación más compleja y, por tanto, aquella 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 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 aquella 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.

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<sup>28</sup>, 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 con su tipicidad profesional, con la asunción de mayor riesgo, y con el 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<sup>29</sup>. 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 normas (imperativas o supletorias)<sup>30</sup>.

A la vista de estos objetivos, deben merecer una valoración positiva los esfuerzos dirigidos a conducir la selección de la ley aplicable, por los motivos de orden material que justifican la regla de la prestación característica. Incluso aunque quede por verificar si tales propuestas conducen, en el caso concreto, a un único y mismo resultado<sup>31</sup>. En la actualidad, la conveniencia y razonabilidad de algunas de estas soluciones encuentran, como vamos a ver, justificaciones adicionales en el ámbito del análisis económico del Derecho. 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 instrumental metodológico del análisis económico del Derecho, orientado hacia la consecución de soluciones eficientes<sup>32</sup>. Con carácter general, esta metodología propugna la imputación de los riesgos a la parte que puede evitarlos (*cheapest cost avoider*) o asegurarlos (*cheapest cost insurer*) con un coste menor<sup>33</sup>. 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 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<sup>34</sup>. Estas teorías propugnan una aproximación contractual al estudio de las relaciones económicas 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*, convirtiéndose este concepto en clave para todas estas teorías<sup>35</sup>. Conforme a estas ideas, resulta del todo razonable que la creación e interpretación de las normas jurídicas en el sector contractual del DIPr. se orienten 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<sup>36</sup>.

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<sup>37</sup>. Este sistema no solamente tiene por finalidad

garantizar la vinculabilidad del contrato mediante la coacción física<sup>38</sup>, 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<sup>39</sup>. 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<sup>40</sup>. 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 ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión. La solución eficiente debería 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 la determinación objetiva de la ley aplicable, arroja resultados de utilidad. Desligada de otros objetivos, esta determinación 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»<sup>41</sup>. 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 extranjero. La construcción e interpretación de las reglas de DIPr. debería partir, según esta reflexión, de la identificación de la parte del contrato que posee mayor interés conflictual en la aplicación de su Derecho<sup>42</sup>. 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 son variados<sup>43</sup>, 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 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 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 uno con otro, 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, la conexión de mercado supone la concreción de las

expectativas o previsibilidad de las partes en relación con el Derecho aplicable desde un *mercado de referencia*<sup>44</sup>.

La solución eficiente, 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 derivan<sup>45</sup>. Esta idea conduce a D. Gunst a proponer un cuadro de soluciones de ley aplicable que giran en torno al mercado de referencia del contrato<sup>46</sup>.

En atención al principio de previsibilidad de la solución de ley aplicable, y teniendo en cuenta 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, la operatividad de la regla exige la identificación de un mercado de referencia sobre cuyo Derecho pueda entenderse orientada la previsibilidad 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 razonable entender que el desplazamiento de las partes, o de cualquiera de ellas, a una institución de este tipo hace previsible la aplicación del Derecho de ese Estado<sup>47</sup>. En defecto de mercado organizado, 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<sup>48</sup>, casos en los que normalmente las normas llevan incorporada una finalidad de protección<sup>49</sup>. La aplicación en estos casos de la ley 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<sup>50</sup>. Al margen de estas situaciones puede resultar arduo, e incluso arbitrario, pretender averiguar un mercado de referencia. La conexión de mercado encuentra su campo más apropiado en el ámbito de la contratación en masa. Se puede comprender fácilmente que la conexión por referencia a un mercado no resulta ni apropiada, ni operativa, para la localización de los contratos de *joint venture*, afirmación que es posible extender sin dificultad al conjunto de los contratos de cooperación<sup>51</sup>. La presencia de determinadas circunstancias que suelen intervenir en estos contratos, resta provecho a la posibilidad de advertir grados diferentes de calculabilidad en torno al Derecho aplicable<sup>52</sup>.

La regla de mercado también puede ser entendida con un sentido distinto al que se acaba de exponer, donde el acento se sitúa en la capacidad del contrato de afectar a un medio socioeconómico o mercado estatal. Aunque ésta ha 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<sup>53</sup>. 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 amplio<sup>54</sup>. 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<sup>55</sup>.

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<sup>56</sup>, siendo preciso, por tanto, hallar criterios de conexión que expresen esa misma idea económica. Vienen ahora a escena dos criterios de conexión, que han de ser examinados a fin de verificar si permiten una distribución eficiente del coste de información del Derecho extranjero. En primer lugar, para la localización objetiva de los contratos de *joint venture* ha sido propuesto el criterio de la mayor responsabilidad y de la asunción del mayor riesgo en la operación (*Verantwortung und Risikoübernahme*)<sup>57</sup>. En caso de litigio —se afirma— este criterio conduciría a la aplicación de la ley del participante que posee el mayor interés económico en la *joint venture*<sup>58</sup>. Por la dificultad que puede suscitar determinar quién asume ese mayor riesgo, sobre todo en el caso de las *joint ventures* paritarias, L. Huber ha estimado que ese criterio únicamente debería ser tomado como pauta para la delimitación objetiva del Derecho aplicable, siendo conveniente que venga apoyado por la concurrencia de otras conexiones<sup>59</sup>. A nuestro modo de ver, el criterio de conexión basado en el distinto riesgo asumido por unos y otros participantes, no sirve, al menos no directamente, para conseguir una distribución eficiente del coste de información jurídico. Por una parte, 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, debiendo presumirse la existencia de un interés igual en la *joint venture*, incluso en presencia de desigualdad en la participación social, y de asunción de la gestión por uno de los participantes. Debe presumirse que el interés económico es idéntico en cada parte. Por otra, tampoco resulta legítimo otorgar relevancia conflictual al mayor riesgo asumido por un participante, equiparando dicho mayor riesgo con una mayor realización de inversiones específicas<sup>60</sup>. La admisión del criterio, interpretado de este modo, conllevaría una determinación de ley aplicable con arreglo a un análisis externo a la economía del contrato. Para aceptar esta tesis, habría que admitir que el socio que participa en la *joint venture*, por ejemplo, mediante la puesta a disposición de sus cadenas de distribución y venta ya montadas (inversión no específica), tiene menos interés en la aplicación de su propio Derecho que aquél que ha de construir una fábrica en un país en vías de desarrollo con determinadas características, que únicamente pueda ser utilizada para la producción de la *joint venture* (inversión específica). Cuestión distinta será que, en ocasiones, tras la existencia de mayores inversiones específicas quepa descubrir posiciones diferentes de las partes en la economía interna del contrato, pero entonces el distinto riesgo asumido no será el criterio empleado.

El segundo criterio toma en consideración la diversa complejidad jurídica de las prestaciones del contrato, y la distinta exigencia de regulación jurídica de unas y otras<sup>61</sup>. El parecer mayoritario estima a este criterio como fundamento válido, para justificar la mayor proximidad que incorpora el Derecho del prestador característico<sup>62</sup>. La explicación sería 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<sup>63</sup>. Desde la perspectiva de análisis económico que ahora interesa, tampoco resulta difícil considerar como solución eficiente a la consistente en aplicar la ley de aquella 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<sup>64</sup>.

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 regulación jurídica. En efecto, la aplicación de esta ley aparece en armonía, y coordina, con el criterio de distribución del riesgo basado en la capacidad de dominación concreta de cada participante. 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 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<sup>65</sup>, lo que otorga títulos de aplicación a la ley 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, ha de ser considerada como la más eficiente. En estos casos, en los que la aportación del participante local suele limitarse a una prestación dineraria o incluso, a pesar de incluir otras prestaciones, éstas son de carácter accesorio respecto a la prestación principal<sup>66</sup>, resulta razonable la aplicación de la ley del participante extranjero en defecto de elección. 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 obligación 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, siendo preciso acudir a 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 su aplicación deje de resultar razonable, y eficiente, a la luz de las circunstancias que rodeen al contrato de *joint venture* enjuiciado. Este desplazamiento podrá tener lugar, por ejemplo, en los supuestos de desvinculación entre el Derecho hallado y el participante en la operación *joint venture*. Concebido el problema de la conexión objetiva como una cuestión de costes de información jurídicos, el desplazamiento del Derecho del país de la parte que suministra el conjunto de prestaciones más complejas, procederá cuando corresponda con el país de una sede ficticia, no real, de la sociedad<sup>67</sup>. 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<sup>68</sup>. En estos supuestos, será preciso hacer recurso a otros criterios de conexión. Por el contrario, no creemos que el Derecho del prestador característico, entendido en sentido amplio, pueda ser desplazado en atención a circunstancias que determinen, en principio, una mayor dominabilidad del riesgo de aplicación del Derecho extranjero, como podría ser la desigual capacidad para actuar en el medio internacional de cada empresa, la frecuente maniobrabilidad en el ámbito del comercio internacional de una de ellas, o la ubicación de alguna de las sociedades del grupo en el país de la contraparte. El carácter externo a la economía del contrato de estas circunstancias, las hace inapropiadas para concederles relevancia conflictual.

### ***C. Relevancia del elemento cooperativo***

A pesar de los resultados satisfactorios que, se reconoce, proporciona 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-, un sector doctrinal mantiene que esta técnica debería ser descartada como principio básico para la construcción de soluciones en este ámbito de la contratación. La utilización de esa regla, se dice, supondría dejar de prestar consideración al elemento cooperativo, verdadero momento caracterizador y típico en los contratos de *joint venture*<sup>69</sup>. La tesis es defendida con base en 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, esa técnica se revela inapropiada como criterio de conexión, dada su incapacidad para proveer soluciones diferenciadas, capaces de considerar las circunstancias de los casos<sup>70</sup>. Esta diferenciación de soluciones sólo podría encontrar sede en el ámbito de una regla más flexible, como la de los vínculos más estrechos<sup>71</sup>; 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 accesorias las prestaciones singulares de los participantes respecto a esa finalidad u objetivo colectivo<sup>72</sup>; 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 debe ser atribuida a los aspectos societarios, no a los contractuales<sup>73</sup>. Sólo sería preciso acudir a otros criterios cuando estas soluciones no fueran practicables. Con arreglo a esta tesis, la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture* ha 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. La doctrina ha 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*)<sup>74</sup>. Sólo ante la insuficiencia o inoperatividad de tales criterios, habría que acudir, en el segundo tipo de situaciones, a otros elementos.

La tesis expuesta puede ser objeto de una primera valoración, en atención a la practicabilidad de las soluciones que propone. Los criterios de conexión mencionados únicamente son operativos en los acuerdos de *joint venture* que cumplan un doble requisito, a saber, que establezcan un marco de dirección o de gestión externa superpuesto al propio de la sociedad *joint venture*<sup>75</sup>, y que ese marco conduzca a la selección de un mismo y único Ordenamiento, lo que no ocurrirá siempre<sup>76</sup>. Pero mayor interés presenta la valoración del grado de proximidad que incorporan. 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 no puede sino recibir una valoración positiva. En efecto, aparte de su valor didáctico, tales soluciones procuran una conexión objetiva para los contratos de *joint venture*, derivada —se dice— de su función básica y, sobre todo, introducen un cúmulo de respuestas de fácil actuación, simplificando notablemente los problemas de ley aplicable que se suscitan en un sector de la contratación, 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. Desde la segunda perspectiva, se hace preciso analizar, y comparar, el vigor localizador del elemento cooperativo en los contratos de *joint venture*, tomando en cuenta 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 el rechazo de tales criterios por no constituir índices adecuados de proximidad para estos contratos, o 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 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 posibilidad de afirmar un único momento funcional para el contrato de *joint venture* desde el cual conducir, de modo necesario, el razonamiento conflictual, en todas las situaciones. La diversidad de pareceres sobre la cuestión constituye buena prueba de esta dificultad<sup>77</sup>. 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 aventurada cualquier propuesta que pretenda decretar, de una vez y para siempre, la parte o función principal del contrato<sup>78</sup>. En este punto podría sostenerse, sin temor a errar, que tales contratos incorporan, con intensidades variables, elementos del cambio y de la cooperación<sup>79</sup>, 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, y de la imposibilidad de establecer, con carácter general, un momento funcional único para estos contratos a través del cual haya de ser conducido 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 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.

Para atribuir una mayor relevancia conflictual a los criterios de conexión que derivan de la consideración del elemento cooperativo en los contratos de *joint venture*, antes hay que verificar que satisfacen, mejor que otros, las razones materiales a que responde la conexión objetiva en el Derecho internacional de contratos. En este segundo orden de ideas, 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 aperebirnos de este efecto, conviene dejar bien sentado que el empleo de criterios de conexión afines a los que emplea el DIPr. de sociedades, en nada cambia los intereses en escena que son determinantes de las soluciones de ley aplicable en el sector contractual. Partiendo de esta idea, no resulta difícil ilustrar algunas hipótesis de contratos de *joint venture*, donde las soluciones basadas en el momento cooperativo del contrato resultan muy poco convincentes. Estas deficiencias se revelan de forma patente 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 reuniones de dirección 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, más familiar y presumiblemente más conocido<sup>80</sup>. Por otra parte, ese mismo cuadro de soluciones abre la posibilidad de aplicar el Derecho de un tercer país<sup>81</sup>, solución que debería reservarse para casos de excepción, dada la mayor inconveniencia que genera la aplicación de un tercer Derecho respecto a la aplicación del Derecho de alguna de las partes<sup>82</sup>. 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), no debería bastar para determinar la aplicación de la ley de este participante cuando otros índices apunten hacia un Derecho distinto.

A la vista de sus resultados en estas situaciones, no resulta posible asignar un valor localizador superior, con carácter general, a las conexiones que derivan del elemento cooperativo del contrato. Sin embargo, queda aún por determinar el vigor localizador que ha de ser atribuido 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 realización del conjunto de prestaciones más complejo del contrato. Poco más arriba hemos puesto de relieve, que la aplicación de la ley del participante que realiza las prestaciones más complejas, como trasunto de la razón de ser de la regla de la prestación característica, proporciona soluciones de ley aplicable razonables en numerosos supuestos, habida cuenta que la mayor necesidad de consulta jurídica para el cumplimiento de estas prestaciones, se erige en buena razón material para distribuir el riesgo conflictual. Ahora bien, ¿ha de desplazar el Derecho del lugar de las reuniones habituales de los participantes, o la ley del país 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? Para evitar simplificaciones injustificadas a la hora de responder a esta cuestión, es preciso considerar de forma separada los diversos criterios que cabe asociar al momento cooperativo del contrato. No todos, como vamos a ver, tienen igual valor localizador, ni siempre el mismo<sup>83</sup>.

a) *Ley del lugar de las reuniones periódicas de los participantes*: piénsese en el caso de una *joint venture* constituida entre una sociedad española y una sociedad 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 cierto grado de institucionalización, a través de la previsión de reuniones periódicas 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 esos criterios de conexión, y ello en el entendido de que, básicamente, la determinación objetiva de ley aplicable puede ser reconducida a un problema de imputación de costes de información jurídicos. En 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 para el cumplimiento de sus prestaciones, cumpliendo de modo mejor la tarea que el análisis económico encomienda al DIPr. 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 con la mayor o menor necesidad de consulta jurídica<sup>84</sup>.

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 del que trae causa la regla establecida por el art. 4.2 CR<sup>85</sup>. Aunque la solución propuesta exige una valoración de las circunstancias del caso, con la consiguiente merma en la certeza de la respuesta jurídica<sup>86</sup>, las exigencias de la previsibilidad quedan satisfechas de forma más adecuada si en defecto de prestación abstractamente típica se aplica un Derecho que responda a un fundamento tan razonable como el propio de la regla de la prestación característica. Averiguadas las razones que fundan la mayor proximidad del Derecho del prestador característico, la doctrina 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<sup>87</sup>. Estas consideraciones no suponen que se niegue la posibilidad de atribuir vigor localizador al criterio de conexión que se analiza, siempre que la distribución del riesgo conflictual no pueda llevarse a cabo a través del examen del contenido del contrato. En estos casos, la aplicación del Derecho del país de las reuniones periódicas de los participantes debería venir avalada por la concurrencia de una especial previsibilidad de las partes en torno a la aplicación de ese Derecho, por ejemplo, a través de la realización en ese país de tareas importantes para la *joint venture*. Su utilización deberá ser descartada, sin embargo, cuando el Derecho hallado aparezca como puramente fortuito.

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 tareas de gestión, bien de carácter meramente interno, o bien también de cara a terceros<sup>88</sup>, merece una reflexión distinta a la que se acaba de efectuar. El participante en cuestión asume una prestación especial, pudiendo fundarse la aplicación del Derecho del país de su sede en un fundamento de proximidad cercano al de la regla de la prestación característica<sup>89</sup>. En la orientación que sigue nuestro trabajo, la

correspondencia de este criterio de conexión con la vertiente interna del contrato, determina la posibilidad de efectuar desde el mismo, según los casos, una distribución eficiente de los costes de información jurídicos. La ley del gestor puede adquirir títulos de aplicación, por ejemplo, cuando no resulte posible advertir una diferencia sustancial entre el conjunto de prestaciones asumido por unos y otros participantes. En esta situación, la *aportación de gestión* podría ser entendida como elemento añadido, o cualificado, respecto al resto de prestaciones<sup>90</sup>. La valoración del vigor localizador del criterio de conexión que se analiza reviste mayor dificultad cuando el participante no gestor asume el conjunto de prestaciones más complejas del contrato. Como hemos visto, esta cuestión resulta controvertida en la doctrina que, sin embargo, como línea común, afirma la posibilidad atribuir carácter privilegiado, en todos los casos, a uno y a otro tipo de conexiones. En la perspectiva que sigue este trabajo, una vez descubierto que uno y otro tipo de prestaciones (materiales y de gestión) pueden servir a la finalidad de la 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 que aquella solución no será expresión de la verdadera dinámica interna del contrato, con el peligro de determinar el Derecho aplicable desde un hecho casual, que poco tenga que ver con la posición que cada participante asume en el contrato de *joint venture*<sup>91</sup>. Por ello, la debida consideración de la inopinada realidad que revela este sector de la 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 unos y otros. 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. Cuando no sea fácil decidir el modo de resolver la imputación del coste de información jurídico a la vista de la consideración de la vertiente interna del contrato, será preciso 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<sup>92</sup>.

Conforme a estas consideraciones, no es posible asignar a las conexiones que tienen que ver con el elemento cooperativo del contrato de *joint venture* más que un valor localizador relativo y condicionado. 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 la medida que conecta con la vertiente interna del contrato. Esta conexión será operativa, especialmente, cuando las funciones de gestión sean importantes y, a la vez, exista una sustancial paridad entre las prestaciones materiales de los participantes. 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 no cabrá atribuir a este criterio más que una potencia

localizadora menor apareciendo, más bien, como criterio de refuerzo para determinar la aplicación de la ley 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<sup>93</sup>. No obstante, la aplicación de un Derecho ajeno al de los participantes se justificará, sobre todo, cuando el número de ellos sea elevado.

### 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 CR ordena la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato, sin no obstante ofrecer pautas expresas que permitan concretar esta regla<sup>94</sup>. No obstante, tal y como se ha podido colegir del contenido y sistemática del Convenio, 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<sup>95</sup>. 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<sup>96</sup>. Por otra parte, la sistemática del convenio confina el círculo hermenéutico en que debe desplegarse esa operación intelectual, en el que 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 en la selección de la ley aplicable a la consideración de la particular estructura del contrato y a la relación entre las partes<sup>97</sup>.

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 CR 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<sup>98</sup>. Para proseguir el trabajo, resulta ineludible descubrir esos principios y finalidades, al objeto de orientar hacia ellos la textura abierta de la regla de los vínculos más estrechos.

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 con base en criterios de eficiencia, de previsibilidad y de conveniencia para las partes<sup>99</sup>. En vista de esta finalidad, una mera localización geográfica del contrato, mediante la suma de las conexiones con los distintos países, no resulta la solución más adecuada<sup>100</sup>. Al contrario, es preciso determinar, el modo en que las distintas conexiones traducen la mayor conveniencia y previsibilidad de las partes respecto a la aplicación de un Derecho estatal. En esta óptica, aparece clara la máxima conveniencia para las partes que representa la aplicación de su ley común<sup>101</sup>. Si ninguno de los

países muestra interés en la aplicación de su estándar de justicia, la ley aplicable al contrato debe ser la común a las partes del contrato. Y en defecto de ley común, la ley de la sede de alguna de ellas será, en principio, más conveniente en relación con la alternativa consistente en la aplicación de un tercer Derecho<sup>102</sup>, solución que exigiría justificaciones adicionales al gravar a todas las partes del contrato con la necesidad de informarse sobre un Derecho extranjero<sup>103</sup>. Por ello, la presencia de índices favorables a la aplicación del Derecho de una de las partes debe determinar, como solución preferible en principio, la aplicación de 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 costes de información jurídicos. Se consigue, de este modo, la aplicación de un Derecho eficiente 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. 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 prestaciones más complejas del contrato), no supone que la conexión objetiva deba renunciar a su misión de producir previsibilidad en torno a 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 intereses en presencia<sup>104</sup>. 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<sup>105</sup>. Se trata así de aplicar el Derecho más esperado por las partes, 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*)<sup>106</sup>. 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 ser determinado 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<sup>107</sup>. En suma, la 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 puedan ser inferidas, 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<sup>108</sup>. El CR 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<sup>109</sup>. Frente a este planteamiento general, un autorizado sector de la doctrina europea afirma la posibilidad de arbitrar vías metodológicas, que podrían suponer cierta erosión del 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<sup>110</sup>. Interesa ahora valorar si un planteamiento de este tipo puede tener cabida en la regla de los vínculos más estrechos que establece el CR.

Para resolver esta cuestión conviene distinguir dos aspectos. De un lado, resulta claro que el modelo de determinación objetiva de la ley aplicable que establece el CR, a través de la regla de los vínculos más estrechos, excluye la consulta de las normas materiales de los Derechos en presencia. Ahora bien, el método localizador adoptado no excluye la posibilidad de introducir, entre las valoraciones tendentes a la determinación de la ley aplicable, juicios de aquel carácter, en la medida en que puedan traducir expectativas objetivas de las partes. Si la averiguación de la ley más estrechamente vinculada ha de ser orientada a las expectativas objetivas de las partes, no ha de existir inconveniente en prestar consideración a una expectativa de las partes en relación con el Derecho aplicable. Estas afirmaciones pueden resultar de especial relevancia en los contratos de *joint venture*. Por ejemplo, sería posible contar con la existencia de una expectativa subjetiva de las partes, pero objetivable, dirigida a marginar, por inapropiado, a un determinado Derecho<sup>111</sup>. Por otra parte, cuando de la referencia del contrato a términos específicos no quepa determinar la existencia de elección tácita de ley aplicable, de la regulación especial que de una relación contractual disponga un ordenamiento cabría también inferir una especial vinculación del contrato con esta ley<sup>112</sup>. Al margen de estas posibilidades, resulta difícil afirmar que, en el CR, la selección del Derecho más próximo pueda ser conducida a través de un examen del contenido material de los derechos en presencia, en busca de una regulación *más apropiada* para el contrato<sup>113</sup>, ni siquiera en los supuestos de laguna de regulación en el Derecho hallado<sup>114</sup>. Una problemática parecida suscita la posibilidad de orientar la regla de los vínculos más estrechos hacia la selección de la ley que otorga validez al contrato<sup>115</sup>, lo que puede tener especial trascendencia en los contratos de *joint venture*, toda vez que de la ley aplicable puede depender, en muchas ocasiones, la validez de la operación, o de alguna de sus partes. Con el parecer doctrinal mayoritario, no cabe admitir la existencia de una orientación material de la regla de los vínculos más estrechos en favor de una eventual *lex validitatis*, subsanadora del negocio inválido<sup>116</sup>. En favor de esta solución, cabe recordar que el CR sigue esa orientación material únicamente en supuestos muy concretos<sup>117</sup>, siendo preciso dar un alcance estricto a la excepción<sup>118</sup>.

### **C. 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*. 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 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. La introducción de seguridad jurídica 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. Con estos datos, el reto para el intérprete ha de consistir en la elaboración, de un esquema de soluciones de ley aplicable en el que, combinando y valorando el grado de proximidad que incorporan, en distintas situaciones, 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. A continuación examinaremos el 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 CR 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*<sup>119</sup>. La nacionalidad o sede común de aquéllos en la *joint venture* no veda la posibilidad de apreciar la internacionalidad del contrato, que puede derivar, por ejemplo, de la localización de la sociedad *joint venture* en un país tercero<sup>120</sup>. 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. Ahora bien, cuando esta regla de conexión deja de responder a su fundamento, no existe motivo para mantenerla, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando la nacionalidad o sede de la sociedad participante no traduzca la existencia de una vinculación efectiva con ese país (sociedades *off shore*), y responda a razones de otro tipo (*ad. ex.* motivos relacionados con una menor exigencia del Derecho de sociedades o motivos de orden fiscal). En estas situaciones, será difícil considerar al Derecho de la nacionalidad o sede común como el más próximo, en el sentido de más familiar, conveniente y conocido por una de las partes (*Umweltrecht*)<sup>121</sup>. La quiebra de la presunción favorable a la ley del país de la sede común, determina la necesidad de averiguar el Derecho aplicable al contrato mediante el recurso a otros criterios<sup>122</sup>. Este mismo razonamiento abre la posibilidad de considerar como Derecho más vinculado al del 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, la determinación del Derecho aplicable ha de discurrir 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 en torno a 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 diversos países. 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 <sup>123</sup>.

#### A. Posibles fundamentos del criterio

El hecho de que quepa atribuir un valor localizador alto, en general, a este criterio de conexión, no exime de la necesidad de identificar las razones de orden material que justifican ese vigor localizador. Sólo de este modo, por otro lado, será posible identificar las situaciones en que, por dejar de atender a las razones que determinan esa mayor proximidad, el criterio ha de ser desplazado en favor 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 con 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 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 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; 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 aquella 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 términos 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 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* <sup>124</sup>.

Por otra parte, se afirma que la coincidencia de la sede de un participante con la sede de la sociedad *joint venture* determina una *agrupación de contactos* susceptible de generar una mayor previsibilidad de las partes orientada a la aplicación de este Derecho<sup>125</sup>. 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<sup>126</sup>.

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<sup>127</sup>. Ahora bien, ¿cómo ha de valorarse este criterio de conexión a la vista de la relegación general de que ha sido objeto y, especialmente, en el CR? ¿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 relegar este criterio, revela la conveniencia de mantenerlo y de erigirlo en índice de conexión especialmente apropiado para algunos contratos de *joint venture*. En efecto, se reprocha a este criterio que, en los contratos sinalagmáticos, conduce a un fraccionamiento de la ley aplicable que es difícil de admitir<sup>128</sup>. 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 en 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. Por ello resulta lícito, y 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<sup>129</sup>.

La aplicación al contrato de *joint venture* del Derecho del país de la sede del participante 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.

## **B. Límites a su operatividad**

La operatividad de esta conexión queda limitada, obviamente, a las situaciones en 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 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 incorpora 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. El país de la sede de esa sociedad se erige así en único lugar de ejecución del contrato, lo que debe dificultar la posibilidad de desplazar a este Derecho dada la especial proximidad que incorpora<sup>130</sup>. No obstante, también puede suceder que el contrato de *joint venture* tenga por objeto una operación de mayor alcance, donde las obligaciones de los participantes deban desarrollarse en distintos países<sup>131</sup>. Podría pensarse, por ejemplo, en una fijación de la sede de la sociedad conjunta por razones comerciales o fiscales. Cuando la *joint venture* no ciñe su ámbito de actuación al país de la sede de la sociedad común y, al contrario, las actividades de ejecución del contrato tienen lugar en varios países, la inconveniencia de proceder a un fraccionamiento del contrato debe conducir a conceder menor vigor localizador a este criterio. En esos casos, la aplicación del Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* sólo podrá mantenerse cuando no existan índices de previsibilidad que indiquen hacia otro Derecho.

Aun cuando sea practicable, el criterio de conexión que se analiza reduce su eficacia localizadora cuando el número de participantes de procedencia extranjera en relación con el país de la sede de la sociedad común es 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 conjunto de las prestaciones más complejas de la operación<sup>132</sup>. En estos casos pierde también valor el criterio que da preferencia en la selección del Derecho aplicable al Ordenamiento del país de uno de los participantes<sup>133</sup>, por lo que no podría descartarse la aplicación de un tercer Derecho. Cuando los socios proceden de muy distintos países, deberá aplicarse la ley de la sede de la sociedad común, a título de ley del lugar de ejecución del contrato<sup>134</sup>.

### ***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 la duda de si no debería comportar la postergación de la ley hallada a través del examen de las prestaciones más complejas del contrato<sup>135</sup>. Es preciso advertir las trascendentales implicaciones prácticas de esta cuestión, dada la enorme frecuencia de los supuestos en los que puede plantearse. Suelen ser harto habituales los supuestos de *joint ventures* donde 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<sup>136</sup>, en absoluto comparables con las del participante extranjero, que proporciona las prestaciones fundamentales para la realización del proyecto (*ad. ex.* cesión del uso de la marca y del *know-how* necesario, así como todos los medios financieros necesarios para la construcción y equipamiento de las instalaciones).

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 en torno a la aplicación de ese Derecho. Ahora bien, se trata de un criterio 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<sup>137</sup>. En la perspectiva que sigue 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, apareciendo como solución más eficiente para la economía global de la operación. Por otro lado, esta solución conecta con el criterio seguido por el CR cuando privilegia, con carácter general, a las conexiones que derivan de la dinámica interna del contrato frente a las conexiones de carácter externo<sup>138</sup>.

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

Ante la impracticabilidad de los criterios anteriores (*ad. ex.* los participantes asumen prestaciones equivalentes en complejidad, y el contrato no es ejecutado únicamente en el país de la sede de la sociedad *joint venture*, sino en varios países), será preciso acudir a otros índices que permitan establecer la mayor previsibilidad de los participantes en torno a la aplicación de alguno de los Derechos en presencia. Como dijimos, sólomente en los casos en que el número de participantes es elevado queda más justificada la aplicación de un Derecho distinto al del país 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 de este 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.

##### **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 a los contratos de *joint venture*. No obstante, ello no significa que tales criterios no puedan proporcionar útiles elementos de conexión en dependencia de las variables circunstancias de los casos. 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<sup>139</sup>, el Derecho de la sede de este socio posee buenos títulos de aplicación, sobre todo en caso de equivalencia entre las prestaciones de los participantes<sup>140</sup>. 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.

De este modo de proceder es ilustrativa la Sentencia del Tribunal de La Haya (*Hof den Haag*) de 24 de abril de 1986<sup>141</sup>, cuyos hechos pasamos a exponer. En 1977 la sociedad demandada (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 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. 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 surgidas, 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. 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 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, lugar de la sede de la sociedad conjunta. 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.

El criterio de conexión por referencia a la ley del participante gestor resulta impracticable cuando todos los socios asumen labores de dirección y gestión del acuerdo base, así como de vigilancia de la ejecución 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 cuando participan una pluralidad de socios, casos en que, a la vista de las circunstancias, podría ser admitido. De otro lado, la operatividad intrínseca de este criterio resulta limitada desde la consideración del elemento espacial y temporal que incorpora. En relación con el 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 teléfono, fax, 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). 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 participantes 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 Ordenamiento, 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 acudir a otros criterios como, por ejemplo, el lugar de la negociación y de la conclusión del contrato.

### **B. Lugar de negociación y de celebración del contrato**

En la actualidad suele negarse la virtud localizadora de los criterios de conexión basados en el lugar de negociación y de 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<sup>142</sup>. De ahí que el CR no contemple este criterio de forma general<sup>143</sup>. No obstante, como se dijo, los puntos de conexión no incorporan 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 llegar a ser observados 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<sup>144</sup>. 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 en torno a la aplicación de ese Derecho. De otro lado, 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 distinto al de las partes del contrato. En todo caso, el criterio podrá ofrecer elementos de refuerzo en favor de la aplicación de la ley de uno de los participantes<sup>145</sup>.

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

Con base en la clasificación de carácter económico y funcional que distingue entre *joint ventures* horizontales, verticales y conglomerado, cierta doctrina ha indicado la posibilidad de extraer criterios de conexión adicionales, de utilidad para la concreción de la regla de los vínculos más estrechos en los contratos de *joint venture*<sup>146</sup>. Así, 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 el 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<sup>147</sup>.

La valoración de este criterio de conexión merece las siguientes consideraciones. En muchas ocasiones una estructura funcional de la *joint venture* del tipo descrito, 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 motivada, únicamente, 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*<sup>148</sup>. Solución que es perfectamente compatible con los postulados de análisis económico que seguimos en este trabajo. Sin embargo, cuando esa dependencia no se traduce en la atribución a una de las sociedades de prestaciones destacables, a nuestro juicio no será posible utilizar el criterio. Cuando la estructura funcional de la *joint venture* no sea expresión de una desigualdad manifiesta en la complejidad de las prestaciones, no nos parece posible 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 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. A nuestro modo de ver, la determinación objetiva de la ley aplicable al contrato de *joint venture* no debería depender de la función que cada sociedad participante asigne a la sociedad *joint venture*.

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 al criterio de forma aislada, no pudiendo predicarse una auténtica autonomía del mismo. 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 que el riesgo financiero mayor se corresponda también con la realización del conjunto de prestaciones más complejas. En la medida en que no constituya expresión de una desigualdad contractual entre los participantes, no creemos que este criterio deba actuar de forma autónoma, dado su carácter externo a la economía del contrato.

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

### **A. ¿Fraccionamiento del contrato?**

Los criterios de conexión que han sido examinados hasta ahora deben conducir a soluciones satisfactorias en los casos más frecuentes de contratos de *joint venture*. No obstante, pueden darse supuestos 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. 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 a alguno de los Ordenamientos en presencia, para la localización objetiva de estos contratos podría parecer razonable el recurso a la técnica del fraccionamiento, determinando la ley aplicable, de forma separada, para cada parte del contrato de *joint venture*. La necesidad de proceder a un fraccionamiento del contrato de este tipo encuentra fundamento

en la imposibilidad de proporcionar una justificación material a la aplicación del Derecho de una de las partes<sup>149</sup>. Con la mejor doctrina, sin embargo, la posibilidad del fraccionamiento objetivo del contrato que habilita el CR presupone la existencia de una ley aplicable al todo. Esta perspectiva, por otra parte, no es ajena a las dificultades que entraña *partir* el contrato de *joint venture*, a efectos de proceder a una determinación separada de ley aplicable, parte por parte.

### **B. *¿Aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos en presencia y adaptación?***

Aunque desconocida en el ámbito de las jurisdicciones estatales, la práctica arbitral ha venido reiterando una solución de ley aplicable consistente en la aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos en presencia<sup>150</sup>. 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<sup>151</sup>. 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*<sup>152</sup>, en las instancias jurisdiccionales estatales no resulta 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 en escena. 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 Derechos sobre el resto<sup>153</sup>. 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<sup>154</sup>.

### **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. Para estas situaciones se ha propuesto, como conexión de cierre, la aplicación de la ley de la sede de la sociedad *joint venture*, a título de ley más previsible para las partes<sup>155</sup>. 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 alta, en las situaciones típicas. Normalmente es en este lugar donde se

organiza la explotación conjunta de la actividad, llevándose a cabo el objetivo de la cooperación<sup>156</sup>. 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 ese país. Para su aplicación no sería inconveniente que la sociedad *joint venture* aún no haya sido constituida, 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<sup>157</sup>. Aunque con cierto escepticismo, esta era también la solución acogida por K. Zweigert y B. von Hoffmann<sup>158</sup> para aquellos casos de *joint ventures* 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 las 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 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<sup>159</sup>. 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 poseer valor otros criterios de conexión no específicos para los contratos de *joint venture*.

## 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 con el 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, el 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<sup>160</sup>, su valor localizador en relación con 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, podrían servir como indicio de que se aplica el Derecho de esta autoridad<sup>161</sup>. 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<sup>162</sup>.

#### IV. FRACCIONAMIENTO *VERSUS* UNIDAD DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LA *EQUITY JOINT VENTURE*

La presencia en la *equity joint venture* de una pluralidad de contratos independientes — acuerdo base, contratos satélites— no 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 de leyes diferentes para los contratos satélites <sup>163</sup>, planteamos ahora la facultad de que dispone el juez o el árbitro de fraccionar, de forma objetiva, el nivel de regulación contractual de la *joint venture*, dando lugar a la aplicación de una pluralidad de leyes. Para valorar esta posibilidad, 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 virtualidad técnica del fraccionamiento no resulta difícil de instalar en las soluciones flexibles que incorpora el CR. En relación con esta temática, en la actualidad cabe advertir 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. Objetivo de estas páginas será desbrozar si, y en qué medida, esas afirmaciones de carácter general deben encontrar predicamento en el nivel de regulación contractual de la *joint venture*.

La posibilidad de someter a un régimen jurídico homogéneo el nivel contractual de la *joint venture* en defecto de elección de ley, es cuestión que ha de ser afrontada desde dos perspectivas distintas. De un lado, el tema surge en el ámbito estricto del contrato de *joint venture*, habida cuenta que su carácter complejo, y la variada gama de regulaciones que incorpora a su contenido, pueden legitimar un fraccionamiento objetivo de este contrato, tratándose en esta situación de un verdadero *dépeçage*; de otro, 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 <sup>164</sup>. Aunque las técnicas que conducen a la unidad de régimen jurídico en uno y otro caso son diametralmente diferentes <sup>165</sup>, la necesidad de dar un adecuado tratamiento a ambas situaciones, y la coincidencia esencial en el análisis de los intereses en presencia, deben determinar soluciones similares en uno y otro caso, es decir, los criterios que sean determinantes de un fraccionamiento objetivo del contrato de *joint venture* no deben resultar lejanos a los que conduzcan a la adopción de regulaciones separadas para los diferentes contratos satélites. De ahí que resulte conveniente examinar el tema de la homogeneidad o heterogeneidad del régimen jurídico de la *joint venture*, de forma conjunta para ambas situaciones <sup>166</sup>.

##### 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 vinculados en una operación compleja, y destinada a un objetivo económico unitario, ha suscitado tradicionalmente recelos en la doctrina que, por el contrario, se ha mostrado proclive a la articulación de mecanismos que permitan someter el conjunto contractual a un régimen jurídico homogéneo <sup>167</sup>. Por sus especiales características, la homogeneidad de régimen jurídico ha sido defendida como única alternativa de regulación válida para los llamados *contratos*

*complejos de larga duración*<sup>168</sup>, entre los que se inserta el nivel de regulación contractual de la *joint venture*. La conveniencia de la unidad de régimen se mantiene tanto desde una perspectiva general, como de otra particular específica de estos contratos. En 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<sup>169</sup>. En la segunda, se insiste en que un estatuto contractual unitario responde mejor a las expectativas y a los intereses de las partes en los contratos complejos de larga duración. La dependencia económica del conjunto obligacional, y la necesaria colaboración entre las partes que exige el funcionamiento de los contratos de larga duración, determinarían la conveniencia de arbitrar un único sistema de referencia para el conjunto contractual, modo en que se da respuesta adecuada a las exigencias de la previsibilidad y de la seguridad jurídica. Insistir en una localización separada de los diferentes acuerdos, podría situar en serio aprieto la consecución del objetivo perseguido. En esta perspectiva, un autorizado sector doctrinal defiende la conveniencia de actuar una conexión accesoria<sup>170</sup>, 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 en el inciso primero del artículo 4.5, ya ha sido afirmada<sup>171</sup>. Por otra parte, también ha sido sugerida la posibilidad de alcanzar el régimen jurídico unitario de la operación, considerando la existencia de elección tácita de ley aplicable, cauce que podría conducir a idéntico resultado que la conexión accesoria<sup>172</sup>.

Con todo, desde la perspectiva de la práctica concreta del comercio internacional, la operatividad de una conexión accesoria para los contratos complejos de larga duración no ha dejado de suscitar bastantes recelos, tal y como se evidenció en el Coloquio sobre Tecnología y Derecho celebrado en Heidelberg en 1986, en el que, a la postre, la tesis de la conexión accesoria, mantenida por E. Jayme, no resultó avalada por un nutrido grupo de ponentes. Frente a la afirmación de una operatividad general para la conexión accesoria, pronto fueron reveladas 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 será realizada. Esta designación forzada del Derecho aplicable se mostraría poco apropiada 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 puede englobar 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 cada una de las partes en el contrato<sup>173</sup>.

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

Del debate ocasionado sobre este tema, a nuestro juicio conviene subrayar varias ideas. Parece claro, en primer término, que el interés a tener en cuenta a la hora de actuar estas

posibilidades de regulación (homogeneidad/heterogeneidad del régimen jurídico) es única y exclusivamente el de las partes, intereses que deberán servir como única guía para orientar la tarea del intérprete<sup>174</sup>. Planteado como un problema de valoración de los intereses de las partes, convendría advertir sobre dos elementos que pueden incidir sobre el examen. De un lado, se ha afirmado que la unidad de régimen jurídico garantiza la calculabilidad del resultado material, lo que responde a los intereses de las partes. Según esta idea, la seguridad material sólo quedaría plenamente garantizada cuando los participantes pueden prever qué obligaciones concretas tienen que cumplir, y a qué exigencias se les puede someter, de lo cual cabría inferir un interés abstracto de las partes favorable a la unidad de régimen jurídico<sup>175</sup>. De otro, la conexión accesoria podría coadyuvar a otorgar relevancia a las expectativas de DIPr. de las partes, cuando éstas no cuenten con la aplicación de varios Derechos, a pesar de que la remisión de la norma de conflicto conduce a este resultado formal<sup>176</sup>. A la luz de esta doble idea, cabría mantener el carácter restrictivo con el que ha de ser acordado todo fraccionamiento que no conjure los peligros de lagunas de regulación (*Normenmangel*) o de acumulación de normas (*Normenhäufung*), dada la merma de seguridad jurídica que producen.

Este planteamiento, sin embargo, no puede conducir a 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 esos *riesgos* no ha impedido al legislador convencional contemplar, con gran amplitud, la posibilidad del fraccionamiento voluntario del contrato. Se hace preciso, por ello, convenir en el escaso sentido de un análisis de intereses realizado en abstracto, o al menos de una forma tan abstracta como la propuesta por algunos autores, toda vez que la realidad, y lo 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. A efectos de la investigación, no sólo posee interés la descripción de los intereses en presencia, sino también, y especialmente, la identificación de las circunstancias de las que cabe inferir la existencia de unos u otros, y su distinta ponderación<sup>177</sup>.

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

Para valorar las posibilidades de fraccionamiento objetivo en las operaciones de *joint venture*, es preciso partir de la peculiaridad de las relaciones que instaura la *joint venture* entre los participantes. En efecto, la *joint venture* genera entre ellos una relación de cooperación dentro de la cual, sin embargo, las relaciones concretas manifiestan diferentes grados de vinculación con la unidad funcional de la operación<sup>178</sup>. Partiendo de esta idea, las diferentes situaciones contractuales 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 entre unos y otros contratos. Por ejemplo, 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 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 dicha conexión accesoria. Tampoco parece apropiado someter a la ley que sea de aplicación 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, ni aquéllos 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, sin perjuicio de que intervenga en ellos cierto trato de favor en razón de la cooperación establecida. 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 art. 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<sup>179</sup>. En relación con el resto de contratos satélites, para decidir sobre la actuación de la conexión accesoria habrá que ponderar los inconvenientes de fricciones y desajustes en la regulación material, con el examen de las expectativas objetivas de las partes en torno al Derecho aplicable. En muchas ocasiones, será posible el funcionamiento económico por separado de diferentes partes del contrato de *joint venture*, y de los diferentes contratos satélites (*ad. ex.* contratos de préstamo, contratos sobre propiedad industrial, o prestaciones de este carácter incorporadas al acuerdo de base). En estos casos, parece razonable mantener que la mayor entidad, o la autonomía económica, de un conjunto de prestaciones, se corresponderá con una expectativa mayor favorable a la aplicación del Derecho de la sede de su prestador a esas obligaciones, sobre todo cuando para la selección del Derecho aplicable al contrato de *joint venture* haya sido determinante la identificación de un conjunto de prestaciones más complejas en uno de los otros participantes.

## CAPÍTULO QUINTO

### **DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON ESTRUCTURACIÓN EXTERNA**

## I. INTRODUCCIÓN

La imposibilidad de descartar una estructuración externa del acuerdo base de *joint venture*, hace obligado analizar el tratamiento que merece esa situación en DIPr. De acuerdo con la interpretación que mantenemos para el apartado 1.2 e) CR, del ámbito de la norma de conflicto en materia de personas jurídicas (art. 9.11 Cc) hay que excluir todos aquellos aspectos contractuales, de relevancia puramente interna, cuya regulación no afecta al tráfico jurídico ni a la posición del tercero, lo que determina que su régimen no escape a las soluciones uniformes del CR<sup>1</sup>. A la vista de la escisión básica entre relaciones con relevancia externa y relaciones internas, la determinación del régimen jurídico del acuerdo base de *joint venture* con estructuración externa habrá de ser completada, 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 CR.

## II. REGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON ESTRUCTURACIÓN EXTERNA

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

El precepto básico en nuestro sistema de DIPr. para la determinación de la ley aplicable a las personas jurídicas es el art. 9.11 Cc, que adopta como punto de conexión el criterio de la *nacionalidad*<sup>2</sup>. Sin embargo, dicha disposición no establece los criterios atributivos de esta cualidad jurídica<sup>3</sup>, que han de ser averiguados, por tanto, en otras normas. En nuestro Ordenamiento jurídico no existe un único sistema de atribución de nacionalidad a las sociedades. Junto a las soluciones especiales establecidas al efecto por los artículos 5 LSA y 6 LSRL, para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente, hoy existe cierto consenso en afirmar que el régimen general de atribución de la nacionalidad española a las personas jurídicas es el establecido por el artículo 28 Cc<sup>4</sup>. Dicha norma ha originado interpretaciones encontradas, sosteniéndose básicamente dos posibilidades para la atribución de la nacionalidad española a las personas jurídicas<sup>5</sup>: bien el criterio de la domiciliación en España de la persona jurídica<sup>6</sup>, 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<sup>7</sup>, tesis que ha recibido confirmación por parte de la jurisprudencia de la DGRN<sup>8</sup>, afirmándose por la doctrina su mayor conformidad con la letra del artículo 28 Cc. De seguirse la interpretación propuesta por el centro directivo, sólo ostentarán nacionalidad española las personas jurídicas *constituidas conforme a la ley española y domiciliadas en España*. En consideración a este criterio dual, J. Girón Tena ha descifrado del modo siguiente el núcleo central inequívoco del precepto<sup>9</sup>: *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*<sup>10</sup>.

El sistema español únicamente indica cuándo una persona jurídica posee nacionalidad española, sin que se establezca cuál ha de ser la nacionalidad (el estatuto personal) de las personas jurídicas extranjeras. Esta regulación, en cierto sentido, resulta congruente con la carga ideológica que trae consigo la selección de un criterio de conexión, como la nacionalidad, de marcado carácter político. De modo análogo a como opera el criterio cuando se predica de personas físicas, para determinar el estatuto de las personas jurídicas extranjeras nuestro ordenamiento parece decantarse por una calificación *lege causae* del punto de conexión, debiendo estarse a los criterios propuestos por la correspondiente *lex societatis*<sup>11</sup>.

## **2. Necesidad de una modulación del criterio para su aplicación a los fenómenos societarios más simples**

El criterio del domicilio-constitución, como determinante de la nacionalidad española de las sociedades, no resulta practicable, en sus términos estrictos, para determinar el estatuto personal de los entes sociales más simples, en cuya constitución no son precisas exigencias especiales de forma. En concreto, el *criterio de la constitución* no permite concretar la *nacionalidad* de las sociedades más simples<sup>12</sup>, entre las que se cuenta el acuerdo base de *joint venture* estructurado para tener relaciones externas: 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<sup>13</sup>, el criterio no resulta practicable toda vez que este componente registral no es requerido; por otra parte, en sí, del contrato social resulta difícil 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 cabe excluir una constitución también válida conforme a otros sistemas. Difícilmente cabrá 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<sup>14</sup>. En términos estrictos, pues, el criterio empleado para la determinación del estatuto de la sociedad se presta con dificultad para servir en estos casos, sin que, por otra parte, para mitigar esta impracticabilidad nuestro ordenamiento arbitre criterios de conexión subsidiarios<sup>15</sup>.

La impracticabilidad del criterio de la constitución en relación con el acuerdo base de *joint venture*, plantea al intérprete la disyuntiva entre ignorar, simplemente, el inciso segundo del criterio dual, para considerar únicamente la domiciliación española de la sociedad, o modular el requisito de la constitución, teniendo en cuenta sus ideas de base, acomodándolo a la peculiaridad de este tipo de sociedades. Sin perjuicio de que, para estos supuestos difíciles, podría haberse descartado el recurso al criterio de la constitución<sup>16</sup>, a nuestro modo de ver no se respeta el plan establecido por el legislador si se prescinde, sin más, de ese elemento, sin antes indagar en el sentido o fundamento de la exigencia de constitución conforme a nuestro ordenamiento, a fin de apreciar si, en otra de sus manifestaciones, resulta practicable en relación con estas sociedades. En esta perspectiva, la asimilación fundamental entre el criterio

de la constitución y el de la voluntad de sometimiento a un concreto ordenamiento jurídico<sup>17</sup>, autoriza la siguiente propuesta de interpretación del requisito de constitución conforme a la ley española que exige el art. 28 Cc: *sólo quedará determinada la nacionalidad española del acuerdo base de joint venture con estructuración externa, 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*. Determinada la aplicación de la ley española al contrato de *joint venture*, la atribución de esa nacionalidad dependerá aún 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<sup>18</sup>.

Conforme al sistema descrito, la mera designación de la ley española como aplicable al contrato no bastará para atribuir nacionalidad española a la sociedad, siendo preciso que esa designación venga acompañada de una domiciliación en nuestro país. Ahora bien, salvo prueba en contrario, una fijación contractual del domicilio de la sociedad en España servirá para acreditar esa domiciliación. El sistema de atribución de nacionalidad española que establece el art. 28 Cc, en la interpretación que aquí mantenemos para la atribución de nacionalidad española a las *sociedades simples*, no resulta operativo cuando el contrato de sociedad no contiene una elección expresa de ley aplicable. En estas situaciones, a nuestro modo de ver, aún cabrá atribuir nacionalidad española a la sociedad cuando la determinación objetiva de ley aplicable para este contrato conduzca a la selección de la ley española<sup>19</sup>. La idea de aplicar para esta finalidad, mediante el recurso a la analogía, las conexiones objetivas del Derecho internacional de contratos, encuentra una sólida justificación en la libertad de que gozan las partes, en el sistema de atribución de nacionalidad española que se ha descrito, para decidir si la sociedad será o no española. En ausencia de otros intereses, parece más que razonable orientar las soluciones de ley aplicable hacia el interés y hacia la previsibilidad de las partes<sup>20</sup>. Aunque la conexión objetiva no constituye una voluntad hipotética o presunta de las partes, su actuación conducirá a la aplicación de la ley más estrechamente vinculada, y más conveniente para las partes. En la práctica, en muchas ocasiones la conexión objetiva (la regla de los vínculos más estrechos) obtendrá concreción en el Derecho de la sede real de la sociedad, lo que en nuestro sistema conducirá a la aplicación de la ley española cuando dicha sede se encuentre en España, con la consiguiente atribución de nacionalidad española a la sociedad. Sin embargo, no es posible descartar un resultado distinto<sup>21</sup> cuando, por ejemplo, quepa identificar un conjunto de prestaciones relativamente más sofisticadas de uno de los participantes en la *joint venture*, que determinen un mejor título de aplicación para el Derecho de la sede de ese socio. En estos supuestos, en primera instancia habrá que estar a la nacionalidad que pueda ostentar esa sociedad conforme a un Derecho extranjero. En presencia de una situación de conflicto negativo de nacionalidad, lo que podrá suceder con frecuencia cuando la sociedad tenga su sede en España, la aplicación analógica del art. 9.10 Cc podrá conducir a la atribución de nacionalidad española a aquellas sociedades que, simplemente, tengan su sede en España. Cuando la sede real de la sociedad no pueda ser fijada en un único país<sup>22</sup>, de nuevo la aplicación, de forma analógica, del art. 9.9 Cc ha de conducir a la atribución de nacionalidad española a la sociedad<sup>23</sup>.

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

#### 1. 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 estructuración externa, hace obligado identificar, previamente, los aspectos que quedan sometidos respectivamente a cada estatuto. *Grosso modo*, y sin perjuicio de la delimitación más detenida que seguirá, escapan al vigor de las reglas del CR 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<sup>24</sup>. Para realizar esta delimitación puede servir de modelo la regulación española en materia sociedad civil y de sociedad colectiva irregular, formas sociales más simples de nuestro ordenamiento para cuya creación basta un mero contrato. Dada la escasez de normas de intervención, los amplios resquicios que para la construcción interna atribuye nuestro ordenamiento a los socios en esta clase de sociedades, determinan a la vez amplias posibilidades para la autonomía conflictual. Afirmación cuyas consecuencias prácticas más notables y útiles encuentran proyección en relación con 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 interna del contrato a una ley diversa de la aplicable a la sociedad base, podría incluso erigirse, en un momento dado, en única vía para desbloquear la negociación del contrato.

Al efecto de esta delimitación, cobra valor fundamental la escisión entre relaciones sociales internas y relaciones sociales externas. Ambos grupos de relaciones sociales aparecen diferenciadas en razón de su trascendencia o proyección de cara a los terceros que contratan con la sociedad. Entre las internas quedan comprendidas el sistema de distribución de beneficios y pérdidas<sup>25</sup>, la administración y la responsabilidad interna de los socios<sup>26</sup>, 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 los socios a efectuar aportaciones adicionales<sup>27</sup>. 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.

## **2. Análisis de aspectos particulares**

### ***A. Constitución de la sociedad base con estructuración externa***

La validez de la 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 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 legales, normalmente de carácter material, que puedan exigirse en cada caso<sup>28</sup>, 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 cabrá descartar una disociación entre la ley elegida por las partes y la ley que determina el surgimiento de la personalidad jurídica<sup>29</sup>. El proceso de creación de la sociedad base de *joint venture* con estructuración externa 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<sup>30</sup>. En cambio, sobre la incorporación o no al contrato de sociedad del 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.

### **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<sup>31</sup>. En este tipo de sociedades, el hecho de que la sociedad no disfrute del beneficio de la responsabilidad limitada, 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<sup>32</sup>, 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<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>, ley que rige, sin perjuicio de lo que se dirá, todo lo relativo a la medida en que queda vinculada por los actos realizados *ultra vires* por sus representantes<sup>35</sup>.

### **C. Disolución de la sociedad base y acuerdos sobre su duración**

Uno de los aspectos que suscita 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. En concreto, cabría dudar si las cuestiones pertenecientes a la disolución de la sociedad quedan excluidas, en su conjunto, del ámbito del CR. 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 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 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 con las segundas<sup>36</sup>. 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<sup>37</sup>.

Frente a esta solución, desde la orientación seguida en este trabajo cabría proponer una segunda vía para la 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<sup>38</sup> legitima la competencia amplia del estatuto contractual en este ámbito. De este modo, y sin perjuicio de lo que se dirá, debería concederse a los socios amplia libertad para la conformación del régimen de las causas de disolución de la sociedad, mediante el reconocimiento de la autonomía conflictual. *Funcionalmente no quedaría justificada 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, 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<sup>39</sup>. De otro, no se podría descartar la intervención del orden público del foro, en ciertos supuestos, en relación con 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<sup>40</sup>. 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, 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 CR. 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<sup>41</sup>. 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 CR. Ahora bien, de modo análogo a como sucede con las causas de disolución de la sociedad, también aquí podría plantearse la intervención a título excepcional tanto del correctivo del orden público del foro<sup>42</sup>, 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.

#### IV. Oponibilidad del Estatuto del Acuerdo Base con Estructuración Externa

La efectividad de algunas de las soluciones que hemos propuesto, puede quedar mediatizada en virtud de la operatividad de principios materiales del ordenamiento, que hacen al estatuto social inoponible al tercero. Se trata de principios que gravitan en la órbita constitucional<sup>43</sup>, y cuya actuación, a nuestro modo de ver, debe tener lugar incluso en defecto de una previsión específica en DIPr<sup>44</sup>. Hablamos del principio de apariencia<sup>45</sup> 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. En relación con las posibilidades operativas 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 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 pueda establecer el estatuto social*<sup>46</sup>. Enseguida ha de advertirse que la inoponibilidad del estatuto social extranjero no es correlativa a la ubicación en 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<sup>47</sup>. 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<sup>48</sup>. No creemos, 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<sup>49</sup>.

## **V. ESTATUTO CONTRACTUAL DEL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON ESTRUCTURACIÓN EXTERNA: SIGNIFICADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA *JOINT VENTURE***

En el ámbito de aplicación que el CR 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*<sup>50</sup> 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 erigirse en condición para la conclusión del contrato.

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 CR<sup>51</sup>. 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 el párrafo quinto del artículo 4 del Convenio<sup>52</sup>. No obstante, por aquellas mismas razones no podría descartarse, a la vista siempre del análisis de los intereses en presencia, 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 en los que ha de acordarse cuando el contrato de *joint venture* se ciñe a estructurar un vínculo interno entre los participantes, en atención a la identidad sustancial de los intereses que aparecen en uno y otro caso.

### **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 variadas razones<sup>1</sup>, resulta aconsejable que la sociedad *joint venture* se conforme como sociedad de responsabilidad limitada, siendo frecuente a este fin la utilización de la forma jurídica de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada<sup>2</sup>. 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 por el artículo 28 Cc, cuyo examen fue esbozado en las páginas anteriores. Al contrario de su predecesora, la nueva Ley de Sociedades Anónimas (LSA)<sup>3</sup> 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)<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>. Dado que el tema ha sido objeto de atención específica por variados trabajos<sup>6</sup>, 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*.

Para la exégesis del artículo 5 de la LSA<sup>7</sup> 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<sup>8</sup>, 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 RRM<sup>9</sup>, sin que el dato de la domiciliación real en España sea decisivo<sup>10</sup>. Descartada aquella posibilidad, el criterio del domicilio social implica, pues, la constitución de la sociedad con arreglo a la ley española<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>. 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*<sup>13</sup>. En conclusión, del sistema podrían 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, pues de lo contrario no será reconocida, con las

consecuencias que ello comporta. Este efecto debe entenderse sin perjuicio de las soluciones convencionales sobre reconocimiento de sociedades.

A nuestro modo de ver, en nuestro ordenamiento, la ausencia de normas de ley aplicable que sirvan para determinar el estatuto de una sociedad extranjera, y la reconducción de la problemática de estas sociedades hacia un problema de reconocimiento, limitado a averiguar si será o no aceptado el estatuto del país con arreglo a cuyo Derecho fue constituida la sociedad, deben comportar el reconocimiento de toda sociedad válidamente constituida conforme a las leyes de su país de origen, salvo que las normas del sistema español se opongan a dicho reconocimiento. En esta óptica, cabría incluso afirmar la inaplicabilidad del art. 9.11 Cc para resolver los problemas de reconocimiento que suscitan las sociedades anónimas, debiendo darse por entendido, conforme a la interpretación más usual de los arts. 5 LSA y 6 LSRL que, *a sensu contrario*, no cabrá oposición al reconocimiento de las sociedades constituidas conforme a un Derecho extranjero que no tengan en España su principal establecimiento o explotación.

Determinado el no reconocimiento de la sociedad, los terceros, como primera 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<sup>14</sup> 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<sup>15</sup>. 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 danesa 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 durante el plazo de un año indicado<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>. Por otra parte, podría cuestionarse si, a la vista del marco de la integración europea y, en concreto, de la armonización operada mediante las directivas en materia de sociedades, 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<sup>18</sup>, y los sistemas societarios de los Estados miembros pueden reputarse intercambiables. En la actualidad resulta

cuestión controvertida si el criterio de la sede real (*Sitztheorie*) podría ser considerado como compatible con la libertad de establecimiento de las personas jurídicas y sociedades que reconoce el artículo 58 TUE. Para un sector doctrinal, el artículo 58 TUE 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<sup>19</sup>. 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, existen otros proyectos normativos en elaboración<sup>20</sup>. El régimen de extranjería de sociedades debe entenderse abrogado con carácter general en relación con 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 (art. 55 TUE). En este sector del Derecho de extranjería, 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<sup>21</sup>.

## 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 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 sometimiento del contrato de sociedad a la *lex societatis*<sup>22</sup>. Por varias razones y sin perjuicio de la normativa contractual de DIPr. que pueda estimarse aplicable<sup>23</sup>, no creemos que esta posición sea 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. 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 misión ajustándose a las prescripciones requeridas por la *lex societatis*<sup>24</sup>. 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. 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<sup>25</sup> con la consiguiente degradación de la sociedad al tipo común (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 aquella<sup>26</sup>. En una situación en la que pueda producirse esta divergencia<sup>27</sup>, 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. La dificultad en admitir este resultado propicia 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<sup>28</sup>.

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 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<sup>29</sup>. Por el contrario, en relación con 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 CR<sup>30</sup>. De otro lado, la inserción de estos pactos en 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. Cuando, a la vista de las circunstancias, deba proceder ese fraccionamiento objetivo, la doctrina muestra discrepancias sobre la ley que debería reputarse más estrechamente vinculada a esta parte del contrato. Para un sector, en defecto de elección de ley, debería ser aplicada la ley 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<sup>31</sup>. Al contrario, cabe afirmar con A.F. Schnitzer que la determinación de la ley aplicable en defecto de elección no habrá de orientarse, por necesidad, hacia el Derecho de la sede futura de la sociedad, que aún no existe, pudiendo retenerse otras conexiones que sean expresión de una mayor proximidad<sup>32</sup>.

## **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. La inclinación social de estos pactos, que sin embargo quedan sustraídos al marco formal del contrato o estatutos sociales, ha suscitado dudas sobre la posibilidad de atribuirles verdadero carácter social<sup>33</sup>. 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*—<sup>34</sup>, afirmación que sólo podemos compartir en alguna de sus consecuencias. Para el tratamiento de esta 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<sup>35</sup>; de otro, para interferir 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*<sup>36</sup>, que podría fundamentar restricciones a la posibilidad de hacer valer los derechos que corresponden al participante como tercero<sup>37</sup> o determinando incluso una

recalificación social de estas relaciones<sup>38</sup>. El 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<sup>39</sup>.

#### 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, lo que se consigue modificando la dinámica operativa dictada por el correspondiente Derecho de sociedades en lo relativo a diversos aspectos<sup>40</sup>. Sin embargo, no resulta infrecuente que, por las razones de índole diversa que se dijeron<sup>41</sup>, muchos de los pactos que los participantes insertan en el acuerdo base de *joint venture* no sean luego introducidos en los estatutos de ésta, permaneciendo como acuerdos o pactos parasociales<sup>42</sup>, 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.

##### B. *Estado de la cuestión en la doctrina*

La determinación de la ley aplicable a los pactos parasociales resulta controvertida en el nivel doctrinal por 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<sup>43</sup>, por la 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 CR— 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*)<sup>44</sup>. 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 con el 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<sup>45</sup>, para otro, al 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<sup>46</sup> o no produce ese efecto<sup>47</sup>.

### **C. Valoración crítica y propuesta de tratamiento en DIPr**

Al efecto exclusivo de conocer el modo en que la *lex societatis* 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<sup>48</sup>. 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 descrito, 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 diferentes tipos sociales en cada ordenamiento jurídico<sup>49</sup>. 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 CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, convenio que puede prestar una base legal lo suficientemente flexible como para articular una intervención satisfactoria de la *lex societatis* sobre el estatuto del contrato. 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 CR. 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 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 será 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<sup>50</sup>. 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<sup>51</sup>.

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 continuación. 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 a la vista de 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, 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. 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<sup>52</sup>. En primera instancia podría pensarse que el vínculo estrecho 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 constituido conforme a su propia ley. 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. En este caso, no parecería adecuado considerar vinculadas con el contrato a las normas imperativas de este país en ausencia de vinculación real. 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.

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<sup>53</sup>. 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 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*. 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<sup>54</sup>. 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, 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<sup>55</sup>. 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. De esta posibilidad es ilustrativo el laudo CCI de 18 de agosto de 1987 (Asunto n°5485, *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 acuerdo 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<sup>56</sup>.

Cuando se trate de una sociedad cotizada (sociedad anónima bursátil) las disposiciones del Derecho de sociedades no serán las únicas normas imperativas que habrá que considerar. En estos casos, junto al Derecho de sociedades aparece la normativa reguladora de Mercado de Valores<sup>57</sup>. Llegado el caso, un pacto de accionistas, válido conforme al Derecho de sociedades, podría ser invalidado por la regulación administrativa del mercado bursátil, por ser contrario a normas de orden público. Tales normas podrán encontrar aplicación a través de una conexión especial, actuable en el ámbito del art. 7.1 CR, concretándose el vínculo estrecho exigido por ese precepto en el Derecho del mercado bursátil cuya transparencia haya sido afectada<sup>58</sup>.

<sup>1</sup> En esta perspectiva, como sentido para una posible evolución del DIPr., el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS apunta el paso desde «la corrección o revisión del paradigma anterior, a la elaboración de un nuevo paradigma, basado en la consideración de los intereses a satisfacer y los valores del Derecho», (vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Madrid, Civitas, 1996, pág. 5270).

<sup>2</sup> Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, 3.ª edic., Madrid, Civitas, 1996, págs. 328-330.

<sup>3</sup> El Convenio entró en vigor para España el 1 de septiembre de 1993. El instrumento de ratificación del Convenio de Funchal de 18 mayo de 1992, por el que España y Portugal se adhieren al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, puede verse en *BOE* núm. 171 de 19 de julio de 1993; corr. errores *BOE* núm. 189 de 9 de agosto de 1993. El Convenio sólo es de aplicación a los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor (vid. artículo 17).

<sup>4</sup> Acudimos a los recursos hermenéuticos propios de la lógica y de la retórica jurídicas que propugnan un razonamiento judicial dialéctico, no de carácter deductivo. Vid. CH. PERELMAN: *Logica giuridica, nuova retorica*, Milán, Giuffrè, 1979. Sobre el telón de fondo filosófico-jurídico del DIPr de hoy en día, caracterizado por la relatividad de las soluciones, y la necesidad de fundamentar dialécticamente la presencia y la intervención de valores en la respuesta jurídica, vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso...*, op. cit., págs. 79-80.

<sup>5</sup> Sobre esta doble acepción del término, vid. F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht des internationalen Joint ventures*, Francfort a.M./Berna/Nueva York/París, Peter Lang, 1992, pág. 25; K. EHINGER: «Vertragsrahmen des industriellen internationalen Equity Joint Venture», *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1987, págs. 187-188; K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr, Praktiken und Vertragstechniken internationaler Gemeinschaftsunternehmen*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1990, págs. 27 y 34.

<sup>6</sup> El término se empleaba para aludir a las organizaciones de los *Merchant Venturers*, o *Gentlemen adventurer* para el comercio de ultramar (vid D. BONVICINI: *Le joint venture. Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*, Milán, Giuffrè, 1977, págs. 3 y ss; C. VACCA: «joint venture (aspetti contrattuali)», *Digesto*, IV. ed., Discipline privatistiche, Sezione Commerciale, Vol. VIII, Milán, 1992, págs. 50-54; A. ASTOLFI: *Il contratto di joint venture. La disciplina giuridica dei ragrupamenti temporanei di imprese*, Milán, Giuffrè, 1981, págs. 85-87). Dentro del *common law*, L.O. DURAND BARTHEZ y P. BAPTISTA precisan el origen escocés de la *joint venture*, cuyo derecho pronto conoció un instituo con esa denominación, con perfil y autonomía propios frente a la *partnership* (vid. L.O. DURAND BARTHEZ y P. BAPTISTA: *Les Associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, 2.ª edición, París, LGDJ, 1991, págs. 3-6; G.J. BELL: *Principles of the law of Scotland*, Edimburgo, The Clark Law Bookseller, 4.ª edic, 1839, pág. 146).

<sup>7</sup> El característico individualismo de los comerciantes ingleses, organizados en las *Gild of Merchants*, resultaba incompatible con las exigencias del floreciente comercio marítimo internacional del siglo XVI. Por ello se hizo recurso a la *regulated company*, que generalmente gozaba del monopolio del comercio en una zona (con Rusia, con Turquía...), y operaba bajo principios similares a las *Gilds*. Durante el siglo XVII los comerciantes ensayaron diversos procedimientos de asociación: cabía bien la posibilidad de formar una asociación meramente ocasional, para un solo viaje, o bien la creación de *joint stock companies* con o sin el beneficio de la responsabilidad limitada, constituyendo, respectivamente, el antecedente de la sociedad de capitales y el de la sociedad de personas. Tras el movimiento especulativo que se registra al fin del siglo XVII, la *Bubble Act* (1720) limitó la concesión de la carta de incorporación y, por tanto, del beneficio de la subjetividad jurídica y de la responsabilidad limitada. Esto ocasionó que el comercio tuviera lugar hasta 1825 entre *joint stock without incorporation*. La mayoría de estas asociaciones fueron consideradas como *partnerships*, aunque no todas. Fue el momento en el que la jurisprudencia británica delineó una forma social, denominada *joint venture*, que se distinguía de la *partnership* por la inexistencia de un ejercicio conjunto de la actividad económica. No obstante, pese al vacilante reconocimiento inicial de la figura, el desarrollo del Derecho societario británico fue, poco a poco, restando autonomía a la *joint venture*, al considerarla «as proper a *partnership* as any other», con la consiguiente aplicación del régimen jurídico de ésta. Sobre la evolución de la *joint venture* en la jurisprudencia británica, *vid.* A. ASTOLFI: *Il contratto di joint venture*, *op. cit.* págs. 86-87; J.T. BROWN: «International joint venture contracts in English Law», *Dr.pr.com.int.*, 5, 1979, pág. 235; D. BONVICINI: *Le joint ventures...*, *op. cit.*, págs. 6-7.

<sup>8</sup> Las diferencias básicamente son las siguientes: en primer lugar, en el caso de la *joint venture* no opera la prohibición que impide a las personas jurídicas y corporaciones participar en una *partnership*; en segundo lugar, mientras en la *partnership* existiría una actividad económica común, en la *joint venture* sólo se trataría de prestaciones individuales funcionales a un objetivo común, no existiendo pues beneficio común; en tercer lugar, en la *joint venture* no se partiría de la presunción de apoderamiento, para comprometer a la asociación frente a terceros, de cualquiera de los participantes, rasgo que es típico de la *partnership*; en cuarto lugar, mientras que los *partners* de una *partnership* sólo pueden actuar unos contra otros en el ejercicio de una acción *in equity*, los socios en la *joint venture* gozan, en caso de incumplimiento de alguno de ellos, de la acción contractual por incumplimiento, lo que sin embargo no les priva de la acción *in equity*; en quinto lugar, a diferencia de la *partnership*, en la *joint venture* el reparto de beneficios no implica el reparto de pérdidas, debiendo ser pactado expresamente ese efecto; en sexto lugar, se ha afirmado en ciertas decisiones que el elemento esencial de la *joint venture* es la limitación en su duración y objeto. Este carácter puede concurrir igualmente en la *partnership*, aunque en este caso se trata de un rasgo accesorio; por último, se ha afirmado que la *intuitus personae*, inherente a la *partnership* y que determina la necesidad de acuerdo unánime de todos los socios para la entrada de uno nuevo, o para la sustitución en la parte de alguno de ellos, no sería un componente necesario en la *joint venture* (*vid.* L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations...*, *op. cit.*, págs. 11-18; D. BONVICINI: *Le joint venture...*, *op. cit.*, págs. 583-604).

<sup>9</sup> El proceso de internacionalización de la *joint venture* ha sido descrito de forma afortunada por L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations d'entreprises...*, *op. cit.*, págs. 18-19 y F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 28-29.

<sup>10</sup> Así ha sido definida por F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 28-29. También *vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen (joint venture) im schweizerischen Recht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, pág. 2.

<sup>11</sup> *Vid.* L. DABIN: «Les structures de coopération et les contraintes nées du droit des sociétés», *Dr.pr.comm.int.*, 10, 1984, págs. 480-481; M. VIVANT: «Le joint venture ou parlez-vous français?», *Cah.dr.ent.*, 1979, nº 5, págs. 1-6; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 2; F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, pág. 49.

<sup>12</sup> *Vid.* D. BONVICINI: *Les joint ventures...*, *op. cit.*, págs. 87-93.

<sup>13</sup> Esta concepción amplia de la *joint venture* es seguida por W.G. FRIEDMANN y G. KALMANOFF, para quienes «the joint venture comprises any form of association which implies collaboration for more than a very transitory period. It excludes pure trading operations» (W.G. FRIEDMANN y G. KALMANOFF: *Joint International Business Ventures*, Nueva York/Londres, Columbia University Press, 1961, págs. 6 y 110).

<sup>14</sup> Como ocurriría con los contratos de asistencia técnica, los contratos de *franchising*, los contratos llave en mano, o los de dirección empresarial (*vid.* D. BONVICINI: *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pág. 81-84). En este sentido, también *vid.* B. MERCADAL: «Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle», *Dr.pr.comm.int.*, 10, 1984, págs. 319-336).

<sup>15</sup> *Vid.* R. HALL: *The international joint venture*, Nueva York, Praeger, 1984, pág. 19; D.F. TURNER: *An Antitrust Analysis of Joint Ventures, Kontrolle von Marktmacht nach deutschem, europäischem und*

*amerikanischem kartellrecht*, Colonia, 1981, pág. 102; L. DABIN: «Les structures de coopération...», *cit.*, pág. 481; J.F. AGUILLO: «En torno a la *joint venture*», *RGD*, 1988, pág. 5816; R. DÍAZ ZARATE: «Los acuerdos de *joint venture* como forma de internacionalizar la actividad empresarial», *Actualidad financiera*, 1987, pág. 1891.

<sup>16</sup> H. MATTHIES considera elemento necesario para la existencia de una *joint venture*, que las sociedades participantes se encuentren en situación de potencial competencia H. MATTHIES: «Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion», *Festschrift für Franz Böhm, Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1965, pág. 320.

<sup>17</sup> En el sentido que propone H.H. KLEIM, la noción *Gemeinschaftsunternehm* (*joint venture*) sólo comprendería las situaciones en que existe una organización empresarial completa para la realización autónoma de beneficios, quedando excluidas de la noción, por tanto, las modalidades de cooperación parciales, que sólo comportan la puesta en común, por ejemplo, de la adquisición de las materias primas, el *marketing* o la investigación y el desarrollo (H.H. KLEIM: «Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», *FIW-Schriftenreihe*, Heft 29, Colonia, Berlín, Múnich, 1966, págs. 22 y ss).

<sup>18</sup> Para C. REYMOND, la particularidad de la *joint venture* radicaría en constituir un *sistema de contratos en torno a la sociedad común* (C. REYMOND: «Le contrat de *joint venture*», *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von walter R. Schlupe*, Zürich, 1988, pág. 385). Esta limitación del concepto, sin embargo, no presta atención a la diversidad de articulaciones jurídicas que puede manifestar un mismo supuesto económico, quedando desatendido el sustrato común de unas y otras realidades (*vid.* 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 anniversaire*, Friburgo, 1990, pág. 751; L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations d'entreprises...*, *op. cit.* pág. 49). Por el valor que puede tener, la mayoría de la decena de laudos que, bajo la rúbrica *Joint venture*, contiene el Repertorio del *Yearbook C.A.*, (vol. I a XII), concierne a *joint ventures* de carácter contractual.

<sup>19</sup> C. TURATI: *Economia e organizzazione delle joint venture*, Milán, EGEEA, 1990, págs. 28-29.

<sup>20</sup> L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations...*, *op. cit.*, págs. 50-51.

<sup>21</sup> F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 30 y ss.

<sup>22</sup> E. HERZFELD: *Joint venture*, 2.ª edic, Bristol, Jordans, 1989, pág. 32.

<sup>23</sup> R. DÁVALOS FERNÁNDEZ: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, Tenerife, Ivercan Caribe, 1994, pág. 5.

<sup>24</sup> *Vid.* R. DÁVALOS FERNÁNDEZ: *Las empresas mixtas. Regulación Jurídica*, *op. cit.*, pág. 1.

<sup>25</sup> *Vid.* K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, págs. 29-31.

<sup>26</sup> En el ámbito comunitario, el término *joint venture* ha recibido distintas traducciones al castellano. Mientras que las decisiones de la Comisión e incluso los informes de política de competencia hablan de «empresa conjunta», el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración (Reglamento CEE núm. 4064/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989. *DOCE*, núm. L 395/1, de 30 de diciembre de 1989, versión corregida y sustituida por la aparecida en el *DOCE* serie L núm 257, de 29 de septiembre de 1990, que ha sido a su vez modificada por el Reglamento 1310/97/CEE, de 30 de junio de 1997, aparecido en el *DOCE* L 180 de 9 de julio de 1997), se refiere a la *joint venture* como «empresa común».

<sup>27</sup> La existencia de una empresa común, frente a otras formas de cooperación, puede tener consecuencias jurídicas sobre el otorgamiento o no de una exención. En los Reglamentos sobre exención de licencias de patentes y de know-how (artículo 5 del Reglamento CEE, núm. 2349/84, de la Comisión de 25 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes, *DOCE*, núm. L 219, de 16 de agosto de 1984; artículo 5 del Reglamento CEE, núm. 556/89, de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de know-how. *DOCE*, núm. L 61, de 4 de marzo de 1989), el dato de que la licencia se conceda entre las sociedades fundadoras de una empresa común o entre una de éstas y la empresa común determina la exclusión de la aplicación del Reglamento (no obstante, *vid.* 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, donde se manifiesta el propósito de extender la exención a las *joint ventures*). Frente a ello, en varias decisiones pronunciadas por la Comisión se ha reconocido el mayor grado de cooperación del instrumento de la empresa común, sus ventajas en relación con otros medios de cooperación, así como su carácter *indispensable* para lograr el objetivo pretendido, en el sentido del artículo 85.3 del TUE, lo que permitió la concesión de una exención individual que de otro modo no habría sido posible (*vid.* C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA: *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Pamplona, Aranzadi, 1994, págs. 463-475; 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. 566 y ss; S. POILLOT-PERUZZETTO: «Entreprises communes», *Juris Classeur, Europe*, Fasc. 1461, 3, 1994, pág. 6).

<sup>28</sup> El Reglamento de control de las operaciones de concentración de 21 de diciembre de 1989 (*cit. supra*) define a las *joint ventures* de carácter cooperativo como «aquéllas que tienen por objeto la coordinación del comportamiento concurrencial de empresas que continúan siendo independientes». Las *joint ventures* de carácter concentrativo son «aquéllas que cumplen de forma duradera todas las funciones de una entidad económica autónoma y que no suponen una coordinación del comportamiento concurrencial de las partes entre ellas o entre éstas y la empresa común» (art. 3.2 del Reglamento).

<sup>29</sup> Definición que se viene repitiendo desde el 4.º informe sobre política de competencia (*vid.* Punto 37 del 4.º informe; punto 53 del 13.º Informe; punto 26 del 15.º Informe. También *vid.* el punto 7 de la Comunicación de la Comisión sobre las operaciones de concentración y de cooperación con arreglo al Reglamento CEE, núm 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, *cit.*).

<sup>30</sup> Conforme a las elaboraciones doctrinales que se han desarrollado en torno a este tema, la empresa común puede integrar el conjunto de las fases de una empresa (investigación y desarrollo, fabricación, comercialización, etc...) o una de ellas solamente. La existencia de control conjunto, como condición para la existencia de *joint venture*, requiere que se acredite una influencia efectiva de las empresas fundadoras sobre las decisiones de la empresa común. Esta influencia podrá resultar bien como consecuencia de una participación paritaria en la sociedad común, o bien debido a estipulaciones contractuales (*v.gr.* cuando se reconozca a una de las sociedades madres un derecho de veto sobre la gestión social, o cuando la sociedad matriz que posea la mayoría del capital haya estipulado con los accionistas minoritarios acuerdos parasociales, que concedan la posibilidad de influir sobre el control de la empresa) (*vid.* J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS: «La noción de filial...», *cit.*, págs. 575-590; A. GUACCERO: «L'impresa comune nella disciplina antitrust nazionale», *Riv.dir.comm.dir.gen.ob.*, 1993, págs. 747-784; 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).

<sup>31</sup> Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3 el seis de septiembre de 1995.

<sup>32</sup> *Inter alia vid.* W.G. FRIEDMAN Y G. KALMANOFF: *Joint International...*, *op. cit.*, págs. 126-128; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 10-12; W. ECKSTEIN: «Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive ihrer Gründung», Beilage zu «Der Betriebs Berater», 1972, págs. 7-10; D. SCHAUB: «Motive und Grundlagen einer Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen», *WuW*, págs. 175-178; K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, págs. 35-46; *id.*: *Les joint ventures...*, *op. cit.*, págs. 25-31; F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 61-118. Últimamente, *vid.* K. RUMER: *Internationale Kooperationen und Joint Ventures: Standortvorteile nutzen, neue Märkte und Technologien erschließen*, Wiesbaden, Gabler, 1994, pág. 64; I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures, Technologietransfer und -Schutz*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1996, págs. 155-166. Entre nosotros, *vid.* E. CHULIA VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, I, Barcelona, Bosch, 1992, págs. 77-78; R. DÍAZ ZARATE: «Los acuerdos de joint venture...», *cit.*, págs. 1894-1895; M. MEDINA DE LEMUS: *Contratos de comercio exterior*, Madrid, Dykinson, 1998, págs. 348-354.

<sup>33</sup> La insuficiencia de capital está obligando a muchos países sudamericanos a adjudicar la mayoría de los grandes proyectos de obras públicas a la iniciativa privada, a través del sistema *BOT*. Según información aparecida en la prensa económica, en Méjico, el 62% de los 2.800 kilómetros de carreteras construidos en 1993 lo fueron conforme a este régimen, que se utilizará también para la construcción de 40 centrales eléctricas (*Diario El País, Negocios*, domingo 12 de noviembre de 1995, págs. 3-4).

<sup>34</sup> En las operaciones *BOT*, instrumentadas normalmente a nivel exclusivamente contractual, suele ser frecuente que alguno de los miembros de la *joint venture* (*agent, leader*) asuma la representación del resto frente al cliente que encarga la obra, así como la coordinación técnica de la actividad. Como contrapartida a la responsabilidad solidaria de los participantes en la operación frente al cliente, el contrato suele articular un órgano colegiado de deliberación y decisión (*Management Committee, Steering Committee, Executive Committee*) donde se decide por unanimidad. Un análisis reciente de los numerosos problemas jurídicos que ha suscitado la construcción del Eurotunnel a través de este sistema puede verse en F. NICKLISCH (Hrsg): *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte. Nationale und internationale BOT-Projekte, Techniksrechtsform*, Heidelberg, 1993, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1994. En la actualidad, la UNCITRAL viene prestando atención al sistema de construcción *BOT*, con el objetivo de superar las deficiencias que manifiestan las normativas nacionales para incentivar estas operaciones (*vid.* P. TERRILE: «L'azione dell'UNCITRAL in materia di Build-Operate-Transfer Project Financing», *Dir.comm.int.*, 9.2, 1995, págs. 361-375).

<sup>35</sup> Para favorecer el aprovechamiento de las posibilidades económicas del mercado único, la Comunidad está promoviendo acciones para favorecer financieramente la creación de *joint ventures* en el ámbito de las PYMES. *Vid.* Decisión de la Comisión de 5 de noviembre de 1997, por la que se aprueba un mecanismo de apoyo a la creación de empresas conjuntas transnacionales para las PYMES en la Comunidad.

<sup>36</sup> Vid. E. NAEGELI: *Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsformen der kartelle, konzerne und andere unternehmenszusammenschlüsse*, tomo I, Zürich/Berlín, 1936, págs. 249 y ss; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>37</sup> Este fue el caso de la *joint venture* ABB Asea Brown Boveri AG, en el cual las dos sociedades participantes, la BBC Brown Boveri AG y la Asea AB, transfirieron casi toda su actividad empresarial a la sociedad conjunta. El caso es ilustrado por M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>38</sup> Vid. la Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el campo de la cooperación entre empresas, *JOCE*, C/75 de 29 de julio de 1968, pág. 3 corregido por *JOCE* C 84 de 28 de agosto de 1968, pág. 4; también *vid.* la Comunicación sobre acuerdos de menor importancia que no quedan comprendidos bajo el art. 85.1 TCEE, *JOCE* C 231 de 12 de septiembre de 1986, pág. 2; Comunicación relativa al tratamiento de las empresas comunes de carácter cooperativo respecto al art. 85 TCEE, *JOCE* n° C 43 de 16 de febrero de 1993.

<sup>39</sup> Vid. W.G. FRIEDMAN Y G. KALMANOFF: *Joint International...*, *op. cit.*, págs. 3-4. En esta dirección, la ONU ha dictado diversas resoluciones. *Vid.* la resolución 626, VII, de 21 de diciembre de 1952 sobre el «principio de la autodeterminación económica» así como la resolución 1803, XVII, de 14 de diciembre de 1962 sobre la «soberanía permanente sobre los recursos naturales». En nuestro país, este cambio de directrices políticas ha golpeado fuertemente al sector pesquero. Frente a los regímenes de licencias de pesca de otros tiempos, en la actualidad los países ribereños suelen optar por la fórmula de las empresas comunes, a fin de participar en el negocio pesquero y obtener el conocimiento y la tecnología necesarios para explotar sus recursos. Con referencias específicas a la situación española, *vid.* A. DEL VECCHIO: «Note preliminar ad uno studio sulle joint ventures nel settore della pesca», *Il Diritto Marittimo*, XCIV, 1992, págs. 30-54; P. VALDÉS FERNÁNDEZ: «La crisis de la flota congeladora española», *ICE*, 1990, págs. 201-208; D. GONZÁLEZ EIRÁS: «El marco jurídico de las empresas pesqueras mixtas», *ICE*, 1980, págs. 173-176.

<sup>40</sup> Durante los años sesenta (Yugoslavia), setenta (Hungría, Rumanía, Polonia) y ochenta (Bulgaria y la Unión Soviética), los regímenes comunistas fueron dotándose de leyes que permitían las inversiones extranjeras a través de *joint ventures*, en las que se admitía una cuota máxima de participación extranjera del 49%, lo que permitía calificar a la empresa como sociedad estatal, salvándose de este modo los escollos constitucionales (*vid.* F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 122-125). Precisamente, en consideración a las divergencias ideológicas, la ONU ha querido propiciar la creación de *joint ventures* entre países del Este y del Oeste. *Vid.* 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», UN-CTC, E. 88.II.A. Nueva York, 1988; UNITED NATIONS: *East-West joint ventures contracts*. Economic Commission for Europe, Ginebra, Nueva York, United Nations, 1989.

<sup>41</sup> Para una información completa sobre el régimen de las *joint ventures* en la Federación Rusa y en la Comunidad de Estados Independientes a raíz de la nueva, y ciertamente confusa, situación legislativa, *vid.* M. THIEL: *Joint Ventures in der Rußländischen Föderation*, Berlín/Viena, Arno Spitz GmbH, Verlag Österreich, 1995; A. KELLER Y R. KNIGGE: *Joint Ventures in den GUS-Staaten: Vorbereitung— Gründung— Chancen und Perspektiven*, Wiesbaden, Gabler, 1995; J. ZENTES (Hrsg): *Ost-West Joint Ventures*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1992; K. RAZUMOV: «Legal Aspects of Direct Foreign Investments in the Republics of the Commonwealth of Independent States», *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Francfort a.M., 1993, págs. 335-344. De igual modo, la nueva normativa sobre inversiones extranjeras de Bulgaria, Hungría y Chequia tampoco limita las inversiones directas (*vid.* M. PONCELA: «Hungría aspira a atraer capitales extranjeros», *ICE*, 1991, págs. 3057-3061; P. PENNETTA: «Ancora in materia di investimenti stranieri nei paesi (Già) socialisti: la nuova normativa in Bulgaria e Cecoslovacchia», *Dir.comm.int.*, 4, 1990, págs. 493-505; C. GROMOTKE: «Der Rechtsrahmen für ausländische Investitionen in der CSFR nach Verabschiedung des neuen Handelsgesetzbuches», *ROW*, 36, 1992, págs. 193-201). Afirmaciones que son trasladables a la normativa rumana sobre inversiones extranjeras (*vid.* D. CARREAU y J-Y MARTIN: «Le passage de la Roumanie a une économie de marche: les lois du 3 avril 1991 sur les investissements étrangers et du 14 août 1991 sur la privatisation des sociétés commerciales», *Dir.comm.int.*, 5, 1991, págs. 599-601. La ley puede verse en págs. 602-606). En Cuba, una vez modificada la Constitución en 1992, esta transformación ha tenido lugar a través de la ley de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995, que deroga el Decreto-Ley n° 50 sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras, de 5 de febrero de 1982, normativa que, como modalidad de inversión, admite, junto a la asociación económica internacional (*joint venture*), la consistente en capital totalmente extranjero (artículo 12). Para China, junto a la posibilidad de crear *joint ventures* (*vid.* la ley de 1 de julio de 1979, modificada el 4 de abril de 1990, sobre *joint ventures* con capital chino y extranjero), la ley de 12 de abril de 1986 ha introducido la posibilidad de inversión directa a través de sociedades enteramente extranjeras (*vid.* D. BORDE y S. MENG: «Les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers en République Populaire de Chine», *RDAI*, 1993, núm 5, pág. 539).

<sup>42</sup> Según información aparecida en la prensa económica, numerosos inversores españoles, pequeños o medianos, se han consolidado en China a través de empresas mixtas. La mayoría del capital suele estar en manos españolas, pero el hecho de que sean pequeñas las lleva también a la necesidad de compartir riesgos y a buscar en el socio chino el apoyo con el que abrirse paso en el laberinto de la burocracia y del mercado chinos (*Diario El País, Negocios*, domingo 5 de noviembre de 1995, pág. 22). Vid. R. DÁVALOS FERNÁNDEZ: *Las empresas mixtas.*, op. cit., pág. 29.

<sup>43</sup> *Inter alia*, vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, op. cit., págs. 12-15; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, op. cit., pág. 6; I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures...*, op. cit., pág. 169.

<sup>44</sup> Vid. L.O. BAPTISTA Y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations...*, op. cit., págs. 32-46; M. MEDINA DE LEMUS: *Contratos de comercio exterior*, op. cit., págs. 354-358.

<sup>45</sup> Vid. 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. Desde la perspectiva seguida más frecuentemente, las empresas comunes no son verdaderas *joint ventures*, en cuanto los problemas que suscitan, de Derecho internacional público, son de muy distinta índole. En este sentido, P. PENNETTA afirma la dificultad de asimilar el tratado internacional concluido entre Estados al contrato entre particulares que queda sometido a un ordenamiento estatal (P. PENNETTA: *La filiale comune internazionale: contributo allo studio della cooperazione internazionale fra imprese*, Milán, Giuffrè, 1988, págs. 42-44).

<sup>46</sup> *Ad. ex.* introducir la prohibición de transferencias del beneficio al extranjero, modificar el régimen fiscal aplicable, etc. De ahí el interés en estabilizar o petrificar el régimen de la inversión. Sobre esa temática, *vid infra*, Capítulo tercero, II, 3.

<sup>47</sup> Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de mayo de 1965. Ratificado por España el 20 de junio de 1994. *BOE*, de 13 de septiembre de 1994. A propósito de su entrada en vigor para España, *vid.* M. CHECA MARTÍNEZ: «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.

<sup>48</sup> Vid. W.G. FRIEDMAN Y G. KALMANOFF: *Joint International ...*, cit. págs. 110-111; W.G. FRIEDMAN Y J.P. BEGUIN: *Joint International Business Ventures in Developing Countries*, Columbia University Press, 1971.

<sup>49</sup> Ambas expresiones, aunque referidas a la misma modalidad de *joint venture*, inciden en ideas diferentes. Mientras a través de la noción *joint venture corporation* se hace alusión a la presencia, junto a los participantes, de una forma societaria dotada de personalidad jurídica, mediante la expresión *equity joint venture* se quiere significar la existencia de contribuciones de capital (*vid.* R. DÍAZ ZARATE: «Los acuerdos de joint venture...», *cit.*, pág. 1892; L.O. BAPTISTA Y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations...*, op. cit., pág. 21; J.F. AGUILO: «En torno a la *joint venture*», *cit.*, pág. 5817).

<sup>50</sup> Buena parte de la doctrina alemana y suiza sobre el tema, equipara la expresión *joint venture*, a secas, con la *Gemeinschaftsunternehmen*, refiriendo con esta locución a la que aquí hemos denominado *equity joint venture*. Defendiendo el empleo de la expresión *filiale comune internazionale* para aludir a la *joint venture corporation*, *vid.* P. PENNETTA: *La filiale comune...*, op. cit., pág. 46. En el contexto de las leyes especiales en materia de inversiones extranjeras, suele hablarse de *sociedades o empresas mixtas*.

<sup>51</sup> Este es, a nuestro juicio, el término español que mejor expresa el contenido jurídico de la posición del *joint venturer*. De un lado, se evitan locuciones unidireccionales, como *parte* o *socio*, que podrían oscurecer la posición doble —parte del contrato de base y socio o accionista de la sociedad común— que ocupan las sociedades que intervienen en la operación de *equity joint venture*. De otro, frente a la expresión *partícipe*, se pretende hacer notar que estas sociedades no simplemente *tienen parte* en la *joint venture*, en el sentido de una inversión de cartera, sino que *toman parte activa*, *participan* en el desarrollo de la operación (*vid. Diccionario Jurídico Básico*, Comares, 1985; *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española*, vigésima primera edición, t. II, Madrid, 1992, pág. 1536). Se trata de una expresión, *participante*, que ya ha sido utilizada como sinónimo de *joint venturer* (*vid.* N. BOUZA VIDAL: «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); L.O. BAPTISTA Y A. SIERRALTA RIOS: *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, 2.ª edic., Perú, 1993, pág. 185).

<sup>52</sup> Algunos países, como es el caso de Alemania, también reconocen la existencia de grupo cuando varias sociedades se coordinan para controlar a otras (grupo de sociedades por coordinación *Koordinationskonzern, Gleichordnungskonzern*), asociando ciertos efectos jurídicos, singularmente la obligación de rendir cuentas de forma consolidada, a la existencia de esa clase de grupo (*vid.* parágrafo 18.2 *AktG*). El contrato de *joint venture* podría ser el fundamento de una dominación conjunta de la sociedad común por los participantes (*vid.* A. BAUMANN: «§ 22 Joint Ventures», *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 1, München, C.H. Beck,

1995, pág. 505. También vid. P. ULMER y G. WIEDEMANN: «Die Methode der Zusammenarbeit zwischen unabhängigen Unternehmen», *Deutsche Zivil, —Kollisions und —Wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest, 1978*, Tubinga, 1978, págs. 272-273).

<sup>53</sup> Vid. K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 29; *id: Les joint ventures...*, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>54</sup> V. gr. el participante que asume la ejecución llave en mano de las instalaciones comerciales cuya explotación corresponderá a la sociedad común, tendrá interés en poder elegir la ubicación geográfica concreta y de seleccionar su tipo.

<sup>55</sup> Sobre la necesidad de ajustar, de forma global, la totalidad de los intereses en presencia en una operación de *joint venture*, vid. K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, págs. 110-113; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 63; K. EHINGER: «Vertragsrahmen...», *cit.*, págs. 190-198; E. HERZFELD: «Typical Areas of Conflicts of Interest in Joint ventures», *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristischer Verlag, 1987, págs. 199-224; P. ZIHLMANN: «Gemeinschaftsunternehmen (joint business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften», *SJZ*, Heft. 21, 1972, págs. 317-327; A. SANFELIZ MEZQUITA: «La práctica de la creación de empresas conjuntas», *DN*, 1996, pág. 10.

<sup>56</sup> Es lo que ocurre en el caso de las sociedades anónimas de estructura rígida del Derecho francés, alemán o suizo, que no habilitan el acceso a los estatutos de elementos que resultan esenciales para la regulación de la *joint venture*. En los ordenamientos alemán o suizo, por ejemplo, la posibilidad de acordar prestaciones accesorias a la sociedad *joint venture* suele permitirse en las sociedades de base personalista (*Personengesellschaften, GmbH, Genossenschaft*), pero no en el ámbito de la sociedad anónima (*AG*).

<sup>57</sup> En esta situación se encontraría la sociedad anónima española, o la sociedad de responsabilidad limitada. Vid. *infra* apartado D.

<sup>58</sup> Vid. A. ROJO: «La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnicas legislativas», *RGD*, núm. 603, 1994, págs. 12889-12890.

<sup>59</sup> En adelante se utilizarán indistintamente las denominaciones acuerdo base, contrato base o contrato de *joint venture* para aludir al contrato que normalmente da origen a la *joint venture*. En lengua inglesa, este acuerdo suele denominarse *Joint Venture Agreement, Shareholders Agreement* o *Basic Agreement*. En los círculos de negocios y en la literatura franceses suelen utilizarse las expresiones *protocole d'accord* o *convention entre actionnaires*. Y en la órbita alemana aparecen una pluralidad de denominaciones, tales como *Grundvereinbarung, Grundvertrag, Grundlagenvertrag, Grundsatzvertrag, Joint Venture Vertrag/Agreement, Kooperationsvertrag, Konsortialvertrag* o *Partnerschaftsvertrag*.

<sup>60</sup> Vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 59; C. REYMOND: «Le contrat de joint venture», *cit.*, pág. 384. A veces, el distinto papel de los participantes en la *joint venture* puede llevar a la conclusión, entre sólo algunos de éstos, y al margen del acuerdo base, de otros acuerdos como, por ejemplo, comprometiéndose a realizar aportaciones financieras suplementarias a la *joint venture* (*Nachschussverpflichtung* o *Project Funds Agreement*). Vid. K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 128.

<sup>61</sup> Es frecuente que durante el *iter* negocial intervengan otros documentos, de carácter contractual, cuya finalidad es dirigir la negociación del contrato de *joint venture*. La negociación suele dar inicio con una carta de intención (*letter of intent* o *memorandum of understanding, Absichtserklärung*) cuya misión es definir las posiciones respectivas de las partes, sus motivaciones para la creación de la *joint venture*, los activos que podrán aportar al proyecto y los objetivos que desean atender con ella. Este documento tiene por objeto poner de relieve la existencia de una verdadera comunidad de intereses entre los participantes. Por otra parte, para favorecer el clima de confianza mutuo durante la etapa inicial, es frecuente que se celebren acuerdos de exclusión de negociaciones paralelas durante el tiempo convenido, así como pactos de confidencialidad, o de secreto, en la utilización de las informaciones técnicas que las partes se intercambien durante la negociación del contrato (*Form of Information Exchange Agreement*). Dicho intercambio resulta de interés para elaborar el llamado *estudio de factibilidad*, cuya finalidad es determinar, del modo más ajustado posible, las inversiones a realizar y la rentabilidad de la *joint venture*. Durante el curso de las negociaciones pueden celebrarse nuevas cartas de intención, llamadas ahora *Heads of Agreement* o *Punktationen*, en las que se definan de forma más precisa las posiciones de las partes, y donde se aborde de modo más detenido la planificación de las actividades de la futura sociedad, los principios que regirán la distribución de poderes y de resultados, así como la asistencia que recibirá la sociedad *joint venture* de cada participante. La relevancia de estos documentos precontractuales no queda restringida a la fase anterior a la creación de la *joint venture*, extendiéndose tras ese momento al erigirse en documentos de primer orden para la interpretación de la voluntad de las partes en el conjunto negocial. Sobre las distintas fases del *iter* negocial de la *joint venture*, vid. A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires dans la filiale comune», *RDAI*, 1988, n.º 7, págs. 857-872; M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, Band III, CH Beck, Múnich, 1993, pág. 221; K. RUMER:

*Internationale...*, *op. cit.*, págs. 73-81; I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, págs. 201-204. Este tipo de pactos puede originar responsabilidad tanto de carácter precontractual, cuando, por ejemplo, se interrumpen las negociaciones sin razón justificada, como de carácter contractual, en caso de incumplimiento de las obligaciones de comportamiento asumidas por cada participante. Muchas veces las propias *letters of intent* establecen el régimen de responsabilidad para el caso de incumplimiento, siendo posible que se pacte la exclusión de dicha responsabilidad.

<sup>62</sup> Suele ser frecuente la inclusión en el contrato de cláusulas de reserva del siguiente tenor: «*In the event of any inconsistency between the Articles of Incorporation of the Company or the By-Laws of the Company and this Agreement, the provisions of this Agreement shall prevail, and the Shareholders shall cause the amendment of the Certificate of Incorporation or the By-Laws, or both, as the case may be, to the extent permitted by law, to conform with the term of this Agreement*».

<sup>63</sup> En el documento de la ONUDI: *Manual para la preparación de acuerdos de empresas mixtas en países en desarrollo*, publicación de la ONU, S. 71, II. B. 23, Nueva York, 1974, pág. 2, esta organización constata que no existe un acuerdo de empresa mixta normalizado o modelo. No obstante, dicho documento establece un elenco de las cuestiones importantes a tener en cuenta en la elaboración de los documentos que instrumentan jurídicamente la constitución de una *joint venture*.

<sup>64</sup> Estas manifestaciones pueden ser de utilidad como elemento interpretativo del conjunto negocial. Igualmente, en su caso, podrían servir para fundar un recurso por vicio del consentimiento, o para establecer una conexión entre contratos con relevancia jurídica. Vid. M. FONTAINE: «*La pratique du préambule dans les contrats internationaux*», *RDAI*, 1986, núm. 4, págs. 360-369.

<sup>65</sup> De especial interés cuando la constitución de *joint ventures* queda condicionada a la obtención de una autorización gubernativa, lo que suele ser frecuente en los países en vías de desarrollo. Vid. A.M. CHEVALLIER: «*L'accord d'actionnaires...*», *cit.*, pág. 861. Esta previsión resulta también aconsejable cuando la operación, en razón de sus posibles efectos restrictivos de la competencia, queda sometida a un procedimiento de notificación y autorización ante las autoridades de defensa de la competencia, como prevé, por ejemplo, el Reglamento CEE 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el Control de las Operaciones de Concentración, ya citado.

<sup>66</sup> Sobre los contratos satélites, *vid. infra*. La previsión de estos contratos en el propio acuerdo puede comportar diversos efectos jurídicos, a los cuales no son ajenos los participantes. Por una parte, queda asegurada de forma adicional la conclusión de los contratos satélites, en la medida en que las sociedades participantes, que han de formar la voluntad de la sociedad común, se obligan a conducir la acción comercial de esta sociedad en conformidad con lo establecido por el contrato de *joint venture*. Por otra, dicha previsión otorgará a los participantes una acción recíproca para pedir la celebración de un contrato con la sociedad *joint venture* por aquél de ellos que incumpla dicha obligación. E igualmente, si alguno de los participantes incumple sus obligaciones establecidas en un contrato satélite ya celebrado, estará incurriendo, al mismo tiempo, en violación del contrato de *joint venture* (E. HERZFELD: «*Cooperation agreement in corporate joint venture*», *Journal of business law*, 1983, pág. 126; P. ZIHLMANN: «*Gemeinschaftsunternehmen...*», *cit.*, pág. 322; L. HUBER: *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Basilea, Francfort a. M., 1992, pág. 11; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 89).

<sup>67</sup> Piénsese, por ejemplo, en una empresa dedicada a la extracción de petróleo que acuerda la constitución de una *joint venture* con una sociedad de un país en vías de desarrollo para la exploración y explotación conjunta de yacimientos petrolíferos. El socio local, una sociedad estatal cuya participación en la *joint venture* puede venir impuesta por la ley, puede ser que no disponga de influencia sobre la toma de decisiones en la *joint venture*, aunque sí estará interesada en conseguir el mayor rendimiento. En cambio, el participante extranjero no estará tan interesado en conseguir el beneficio directamente, a través de la *joint venture*, como en reducir, lo más posible, el precio del petróleo que pueda adquirir a través de contratos satélites de compra de crudo a la *joint venture*. Para evitar que por medio de los contratos satélites se produzca una desviación del beneficio de ese calibre, el contrato de *joint venture* suele contener cláusulas de remunerabilidad, de forma que los precios estipulados en los contratos satélites queden orientados a los precios del mercado mundial o de un mercado regional. Vid. B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im Joint Venture: Zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Grundlagen des Joint Venture*, Francfort, Berlín, Nueva York, París, Viena, Peter Lang, 1995. pág. 70.

<sup>68</sup> Sobre el concepto de «pacto parasocial» puede verse G. OPPO: «*Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*», *Riv.dir.civ.*, 1987, I, pág. 517; F. VICENT CHULIA: «*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; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «*Voz Pacto Parasocial (Derecho mercantil)*», *EJB*, Volumen III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 4712-4716.

<sup>69</sup> Vid. E. HERZFELD: «*Cooperation agreement...*», *cit.*, págs. 121-128; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 67-68. Como ha indicado L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «*La transparencia de los sindicatos de voto entre*

accionistas. Su publicidad», RDBB, 45, 1992, pág. 97, «la sindicación persigue la estabilidad del mando y del poder empresarial».

<sup>70</sup> En nuestra legislación anterior, la nulidad del sindicato de voto se desprendía de una aplicación literal del antiguo artículo 6 *in fine* de la LSA de 1951: «Son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados». En la actualidad se reconoce ampliamente la licitud del pacto de sindicación, para lo cual ha influido la redacción del artículo 7.1 LSA de 1989 («los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad»), lo que ha de ponerse en relación con el nuevo sistema de oponibilidad de lo inscrito y publicado en el BORME (artículos 21 del C. de c. y 9 RRM). *Vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, pág. 91. La doctrina española mayoritaria, y el Tribunal Supremo en las escasas sentencias en que se ha ocupado del tema, son favorables a la admisión de la licitud, validez y obligatoriedad de los pactos parasociales, siempre que no sean contrarios al orden público. *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: «Sindicato de voto y de bloqueo», *RdS*, 1995, núm. 5, págs. 192-193; F. VICENT CHULIA: «Licitud...», *cit.*, págs. 1209 y ss. En el Derecho comparado, mientras en los países anglosajones y germánicos la licitud ha sido doctrina dominante, en otros, como Francia, Bélgica e Italia, aunque en la actualidad la doctrina ha reforzado el reconocimiento de la licitud, de principio, de los mismos, tradicionalmente han merecido una fuerte hostilidad doctrinal, jurisprudencial e incluso legislativa. Referencias de Derecho comparado pueden verse en F. VICENT CHULIA: «Licitud...», *loc. ult. cit.*; *id.*: «Voz Sindicato de Voto (Derecho Mercantil)», *EJB*, volumen IV, Madrid, Civitas, 1995, págs. 6234-6239. En el Derecho suizo y alemán, sobre la admisibilidad y límites de los contratos sobre el Derecho de voto, *vid.* P. FORSTMOSER: «Aktionärbindungsverträge», *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag vom Walter R. Schlupe*, Zúrich, 1989, págs. 359-381; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 72; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 67-68. Tanto el artículo 35 de la Propuesta de Quinta Directiva en materia de sociedades, como el artículo 136.2 *AktG* alemana, y el artículo 17.2 *CSC*, portugués prohíben expresamente los pactos que obligan a los socios a votar en Junta General siguiendo las instrucciones del órgano de administración de la sociedad. Señalando la oportunidad de una norma de armonización del Derecho de sociedades en esta materia, *vid.* F. VICENT CHULIA: «Licitud, eficacia...», *cit.*, pág. 1208. En Norteamérica, en aquellos Estados que no tienen legislaciones expresas que reconocen su validez, la jurisprudencia no siempre ha reconocido eficacia a los pactos accionariales (*vid.* O. SERVAIS: «Coopération d'entreprises...», *cit.*, págs. 57-88).

<sup>71</sup> Para D. CATERINO, el tratamiento de la cuestión exigiría considerar la posición de los sujetos ajenos al pacto, así como la distinción de situaciones en razón de la naturaleza de la sociedad. Así, la diferenciación conocida por el Derecho estadounidense entre *close corporation* y *publicly held corporation*, podría ser relevante para decidir sobre la admisibilidad de dichos pactos, considerados válidos en la primera y sometidos a limitaciones legislativas en la segunda (*Vid.* 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). Afirmando 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, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, págs. 93 y ss. También *vid.* F. VICENT CHULIA: «Licitud...» *cit.*, págs. 1205-1206; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: «Sindicato de voto y de bloqueo», *cit.*, págs. 192-193.

<sup>72</sup> En la actualidad, sin embargo, se discute sobre la posibilidad de reconvertir el pacto parasocial obligacional en real (*erga omnes*), siempre que no pueda justificarse la conducta de quien, debiéndolo conocer, ignora lo publicado. En este sentido, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, págs. 93 y ss.

<sup>73</sup> Generalmente se establece la prohibición de cesión de participaciones en beneficio de terceros, o de concesión sobre ellas de derechos de disfrute, de prenda o asignación en garantía. Por el contrario, la realización de estas operaciones con sociedades directa o indirectamente controladas por los participantes suele quedar libre, siempre que la sociedad controlada ofrezca garantías del cumplimiento de lo establecido en el acuerdo de *joint venture*. Una cláusula típica de este efecto es la siguiente: «Neither Shareholder shall engage in or cause or permit any transfer of all or any portion of its interest in the company or its rights with respect thereto or under this Agreement other than to an entity wholly-owned by such Shareholder or wholly-owned by an entity which, directly or indirectly, wholly-owns such Shareholder pursuant to documentation reasonably acceptable to the non-transferring Shareholder».

<sup>74</sup> *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil, I, Introducción, Empresa y sociedades*, 18.<sup>a</sup> edic., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, págs. 365-366. Nuestro legislador del RRM ha querido reconocer una «eficacia real» a tales pactos de bloqueo típicos de la sindicación, permitiendo su inscripción (artículo 123.5 RRM). Al margen de los estatutos, el pacto tiene una trascendencia puramente obligacional e

interna. Por ello, ante la imposibilidad de obtener ese efecto —por ejemplo cuando las acciones son al portador— resulta conveniente el recurso a procedimientos para construir una situación material de bloqueo (*ad. ex.* entrega al síndico de las acciones para su custodia, establecimiento de técnicas reales, incorporación del pacto asociativo a las propias acciones sindicadas, etc), (*vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, págs. 124-125).

<sup>75</sup> Sobre los límites a las restricciones extraestatutarias a la transmisibilidad de las acciones en nuestro Derecho, *vid.* F. VICENT CHULIA: «Licitud...», *cit.*, pág. 1247. Para el autor, «las restricciones no permitidas en los estatutos lógicamente tampoco habrían de admitirse en pactos parasociales». Por otra parte, a juicio de L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, en nuestro ordenamiento, tampoco podrían adoptarse restricciones a la transmisibilidad de las acciones que impidan obtener el valor real de las mismas, de conformidad con la doctrina registral establecida en las Resoluciones de la DGRN». *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: «Sindicato de voto y de bloqueo», *cit.*, págs. 192-193 y 197.

<sup>76</sup> En la práctica, suelen pactarse procedimientos basados en plazos, y en fases sucesivas, en las que la obligación de negociar de buena fe se incluye expresamente. Una vez que ha fracasado la negociación entre las instancias más elevadas de cada sociedad participante, es frecuente el recurso a soluciones externas de conciliación o de mediación. Agotadas todas las vías de negociación posibles, y ante la persistencia de la diferencia de criterio, el propio contrato contiene un procedimiento de extinción de la relación cooperativa a través de *buy-sell agreements*, o de oferta, contraoferta y pujas. Mediante estos convenios una de las partes puede formular una proposición de compra de la totalidad de la participación de la sociedad común que esté en poder del otro participante, determinando libremente el precio. La sociedad que haya recibido la oferta de adquisición estará obligada, alternativamente, a vender la totalidad de su participación en las condiciones contenidas en la oferta de adquisición, o a formular una contraoferta escrita de compra para la totalidad de la participación de la sociedad común, siempre que ésta mejore la oferta inicial. A su vez, la parte que haya recibido esta contraoferta podrá también, alternativamente, aceptarla o mejorarla a través de una puja, y así sucesivamente hasta que una de las partes no formule una puja de forma válida. Para un análisis de estas posibilidades, y de su licitud en los ordenamientos de nuestro entorno, *vid.* F. DE LY: «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises internationaux», *RDAL*, 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).

<sup>77</sup> La expresión se debe a L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, París, LGDJ, 1986, págs. 91 y ss, y ha alcanzado notable éxito en la literatura sobre *joint ventures*. Entre los autores que utilizan esta terminología *vid.* R. TSCHÄNI: *Unternehmensübernahmen nach schweizer Recht*, Basilea, Francfort a.M., 2. Auf, 1991, pág. 67; C. REYMOND: «Le contrat de Joint Venture», *cit.*, pág. 390; F. KNOEPFLER y O. MERKT: «Les accords de joint venture...», *cit.*, pág. 766; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 61-62, págs. 139 y ss. Sosteniendo básicamente las mismas ideas, no es infrecuente la conceptualización de esta clase de acuerdos como *contratos separados (Separat Verträge)* (*vid.* K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 116; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 76; M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, *cit.* pág. 220) o *contratos adicionales (Zusatzverträge)* (I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 247). Incidiendo en cambio en la caracterización de estos contratos como elementos de ejecución concreta de la operación *joint venture*, en contraposición al carácter meramente programático que correspondería al acuerdo base de *joint venture*, se habla también de contratos de ejecución (*Durchführungsverträge*). *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 8 y 11; E.J. MESTMÄCKER: «Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern— und Kartellrecht», *Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture — Filiale Comune) im konzern— und Kartellrecht*, Francfort a.M., 1979, pág. 13.

<sup>78</sup> Cuando lo que se aporta por los participantes a la *joint venture* es un completo ámbito de actividad comercial, lo que tiene lugar especialmente en las *joint ventures* concentrativas, los acuerdos satélites podrían ya estar vigentes en el momento de constituirse la *joint venture*. *Vid.* E. HERZFELD: «Co-operation Agreements...», *cit.*, pág. 126. En efecto, las relaciones contractuales existentes entre la sociedad madre y su filial, se convierten en contratos satélites entre la, ahora, filial común, y uno de los participantes.

<sup>79</sup> *Vid.* A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires...», *cit.*, pág. 869; E. HERZFELD: «Cooperation agreement...», *cit.*, pág. 126.

<sup>80</sup> *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 139. También *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 76; A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires...», *cit.*, pág. 859 y pág. 869.

Algunos autores incluyen también en esta categoría a los contratos celebrados entre los participantes. Vid. M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, op. cit., págs. 220-221. Frente a los contratos satélites se situarían los llamados contratos con tercero (*Drittverträge*), entre los que habría que contar los contratos con las empresas de construcción y de suministro, y los contratos de préstamo con entidades financieras.

<sup>81</sup> Vid. I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures...*, op. cit., págs. 247-248.

<sup>82</sup> Sobre este aspecto vid. *infra* Capítulo Segundo, III.

<sup>83</sup> Vid. K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, op. cit., págs. 101-102; id: *Les joint ventures...*, op. cit., págs. 62-63; E. SCHANZE: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1986. Incluyendo este contrato de inversión (*Investitionsvertrag*) como modalidad especial de contrato separado, vid. M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen...*, op. cit., pág. 220. Para C.Th. EBENROTH, en caso de conflicto con otros elementos jurídicos de la *joint venture*, deberá prevalecer lo convenido en el contrato de inversión, tanto sobre los estatutos sociales como sobre el contrato de *joint venture* (vid. C.Th. EBENROTH: «Das Verhältnis zwischen joint venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsvertrag», *JZ*, 1987-I, págs. 267-268).

<sup>84</sup> Sobre estas cláusulas, vid. *infra*, Capítulo tercero, II, 3.A.

<sup>85</sup> Vid. C.Th. EBENROTH: «Das Verhältnis zwischen...», cit., págs. 268.

<sup>86</sup> Vid. W. SCHLUEP: «Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation», *Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins*, Heft 2, 1973, pág. 485; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, op. cit., pág. 27-30; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, op. cit., pág. 75; K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, op. cit., pág. 32; I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures...*, op. cit., pág. 208.

<sup>87</sup> No todos los derechos proporcionan la posibilidad de que los participantes puedan seleccionar libremente la forma jurídica de la sociedad *joint venture*. Por ejemplo, el Reglamento regulador de las inversiones en China impone a la *joint venture* una forma jurídica concreta.

<sup>88</sup> No son éstas las únicas variables que convendría considerar en el plano fiscal. Como indica A. SANFELIZ MEZQUITA, para la adecuada planificación fiscal de la empresa conjunta puede recurrirse a establecer una adecuada estructura de contratos complementarios de los socios con la empresa conjunta, de forma que determinadas contribuciones o aportaciones comprometidas por los socios con la empresa conjunta sean efectuadas y facturadas al amparo de dichos contratos (...). Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, las contraprestaciones derivadas de las relaciones entre sociedad y socios deben valorarse de acuerdo con el criterio que establecerían partes independientes, no cabe duda de que por la especialidad, indeterminación e inconcreción de las prestaciones a acordar, así como por la falta de criterios comparativos homogéneos, la determinación objetiva de su valoración se hace sumamente difícil, si no imposible. Esto puede permitir a los socios, dentro de la legalidad, un cierto margen de maniobra para la distribución de los flujos monetarios a percibir por los socios entre distintos conceptos y, en su caso, distintos perceptores dentro del grupo de cada socio miembro, si fuera el caso, lográndose así una minimización o reducción del impacto fiscal de la empresa conjunta y sus socios» (A. SANFELIZ MEZQUITA: «La práctica de la creación...», cit., págs. 3-4).

<sup>89</sup> A veces la elección de una forma social de responsabilidad limitada puede no impedir la responsabilidad directa (*Durchgriffshaftung*) de los participantes en la operación. Un análisis riguroso sobre las posibilidades para exigir una responsabilidad de este tipo en la *joint venture*, desde la perspectiva de la regulación alemana en distintas situaciones (infracapitalización, *Konzern*, confusión de patrimonios, etc), puede verse en B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, op. cit., págs. 133 y ss.

<sup>90</sup> Vid. 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, pág. 5456.

<sup>91</sup> Al no generar personalidad jurídica independiente y comportar la responsabilidad solidaria e ilimitada frente a terceros de sus miembros, el cauce de la Unión Temporal de Empresas, que habilita la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial y regional (*BOE*, núm. 137, de 9 de junio), no se muestra adecuado para instrumentar estas operaciones. Sí podría servir, por el contrario, al efecto de la creación de una *joint venture* contractual.

<sup>92</sup> Como indica J. JUSTE MENCÍA, ambas formas de sociedades podrían vestir jurídicamente a las sociedades cerradas, es decir, a aquellas sociedades en las que, con independencia de su dimensión, las personas de los socios no son fungibles (J. JUSTE MENCÍA: *Los Derecho de minoría en la sociedad anónima*, Madrid, Aranzadi, 1995, pág. 159).

<sup>93</sup> Indicando las grandes posibilidades que ofrece la regulación de la sociedad anónima española para *personalizar* la sociedad, vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La sociedad de capital de base personalista...», cit., pág. 5463 y ss.

<sup>94</sup> En la actualidad la doctrina discute sobre la conveniencia de defender la admisibilidad de la derogación privada del principio mayoritario, y su sustitución por la exigencia de unanimidad. Considerando el principio mayoritario como inderogable, *vid.* J. JUSTE MENCÍA: *Los Derecho de minoría...*, *op. cit.*, págs. 185-187.

<sup>95</sup> El artículo 53.3 LSRL no deja lugar a dudas cuando establece: «para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir el voto favorable de una proporción del capital superior a la establecida por la ley, *sin que pueda llegar a ser exigida la unanimidad*».

<sup>96</sup> Por ejemplo, en el Derecho suizo el artículo 680.1 OR descarta las prestaciones accesorias (*Nebenleistungspflichten*), y el artículo 711 OR obliga a que la mayoría de los miembros del consejo de administración sean ciudadanos suizos con residencia habitual en Suiza. *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 38-39. En el Derecho alemán, debe recordarse la rigidez del régimen jurídico que caracteriza al modelo de la *Aktiengesellschaft*, que sólo permite el juego de la autonomía estatutaria dentro de los estrechos márgenes establecidos por la ley, *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 72 y 74-75.

<sup>97</sup> En Alemania se ha promulgado la «Ley para las pequeñas sociedades anónimas y para la desregulación del Derecho de acciones de 2 de agosto de 1994». El texto recoge una serie de modificaciones dirigidas a flexibilizar las normas de la *Aktiengesetz* de 1965, para la que podría denominarse *sociedad anónima cerrada*. Para una información sobre la reforma en el Derecho alemán de sociedades, *vid.* 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. La ley alemana sobre la pequeña sociedad anónima y la desregulación del derecho de sociedades anónimas (*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften un zur Deregulierung des Aktienrechts*) de 2 de agosto de 1994, publicada en el *Bundesgesetzblatt* de 9 de agosto de 1994, puede verse en *RdS*, 1995, núm. 4, págs. 354-355.

<sup>98</sup> Mediante la ley de 4 de enero de 1994, el legislador francés ha creado el tipo de la *sociedad por acciones simplificada*, en la que cabe reconocer una decidida apuesta del legislador por la liberalización de aspectos que tradicionalmente se han regulado de forma rígida. La ley puede verse en *RdS*, 1995, núm. 4, págs. 351-353. En la génesis de esta ley se encuentra la constatación por el sector empresarial de que la rigidez del Derecho francés de sociedades anónimas desplazaba a las empresas comunes, en forma de filiales comunes, *holding* o contratos de *joint venture*, hacia terceros países (Holanda, Luxemburgo, Gran Bretaña). La nueva ley sobre la SAS permite la inserción en los estatutos de ciertas cláusulas de gran interés en la práctica, dotándolas de oponibilidad frente a terceros. Los acuerdos estatutarios admitidos en la ley de 1994 se refieren, por ejemplo, a la intransmisibilidad de las acciones, a la sumisión a previo consentimiento de las transmisiones de acciones, al cambio de control que afecta a uno de los socios de la SAS y a la inclusión de la unanimidad como modo de gestión social. *Vid.* J.-J. CAUSSAIN: «L'organisation contractuelle des pouvoirs dans la société par actions simplifiée (France)», *RDAI*, 1996, n° 8, págs. 939-960; G. ESTEBAN VELASCO: «La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y contractualización del Derecho de sociedades de capital», *RdS*, núm. 4, 1994, págs. 433-443.

<sup>99</sup> Hasta el final de los años sesenta el estatuto legal de la *joint venture corporation* no era claro y su creación suscitaba numerosas dificultades, en particular la redacción armónica del contrato de sociedad y de la convención interna entre los socios. En la actualidad, siguiendo a los cuatro pioneros (Carolina del Norte en 1955, Carolina del Sur en 1962, Nueva York y Florida en 1963), la mayoría de los Estados han promulgado disposiciones específicas que responden a las necesidades de las *closely held corporation* y que, por tanto, facilitan la constitución de *joint venture corporations*. Estas legislaciones no son, sin embargo, uniformes, lo que dificulta una síntesis de las mismas. Sin embargo, responden al propósito común de permitir a los accionistas de una *close corporation* una elaboración contractual de la organización interna de la sociedad, como si se tratase de una *partnership*. Estas disposiciones afectan a numerosos extremos que son de notable interés para la constitución de la *joint venture*. Por ejemplo, se afirma la validez y eficacia de las convenciones de voto entre accionistas dirigidas a establecer *quorum* reforzados, o incluso la unanimidad, para la adopción de decisiones, se reconocen las limitaciones a los poderes del consejo de administración, sometido a un límite temporal, así como la posibilidad de establecer restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Se reconoce también la posibilidad de hacer valer ante el juez el pacto accionario que faculte a un socio a pedir la disolución de la sociedad, sobre todo en caso de paralización de los órganos sociales. Una ilustración sobre las disposiciones más interesantes de diferentes leyes americanas sobre *close corporation* puede verse en O. SERVAIS: «Coopération d'entreprises aux États-Unis: la joint venture corporation, una variedad de close corporation», *DR. pr. comm. int.*, 9, 1983, págs. 64-87.

<sup>100</sup> El texto de la propuesta de SAE de 1989 puede verse en el Suplemento 5/89 del *BCE*. Las propuestas modificadas de Reglamento y Directiva pueden verse respectivamente en *DOCE* 91/C 176 y *DOCE* 91/C 138.

<sup>101</sup> *Vid.* D. MEDICUS: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, (Edición española A. Martínez Sarrión), Barcelona, Bosch, 1995. pág. 644.

<sup>102</sup> Mientras ciertos aspectos como la finalidad u objetivo común a perseguir por una pluralidad de socios, la creación y gestión conjunta de la sociedad *joint venture*, la reglamentación relativa al reparto de beneficios y pérdidas o los derechos de control e intervención en la gestión común acercarán la figura al ámbito social, la inclusión de compromisos singulares de los participantes (*ad. ex.* obligación de adquirir participaciones de la sociedad *joint venture*, concesión de derechos de opción recíprocos, obligaciones de prestación singulares, etc), aproximarían la figura al ámbito contractual, (*vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im Joint Venture...*, *op. cit.*, pág. 80).

<sup>103</sup> *Vid. infra* Capítulo Tercero, I.

<sup>104</sup> *Vid.* K. ZWEIGERT y B. von HOFFMANN: «Zur internationalen Joint venture», *Fest. Martin Luther*, Múnich, 1976, págs. 206-209. También *vid.* C.T. EBENROTH: «Das Verhältnis zwischen...», *cit.*, pág. 266, quien, tras la constitución de la sociedad *joint venture*, afirma la existencia de una sociedad doble (*Doppelgesellschaft*). También *vid.* M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, *op. cit.*, págs. 224-225; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 80; F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 57 y 175; A. BAUMANN: «§ 22 Joint Ventures», *cit.*, pág. 503.

<sup>105</sup> Para un análisis detenido sobre la justificación de esta calificación social, y no contractual innominada, del acuerdo base de *joint venture*, *vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 101-110, esp. págs. 108-109.

<sup>106</sup> *Vid.* C. REYMOND: «Le contrat de joint venture», *cit.*, pág. 386. Y siguiendo a este autor, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 12-13; *id.*: «Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung», *Kooperations— und Joint-Venture-Verträge*, (Hrsg. Ch.J. Meier-Schatz), Berna/Stuttgart/Viena, Haupt, 1994, pág. 55. Según explica C. REYMOND, faltaría en el contrato de *joint venture* el *animus societatis* en cuanto frecuentemente los beneficios se realizan directamente en las casas matrices mediante el mecanismo de los precios de transferencia. No obstante, el mismo autor ya mantuvo con anterioridad una calificación social del contrato de base, (*vid.* C. REYMOND: «Reflexions sur la nature juridique du contrat de joint venture», *JdT*, 1975, pág. 486).

<sup>107</sup> *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 109.

<sup>108</sup> En efecto, frente a la tesis más tradicional y apegada a la positividad normativa (M. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, 10.<sup>a</sup> edic., Madrid, Tecnos, 1994, págs. 179-180, pág. 188; R. URÍA: *Derecho Mercantil*, 22.<sup>a</sup> edic., Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 158-160), en la actualidad se cuestiona ampliamente la inclusión del elemento estructural de la causa lucrativa en el concepto de sociedad. Por su contundencia, *vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 *Com. Cc. Min Justicia*, Madrid, Civitas, 1991», *cit.* págs. 1299-1333; *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, esp. págs. 731-732; R. GARCÍA VILLAVARDE: «Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad», *Rev. La Ley*, 1987, I, pág. 135; A. ALONSO UREBA: «Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular», *RdS*, núm. extraordinario 1994, pág. 111; F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 238-240 y pág. 249; L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, pág. 85. No obstante, la jurisprudencia, parece que sin fisura hasta ahora, sigue reteniendo el elemento del ánimo de lucro como elemento esencial de la sociedad. Mediando en esta descoordinación entre normativa positiva, de un lado, y necesidades de la práctica, de otro, *Vid.* A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «Sociedad anónima y fin lucrativo», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, núm. 24, págs. 174-175.

<sup>109</sup> *Vid.* especialmente C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 *Cc*», *cit.*, págs. 1299 y ss. Para la presente investigación, el seguimiento de esta doctrina determina la utilidad de los trabajos de Derecho comparado que han analizado la naturaleza jurídica del acuerdo base de *joint venture*.

<sup>110</sup> En nuestra doctrina, consideran al contrato de *joint venture* como contrato de sociedad M. GÓMEZ MENDOZA: «Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el Derecho de la competencia en la CE», *RDM*, 1993, pág. 844; E. CHULIA VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE: «Consideraciones sobre el contrato de joint venture», *Rev. La Ley*, 1989, 4, pág. 980; A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ: «El joint venture», *Impuestos, Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, 1986, págs. 88-92.

<sup>111</sup> El criterio de distinción entre sociedades civiles y mercantiles no aparece suficientemente claro en nuestro Derecho positivo. No obstante, en el extremo que ahora interesa, en la doctrina parece existir acuerdo respecto a la aplicación de las disposiciones del *Cc.* cuando la sociedad que no haya sido inscrita en el Registro Mercantil tenga una actividad que no pueda calificarse como mercantil o industrial, aunque nuestra jurisprudencia no ha seguido siempre un criterio uniforme. *Vid.* M. BROSETA PONT: *Manual...*, *op. cit.*, págs. 181-182; F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, pág. 242. La calificación de la sociedad como mercantil o civil determina importantes

consecuencias jurídicas en nuestro Ordenamiento. La mercantilidad del contrato determina la aplicación de las normas generales contenidas en el C. de c. sobre los contratos mercantiles y provoca la aplicación al ente del estatuto del empresario. *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO: *ibid.*, pág. 240.

<sup>112</sup> *Vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 Cc», *cit.*, pág. 1315. Para un análisis de las distintas posibilidades de regulación de la sociedad mercantil interna que no sea cuentas en participación, *vid.* R. GARCIA VILLAVERDE: «Exclusión de socios...», *cit.*, págs. 139-141. También *vid.* A. ALONSO UREBA: «Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular», *cit.*, pág. 112. Calificando como sociedad mercantil de tipo personalista y de naturaleza irregular a un contrato de *joint venture*, *vid.* A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ: «El joint venture», *cit.*, págs. 89-92.

<sup>113</sup> *Vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 Cc», *cit.*, pág. 1314, para quien «la disciplina del código civil es, *sic et simpliciter*, el régimen general de la actividad societaria».

<sup>1</sup> En la actualidad, ni el arbitraje ni la doctrina revelan una única pauta a seguir para la determinación por el árbitro de la ley aplicable al fondo del asunto. Como alternativas se han señalado la aplicación de las reglas de conflicto del país donde tenga su sede el tribunal arbitral, o del país a cuya ley material las partes han sometido el contrato. En la doctrina, rechazando la aplicación de las reglas de conflicto del país de la sede del arbitraje, sobre todo en el caso de arbitraje institucional, *vid.* F. RIGAUX: «Examen de quelques questions laissées ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *Cah. dr. eur.*, 24, 1988, pág. 310; A. KASSIS: *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, LGDJ, 1993, pág. 496). Por el contrario, considerando adecuada la aplicación de las reglas de conflicto del país donde tenga su sede la jurisdicción arbitral, *vid.* A. REMIRO BRONTÓNS: «Artículo 10.5 Cc», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1978, pág. 320. Ante este panorama, el Convenio de Nueva York no se pronunció sobre la ley que habrían de aplicar los árbitros al fondo del asunto. Eludiendo también la cuestión, el artículo VII del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (*BOE* núm. 238, de 4 de octubre de 1975), dispone que «los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que estimaren apropiada en el caso en cuestión», solución que, pese a su aparente simplicidad, ha suscitado importantes problemas interpretativos, dudándose, entre otras cuestiones, si dicha norma de conflicto habrá de ser necesariamente estatal o si se atribuye al árbitro la posibilidad de crear una norma de conflicto *ad hoc*. (*vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional*, 2.ª edic, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 769). Pese a tales problemas, el precepto ha tenido un considerable impacto sobre otros textos posteriores (*vid.* el artículo 38 de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para Europa; artículo 33 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL); artículo 13. 3-5 de las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional; artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional).

<sup>2</sup> *Vid.* Sentencia arbitral CCI nº 3131, (Asunto *Pabalk c. Norsolor*), de 26 de octubre de 1979. (*Journ.dr.int.* 1985, pág. 679; *YCA*, 1984, págs. 109-111). Sobre la peripecia experimentada por el laudo de la CCI, dictado con base en elementos no estatales, tanto en el momento del *exequatur* ante la jurisdicción francesa como, paralelamente, en la austriaca ante la que se suscitó contienda sobre la validez del laudo, *vid.* B. GOLDMAN: «Batalla judicial acerca de la *lex mercatoria*», *Rev. La Ley*, Año V, núm. 1095, 21 de diciembre de 1984, págs. 1-10. *Vid.* también la Sentencia de la *Cour d'appel de París (1 Ch. suppl)* de julio de 1989 (asunto *Compañía Valenciana de Cementos Portland c/ Primary Coal*, *Rev. arb.* 1990, págs. 663-674, con nota de P. LAGARDE).

<sup>3</sup> En el ámbito del Convenio Europeo se duda si la referencia del artículo VII. 1 *in fine* a los *usos mercantiles* habría de entenderse como orden jurídico autónomo o, por el contrario, como manifestación del despliegue de la autonomía material de las partes en el marco de un determinado ordenamiento jurídico estatal (*vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional*, *op. cit.*, pág. 769). Algunas legislaciones recientes sobre arbitraje, permiten a los árbitros, en caso de silencio de las partes, hacer aplicación de reglas transnacionales (*vid.* art. 1496 N.c.p.c. francés; artículo 1054.2 CPC holandés; art. 187 de la ley suiza de DIPr). Por el contrario, la nueva ley inglesa de 17 de junio de 1996 (art. 46.3), y la nueva ley alemana de 30 de diciembre de 1997, de reforma del Derecho relativo al procedimiento arbitral —en vigor desde el 1 de enero de 1998— que da nueva redacción a los artículos 1025-1066 de la ley procesal alemana (*ZPO*), establece que, en defecto de elección por las partes, el árbitro aplicará la ley del Estado (*Recht des Staates*) más estrechamente vinculado con el objeto del procedimiento (*vid.* art. 1051.2 *ZPO*). No obstante, en esta última, se establece también

que el árbitro tendrá en cuenta los usos del comercio aplicables, con lo cual pueden encontrar fácil aplicación los elementos más característicos de la *lex mercatoria*. Un sistema similar al alemán es el que sigue la ley de la Federación Rusa sobre el arbitraje comercial internacional, de 7 de junio de 1993 (art. 28).

<sup>4</sup> BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

<sup>5</sup> Vid. artículo V del Convenio de Nueva York. No obstante, la aplicación de la *lex mercatoria* ha sido considerada como contraria al orden público alemán siempre que las partes no lo hayan autorizado expresamente o, al menos, hayan encomendado a los árbitros un arbitraje de equidad, en cuanto la vinculación del árbitro al Derecho en defecto de acuerdo de las partes constituiría un principio de ese carácter (vid. V. TRIEBEL y E. PETZOLD: «Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit», *RIW*, 34, 1988, pág. 249). En nuestro Derecho, en defecto de jurisprudencia, C. ESPLUGUES MOTA, S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ estiman que la rigidez de la solución prevista en el artículo 62 de la Ley de Arbitraje podría dar a los tribunales españoles cierto pie para estimar una posible contrariedad con el orden público español. No obstante, en favor del reconocimiento habría que valorar la flexible posición que mantiene el TS respecto del reconocimiento de decisiones extranjeras y, también, el propio tenor del artículo V del Convenio de Nueva York, que mantiene una posición claramente favorable al reconocimiento (C. ESPLUGUES MOTA (Coordinador), S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ: *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994, págs. 63-64). Por su parte, la resolución adoptada en el Cairo por la *International Law Association* el 28 de abril de 1992 afirma que «el hecho de que un árbitro internacional haya fundado una sentencia sobre reglas transnacionales (principios generales del Derecho, principios comunes a varios Estados, Derecho internacional, usos del comercio, etc), más que sobre el Derecho de un Estado determinado no debería, por sí mismo, afectar a la validez o al carácter ejecutorio de la sentencia, (1) si las partes han acordado que el árbitro aplique reglas transnacionales, o (2) si las partes no han designado el Derecho aplicable (vid. *Rev.arb.*, 1994, pág. 211).

<sup>6</sup> A juicio de A. KASSIS, el árbitro es soberano para decidir sobre el Derecho, pudiendo crear nuevas reglas e incluso determinar directamente la ley aplicable, sin ni siquiera indicar qué reglas de Derecho ha aplicado. Vid. A. KASSIS: *Le nouveau...*, op. cit., págs. 491 y ss.

<sup>7</sup> Vid. A. KASSIS: *Le nouveau droit...*, op. cit., págs. 507 y 510.

<sup>8</sup> Vid. A. KASSIS: *Le nouveau...*, op. cit., págs. 515 y ss.

<sup>9</sup> Como indica E. GAILLARD, la aplicación del sistema conflictual utilizado por el árbitro no puede dejar de responder a los imperativos de la previsibilidad y de la seguridad jurídica (E. GAILLARD: «Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», *Journ.dr.int.*, 122, 1995, págs. 14-15). En similar sentido, vid. O. LANDO: «Conflict-of-Law Rules for Arbitrators», *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Hrsg. H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1981, pág. 159.

<sup>10</sup> Esta parece ser la opinión de A. KASSIS. A su juicio, el árbitro gozaría de un poder soberano de elegir arbitrariamente un sistema de normas de conflicto estatales, o de rechazar todos los sistemas estatales y forjar su propio sistema (la cursiva es nuestra) (A. KASSIS: *Le nouveau...*, op. cit., pág. 512).

<sup>11</sup> Vid. P. LALIVE: «Les règles de conflit de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse», *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Ginebra, Georg, 1977, págs. 57 y ss; id: «Ordre public transnational (o réellement international) et arbitrage international», *Rev. arb.*, 1986, págs. 351-357. A la satisfacción de las expectativas de las partes también se refiere Y. DERAIS: «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, pág. 84. También E. GAILLARD afirma que, en su esfuerzo por seleccionar la ley que le parece tener el mejor título de aplicación, los árbitros han de apreciar el valor respectivo de las diferentes conexiones (lugar de conclusión del contrato, lugar de ejecución, residencia habitual de las partes, etc) que son susceptibles de conducir a la aplicación de uno u otro de los Derechos en presencia (vid. E. GAILLARD: «Trente ans de Lex Mercatoria...», cit., págs. 15-16).

<sup>12</sup> Sobre estos extremos vid. *infra* Capítulo Cuarto.

<sup>13</sup> F. RIGAUX: «Examen de quelques...», cit., págs. 310-318. Para E. JAYME «el papel del Convenio de Roma ante las instancias arbitrales no puede ser minusvalorado, en cuanto constituye una ley europea uniforme (vid. E. JAYME: «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, pág. 69). En sentido similar, vid. E. GAILLARD: «Trente ans de Lex Mercatoria...», cit., pág. 25.

<sup>14</sup> La recepción de la teoría de los contratos relacionales en Alemania, ha originado intentos de construcción de un categoría contractual autónoma, los *contratos complejos de larga duración*, de la que habría que predicar una metodología específica. Entre los rasgos de estos contratos se contarían su posición entre las relaciones contractuales de cambio (*Austauschvertrag*) y las relaciones contractuales duraderas de tracto sucesivo

(*Dauerschuldverhältnisse*), su orientación a la ejecución en común de un proyecto en el que participan una pluralidad de socios durante un periodo de tiempo prolongado, su asociación con sistemas técnicos, y la incertidumbre más o menos acusada en torno a los derechos y obligaciones de las partes (*vid.* F. NICKLISCH: «Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge», *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, C.F. Müller. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 17-21). Las aportaciones posteriores, sin embargo, se distanciaron respecto a la posibilidad de desarrollar principios jurídicos generales para los contratos complejos de larga duración. Para una revisión crítica de esa tesis, cuestionando la legitimidad de elaborar una categoría o tipo contractual, al que puedan asociarse efectos jurídicos determinados, *vid.* 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.

<sup>15</sup> L. HUBER: *Das Joint-Venture... cit.*, pág. 18; *id.*: «Vertragsgestaltung: Grundstruktur...», *cit.*, págs. 33-43. También *vid.* H.D. ASSMANN: «Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)» *Aktiengesetz, Großkommentar*, Hrsg. K.J. Hopt u.a. 4. Auf., 1992, págs. 281. Aludiendo a la *loyauté renforcé* que incorporan los contratos de *joint venture*, *vid.* L.O. BAPTISTA Y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations...*, *op. cit.*, págs. 101-102. En el mismo sentido, *vid.* F. DEXMIER: «L'émergence des joint ventures en Europe (explications et implications d'un phénomène)», Tesis inédita, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1988, pág. 58.

<sup>16</sup> L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 22-23.

<sup>17</sup> *Vid. infra* Capítulo Tercero, II, 2.

<sup>18</sup> En el centro de la discusión, *vid. inter alia* B. GOLDMAN: «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», *Journ.dr.int.*, 106, 1979, págs. 475-505; O. LANDO: «The lex mercatoria in international commercial arbitration», *ICLQ*, 34, 1985, págs. 747-768; C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 5. Auf., Colonia, O. Schmidt, 1996, págs. 74-78; J. PAULSSON: «La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.», *Rev.arb.*, 1990, págs. 55-100.

<sup>19</sup> *Vid.* Ph. KAHN: «Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international», *Journ.dr.int.*, 115, 1989, pág. 313. Desde una perspectiva crítica con la *lex mercatoria*, *vid.* el análisis de A. GIARDINA: «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.*: «La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux», *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 223-234.

<sup>20</sup> No obstante, así sucede en el arbitraje entre Estados y nacionales de otros Estados que establece el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965. Por ejemplo, el laudo del Comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985, al anular la decisión del Centro dictada en el asunto *Klöckner c Camerún*, indicó que «el artículo 42 del Convenio de Washington reserva a los principios del Derecho internacional un doble papel, bien *complementario* (en caso de laguna en el Derecho del Estado), bien *correctivo*, en caso de que el Derecho estatal no resulte conforme, en todos los puntos, a los principios del Derecho internacional. Por ello, los árbitros no pueden recurrir a los principios del Derecho internacional más que después de haber investigado y establecido el contenido del Derecho del Estado parte en la diferencia, y después de haber aplicado las reglas pertinentes del Derecho estatal». La transgresión del sistema establecido en el art. 42 determinó la anulación del laudo (*Journ.dr.int.*, 1987, págs. 166-167; *Yearbook C.A.* 1986, pág. 170).

<sup>21</sup> Esta mayor libertad del árbitro encuentra reflejo directo, en primer lugar, en recientes leyes de arbitraje estatales, que conceden eficacia a los pactos de designación de ley al margen del Derecho de un Estado (*vid.* art. 1496 del Nuevo C.p.c. francés; art. 1054.1 del CPC holandés; art. 187 de la Ley federal suiza de DIPr; art. 28 de la ley rusa de 1993; art. 46 de la ley de arbitraje inglesa de 17 de junio de 1996; art. 1051 de la nueva ley alemana sobre arbitraje que modifica el *ZPO*). También *vid.* el art. 28.1 de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje internacional. En segundo lugar, las remisiones a materiales extraestatales podrán ser consideradas como solicitud de un arbitraje de equidad (*vid.* art. VII, 2. Convenio Europeo sobre arbitraje Comercial Internacional, *cit.*). En última instancia, la mayor libertad del árbitro resulta, de hecho, al no contemplarse el control de la ley aplicada como motivo de anulación del laudo, o como causa de denegación del reconocimiento, siempre que dicho motivo no quede comprendido en el correctivo del orden público.

<sup>22</sup> En este sentido, *vid.* E. GAILLARD: «Trente ans de Lex Mercatoria...», *cit.*, pág. 29.

<sup>23</sup> *Vid.* W. WENGLER: «L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable», *Riv.crit.dr.int.pr.*, 79, 1990, pág. 670; A. GIARDINA: «La lex mercatoria et la sécurité...», *cit.*, pág. 225; *id.*: «La lex mercatoria e la certezza...» *cit.*, pág. 463; O. LANDO: «The law applicable to the Merits of the Dispute», *cit.*, pág. 154. En una óptica más general, tras examinar la variada utilización que hace el arbitraje internacional del principio de buena fe, P. MAYER concluye señalando que, para que un Ordenamiento jurídico pueda reputarse adecuado a la

complejidad del comercio internacional, y para que pueda generar previsibilidad en las partes, sería preciso un alto grado de especialización de las reglas. Sustituir todas las reglas por un principio único constituiría una regresión (P. MAYER: «Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international», *Études de droit international en l'Honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pág. 555). En este mismo sentido, después vid. (P. LALIVE: «Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'état», *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tomo I, Bruselas, Nemesis, 1986, pág. 450). No obstante, señalando la virtud del principio de buena fe para construir un sistema mediante la extracción de principios para situaciones concretas, vid. PH. KAHN: «Les principes généraux...», *cit.*, págs. 319-320. En similar sentido, vid. P. WEIL: «Principes généraux du droit et contrats d'État», *Le droit des relations économiques internationales*, Études B. Goldman, París Litec, 1987, págs. 412-414.

<sup>24</sup> Como afirma E. GAILLARD, la sentencia *Klöckner c. Camerún* dictada por el CIRDI, es reveladora de los límites del método de los principios generales del Derecho, dada la dificultad de resolver cuestiones muy técnicas a través de tales principios (*ad. ex.* conocer si el juego de la *exceptio non adimpleti contractus* exige o no un requerimiento previo [*mise en demeure*] o declaración de voluntad dirigida a poner de relieve la falta de cumplimiento, y la reclamación de dicho cumplimiento). Vid. E. GAILLARD: «Nota al laudo CIRDI de 21 de octubre de 1983», *Journ.dr.int.* 1987, págs. 137-145.

<sup>25</sup> En este caso se trataba de una *joint venture* constituida entre el Estado de Camerún y el Grupo alemán *Klöckner*, cuyo objeto era el establecimiento de una fábrica de abonos en ese país. El fracaso económico de dicha instalación dio lugar, a la hora de liquidar la situación, a una contienda ante el CIRDI, en la que se discutía sobre las obligaciones contractuales de las partes. Mientras *Klöckner* imputaba el fracaso de la fábrica a las circunstancias económicas, Camerún, entre otros argumentos, hizo valer la obligación, que habría incumplido *Klöckner*, de informar a su socio sobre el estado del mercado de abonos, que sufrió una fuerte caída en ese tiempo, a pesar de que dicha obligación no figuraba en el contrato. El laudo dictado el 21 de octubre de 1983 dio la razón a Camerún, afirmando el deber de lealtad que correspondía a *Klöckner*, una de cuyas manifestaciones consistía en informar al socio de todos los eventos de importancia vital para al proyecto, cuyo conocimiento por el socio habrían determinado una actuación distinta del mismo. Dicha obligación habría sido incumplida (sentencia CIRDI de 21 de octubre de 1983, *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH, Klöckner Belge S.A. y Klöckner Handelsmaatschappij c/ República de Camerún y Sociedad camerunesa de abonos (SOCAME)*, *Journ.dr.int.* 1984, págs. 409-454). El tribunal *ad hoc* que anuló el laudo afirmó, entre otros argumentos, que la decisión del Centro tenía la apariencia de una simple referencia a la equidad, a principios universales de justicia y de lealtad como aquellos que invocan los amigables componedores, por lo que consideró que la motivación del fallo se situaba al margen del marco fijado por el art. 42 del convenio de Washington, que ordena la aplicación preferente del Derecho del Estado anfitrión de la inversión. El laudo fue anulado por *exceso de poder manifiesto* en virtud del art. 52.1 b) del convenio (decisión del Comité *ad hoc* de 3 de mayo de 1985, *Journ.dr.int.* 1987, págs. 163-174; *Yearbook C.A.*, XI, 1986, págs. 162-184).

<sup>26</sup> Sentencia del CIRDI de 20 de noviembre de 1984 (Asunto *Amco Asia y otros c República de Indonesia*, *Journ.dr.int.*, 1987, págs. 145-163), y decisión de anulación de 16 de mayo de 1986 (*Journ.dr.int.* 1987, págs. 174-191). El Comité *ad hoc* consideró como dictada en equidad la decisión del CIRDI, que había basado su decisión en unos pretendidos principios generales de contabilidad (*general accounting principles*), sin mayor especificación. En este caso, la decisión del Comité no fue meramente formal, sino que respondió también a la indebida inaplicación por el CIRDI de normas imperativas de Indonesia, relativas a la obligación del inversor de registrar su inversión en el Banco Central, y de efectuar de forma íntegra la inversión pactada.

<sup>27</sup> Esta valoración resulta especialmente grave, dada la presencia en los sistemas nacionales e internacionales de arbitraje, de causas de nulidad que radican, precisamente, en el hecho de haber fallado los árbitros conforme a la equidad, y no según Derecho. Vid. A. GIARDINA: «La lex mercatoria e la certezza...», *cit.*, págs. 467-470.

<sup>28</sup> P. MAYER: «Le principe de bonne foi...», *cit.*, pág. 549. Por otra parte, considerándola meramente formal, se insiste en afirmar que la sentencia *Klöckner* deja subsistente la cuestión de la existencia de un principio de la *lex mercatoria* en el sentido indicado por la primera sentencia (vid. PH. KAHN: «Les principes généraux...», *cit.*, pág. 320; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 19-22). A esta línea de pensamiento cabe adscribir la decisión del Tribunal Supremo de Austria de 18 de noviembre de 1982, asunto *Pabalk c. Norsolor*. Vid. B. GOLDMAN: «Batalla judicial...», *cit.*, págs. 2 y 7.

<sup>29</sup> Han de ser valorados de forma muy positiva los recientes trabajos de la *International Law Association (Transnational Rules in International Commercial Arbitration*, Publication CCI, núm. 480/4, 1993), y del UNIDROIT (*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995).

<sup>30</sup> Como indica E. GAILLARD, cuando las conexiones con diversos países se encuentran muy dispersas, la aplicación de la solución más particularista puede generar sorpresas, mientras que aquella que corresponde al punto de vista de general aceptación podría contribuir a la promoción de la seguridad jurídica. Vid. E. GAILLARD: «Trente

ans de Lex Mercatoria...», *cit.*, pág. 27. En nuestra opinión, la razón fundamental para aplicar la regla transnacional debería ser hallada en la dificultad, o imposibilidad, de atribuir mejor título de aplicación a un Derecho estatal que a otro.

<sup>31</sup> En este sentido, el preámbulo de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, elaborados por el UNIDROIT, afirma expresamente la utilidad que pueden prestar estos principios «cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato». Con todo, las aclaraciones ofrecidas indican expresamente que «*recurrir a los Principios en sustitución del derecho nacional aplicable al caso debe ser un último recurso*».

<sup>32</sup> De un lado, el artículo 1.7 (buena fe y lealtad negocial) comporta que las partes, «aun en ausencia de una disposición específica en los Principios, deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato». De otro, el artículo 5.2 (obligaciones expresas e implícitas) indica como fuente de las obligaciones implícitas a la buena fe y a la lealtad negocial, así como al sentido común.

<sup>33</sup> *Vid.* P. MAYER: «Le principe de bonne foi...», *cit.*, pág. 549.

<sup>34</sup> A juicio de P. MAYER, dada la existencia en cada Estado de un cuerpo de jurisprudencia delimitadora del alcance del principio de buena fe, que podría no coincidir en cada Ordenamiento, sería preferible el recurso a la legislación estatal para completar o corregir, desde aquél principio, el contenido de la regla *pacta sunt servanda*. Cuando el principio de la buena fe se aplica a título de *lex mercatoria*, la conjugación de la flexibilidad de uno y otra no favorece la previsibilidad. (P. MAYER: «Le principe de bonne foi...», *cit.*, págs. 555-556).

<sup>35</sup> *Vid.* E. JAYME: «Moderne Vertragsformen und Klassisches internationales Privatrecht», *Heidelberg Jahrbücher*, 1985, págs. 15-27.

<sup>36</sup> *Vid.* N. DAVID: «Les entreprises conjointes. Quelques problèmes pratiques», *Journ.dr.int.*, 115, 1988, pág. 47.

<sup>37</sup> España ha concluido numerosos convenios bilaterales, especialmente con los países de Iberoamérica, dirigidos al establecimiento de un compromiso de cooperación financiera así como de un marco de estabilidad propicio para la seguridad y garantía de las inversiones, especialmente en lo relativo al tratamiento de la repatriación del capital y de los beneficios (*vid.* Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Argentina, hecho en Madrid el 3 de junio de 1988 y Acuerdo Económico, Protocolo de Cooperación Científica y Tecnológica y Protocolo Cultural integrantes del mismo, *BOE* de 28 de agosto de 1989, modificado mediante Canje de Notas de 30 de septiembre de 1992, *BOE*, de 1 de abril de 1993; Tratado de amistad y cooperación entre el Reino de España y la República de Bulgaria, firmado en Sofía el 23 de mayo de 1993, Instrumento de ratificación de 14 de julio de 1995, *BOE*, de 20 de octubre de 1995; Tratado general de cooperación y amistad entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil y Acuerdo económico integrante del mismo, hecho en Madrid el 23 de julio de 1992, *BOE*, de 8 de julio de 1994, corr. erratas, *BOE*, 17 de enero de 1995; Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República de Chile y Acuerdo Económico anejo al mismo, firmados en Santiago, Chile, el 19 de octubre de 1990, *BOE*, de 17 de septiembre de 1991; Tratado General de Cooperación y Amistad, Protocolo de cooperación técnica y científico-tecnológica, Protocolo de cooperación educativa y cultural y Acuerdo económico, entre el Reino de España y la República de Colombia, firmados en Madrid el 29 de octubre de 1992, Instrumento de ratificación de 13 de enero de 1994, *BOE* de 1 de agosto de 1995, corr. errores *BOE* de 2 de enero de 1996; Acuerdo de Cooperación Económica e Industrial entre el Reino de España y la República Arabe de Egipto, hecho en El Cairo el 12 de marzo de 1991, *BOE*, de 28 de enero de 1993; Tratado de amistad y cooperación entre el Reino de España y la República de Hungría, hecho en Madrid el 6 de febrero de 1992, Instrumento de ratificación de 1 de enero de febrero de 1994, *BOE*, de 15 de marzo de 1994; Acuerdo Marco de Cooperación Económica y Financiera entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 29 de junio de 1988, *BOE* de 3 de diciembre de 1988; Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, y Acuerdo Económico, firmados en México el 11 de enero de 1990, *BOE*, de 16 de julio de 1991; Tratado de Relaciones de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y Rumanía, hecho en Madrid el 4 de febrero de 1992, Instrumento de ratificación de 23 de abril de 1993, *BOE*, de 9 de julio de 1993; Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la Federación de Rusia, firmado en Madrid el 12 de abril de 1994, Instrumento de ratificación de 14 de julio de 1995, *BOE*, de 16 de octubre de 1995; Acuerdo Marco de Cooperación Económica y Financiera entre el Reino de España y la República Tunecina, hecho en Madrid el 28 de mayo de 1991, *BOE*, de 17 de marzo de 1992; Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Madrid el 7 de abril de 1992, *BOE*, de 27 de mayo de 1994; Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, Anexo y Acuerdo Económico integrante del mismo, firmado en Madrid el 23 de julio de 1992, *BOE*, de 2 de junio de 1994, correc. errores, *BOE*, de 22 de julio de 1994; Tratado General de Cooperación y Amistad entre el Reino de España y la

República de Venezuela, firmado en Madrid el 7 jun. 1990, *BOE*, de 16 de julio de 1992). También *vid.* el convenio cuadro de 2 de abril de 1990 entre la Comunidad Europea y la República Argentina sobre política comercial y cooperación económica, que entró en vigor el 1 de agosto de 1991 (*vid. C. ZSCHOCKE: Die Verträge unternehmerischer Zusammenarbeit des argentinischen Rechtes*, Hamburgo, 1995).

<sup>38</sup> No en vano, los numerosos tratados bilaterales mencionados en la nota anterior, si bien indican la forma de la *sociedad mixta o empresa conjunta* como modalidad de cooperación a través de la cual podrán canalizarse las inversiones directas, no establecen un régimen jurídico privado concreto para las mismas, limitándose a contemplar a la *joint venture* como medio idóneo para la cooperación.

<sup>39</sup> Sobre las razones que no aconsejan la adopción de esta forma jurídica por la *joint venture*, *vid. supra* Capítulo Primero, III, 2, D.

<sup>40</sup> Sobre la designación del propio contrato como ley del mismo, *vid. infra* Capítulo Tercero, II, 2, G.

<sup>41</sup> *Vid.* F. KNOEPFLER y O. MERKT: «Les accords...», *cit.*, pág. 757.

<sup>42</sup> La necesaria correspondencia entre el criterio de conexión empleado y el valor, o valores, que informan a cada rama del Derecho, ha sido puesta de relieve por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: «El paradigma...», *cit.*, pág. 5265. También *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso...*, *op. cit.*, págs. 80-84. Sobre la posibilidad de fundar racionalmente los juicios de valor, *vid.* K. LARENZ: *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), págs. 203 y ss. Para una exposición reciente del modo en que aparecen, y es posible inferir, tales valoraciones en una comunidad, *vid.* M. BELADIEZ ROJO: *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, págs. 43-69.

<sup>43</sup> Principios como el de autonomía conflictual, vigentes en el ámbito contractual, resultan extraños, al menos en su sentido técnico preciso, al Derecho de las personas jurídicas y de las sociedades, en el que la primacía corresponde a la protección de terceros y del tráfico, lo que suele plasmar en conexiones objetivas de carácter rígido. Y es que el Derecho de sociedades no sólo se dirige a proporcionar formas de organización a las iniciativas colectivas sino que sirve, a la vez, a la necesidad de velar por el equilibrio de los numerosos intereses en presencia (de los socios, de los acreedores, de los trabajadores, e intereses públicos). *Vid.* R. TSCHÄNI: «Gesellschafts— und kartellrechtliche Probleme der GU», *SAG*, 49, 1997, pág. 89.

<sup>44</sup> Así lo entiende la totalidad de la doctrina que ha estudiado las cuestiones de DIPr que suscita la *equity joint venture*. *Vid.* K. ZWEIGERT y B. von HOFFMANN: «Zur internationalen Joint Venture», *cit.*, págs. 205-206; C.T. EBENROTH: «Nach Art. 10», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, EGBGB und IPR, Handels— und Gesellschaft, Múnich, 1990, págs. 559-560; *id.*: «Das Verhältnis zwischen...», *cit.*, págs. 265-271; P.M. KLEINSCHMIDT: «Kooperationsvertrag», en C. REITHMANN y D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Colonia, 1988, págs. 794 y ss. B. GROBFELD: *Internationales unternehmensrechts. Das Organisationsrechts transnationaler Unternehmen*, Heidelberg, 1986, pág. 80; P. ZIHLMANN: «Gemeinschaftsunternehmen (joint business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften», *cit.*, págs. 317-327; E.J. MESTMÄCKER: «Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern— und Kartellrecht», *cit.*, pág. 13; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 54; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 79. *Vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im kollisionsrecht der komplexe Vertragsverhältnisse*, Heidelberg, Carl Winter, 1989, pág. 38, quien pone de relieve que los sistemas de DIPr. no suelen contener una norma de conflicto para los supuestos de la realidad (*für den Sachverhalt als ganzes*), sino que proveen normas para grupos de materias jurídicas, siendo cada parte del conjunto objeto de una conexión aislada.

<sup>45</sup> Las conexiones del principio de libertad de contratación con el principio constitucional del libre desenvolvimiento de la personalidad (artículo 2 GG), y con el modelo que sigue nuestro sistema económico, han sido puestas de relieve por D. MEDICUS: *Tratado de las relaciones obligacionales*, *op. cit.*, págs. 40-41.

<sup>46</sup> *Vid.* A. LÜDERITZ: «Anknüpfung im Parteiinteresse», *Fest. G. Kegel*, 1977, pág. 36.

<sup>47</sup> *Vid.* G. KEGEL: *Internationales Privatrecht*, 7. Auflage, Múnich, C.H. Beck, 1995, págs. 109-110.

<sup>48</sup> No será difícil reconducir este postulado al principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 CE.

<sup>49</sup> B. AUDIT: «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit», *Rec. des Cours*, tom. 186 1984-III, págs. 275 y ss.

<sup>50</sup> *Vid.* G. KEGEL: *Internationales Privatrecht...*, *op. cit.*, págs. 110-111.

<sup>51</sup> *Vid.* N. BOUZA VIDAL: «Los acuerdos de cooperación...», *cit.*, págs. 4-5.

<sup>52</sup> *Vid.* L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les association...*, *op. cit.*, págs. 118-119.

<sup>53</sup> Como indican F. KNOEPFLER y O. MERKT «cuando por negligencia o por otras razones, las partes no han hecho uso de la autonomía conflictual, ¿es preciso apreciar separadamente cada uno de estos acuerdos, o considerar

que forman parte de un contrato complejo, para someterlos a la misma ley?». Vid. F. KNOEPFLER y O. MERKT: «Les accords de joint venture...», *cit.*, págs. 765-767.

<sup>54</sup> La jurisprudencia del TS ha indicado, en reiteradas ocasiones, que el soporte documental, único o vario, de una operación no es determinante de la unidad o pluralidad contractual. Vid., recientemente, STS de 13 de julio de 1993, RA 6013/199.

<sup>55</sup> Según la jurisprudencia del TS español, en el contrato complejo «los distintos elementos que lo forman aparecen entrelazados e inseparablemente unidos por la voluntad de las partes, de forma que no es posible aislarlos y regularlos separadamente, pues se desnaturalizaría la voluntad y el fin económico que las partes tuvieron en cuenta al contratar», (STS de 26 de enero de 1994, RA 446/1994). En la doctrina. Vid. L. DIEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, (Introducción. Teoría del contrato), 4.ª edic., Madrid, 1993, págs. 362-363, quien lo distingue del contrato mixto. Impugnando la distinción entre contrato complejo y mixto. (vid. F. DE CASTRO y BRAVO: *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 208); A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos (Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)*, Barcelona, Bosch, 1994, pág. 284. La jurisprudencia de nuestro alto Tribunal utiliza indistintamente las expresiones *contrato mixto* y *contrato complejo* como conceptos sinónimos. Vid. STS de 9 de octubre de 1995, RJ 7026/1995.

<sup>56</sup> Sobre el concepto de «operación compleja», vid. L. RADICATI DI BROZOLO: *Operazioni bancarie internazionale e conflitti di leggi*, Milán, Giuffrè, 1984, págs. 178-179.

<sup>57</sup> A juicio de la doctrina, esta es la idea de la que arranca el sistema de determinación de ley aplicable que establece el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980. Vid. O. LANDO: «The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations», *CMLR*, vol. 24, 1987, págs. 167-168; D. MARTINY: «Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht. Art. 28», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht), 2. Auf. Múnich, 1990, pág. 1552; 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, pág. 2. Vid. M. VIRGÓS SORIANO en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado, parte especial*, 6.ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pág. 189.

<sup>58</sup> Vid. artículo 4.1 *in fine*, CR.

<sup>59</sup> Vid. M. CHECA MARTÍNEZ: *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, Beramar, 1994, pág. 138.

<sup>60</sup> Es clásico el estudio de G. CASSONI: «I contratti collegati nel diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1979, págs. 23-42, quien, de la conexión entre contratos, extrae consecuencias, en DIPr, según dicha conexión proceda de la naturaleza de las relaciones (conexión necesaria ya sea por auxiliaridad, accesoriedad o subordinación), o simplemente de la voluntad de las partes. Sobre esta distinción ha sido construida otra, que diferencia entre contratos conexos dependientes e interdependientes, distinción que ha revelado mayor utilidad para la extracción de consecuencias jurídicas. Vid. F. GALGANO: *Diritto Civile e Commerciale*, vol II, Tomo I, Padova, Cedam, 1990, pág. 180. Vid. F. MESSINEO: «Voz Contrato collegato», *Enc Dir.*, 1962, vol X, pág. 50. Mostrando la diferente relevancia jurídica, en DIPr., de la conexión entre contratos, según se trate de relaciones de dependencia o de interdependencia, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *El contrato internacional. Fraccionamiento versus unidad*, Madrid, Civitas, 1992, págs. 158-159.

<sup>61</sup> Los efectos que cada uno de los contratos coligados despliega sobre los demás contratos se determinarán por la ley rectora del contrato que va a resultar afectado. Vid. M. VIRGÓS SORIANO en J.D. GONZALEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado, op. cit.*, pág. 189.

<sup>62</sup> No obstante, favorable a esta tesis, vid. C. REYMOND: «Le contrat de joint venture», *cit.*, pág. 392.

<sup>63</sup> Esta posibilidad se situaría en contradicción con los principios más elementales del Derecho de contratos, pues «es claro que si en una situación intervienen tres o más contratantes adoptando posiciones distintas, habrá que entender celebrados dos o más convenios», (vid. A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos...*, *op. cit.*, pág. 281 con ulteriores referencias). En Derecho alemán, vid. D. MEDICUS: *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 644.

<sup>64</sup> En este sentido, vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 60-61; Cfr. F. KNOEPFLER y O. MERKT: «Les accords de joint venture...», *cit.*, pág. 760 y 766; K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 128.

<sup>65</sup> Nuestra jurisprudencia, de modo análogo a la de los sistemas de nuestro entorno, ha consagrado el carácter excepcional de este recurso. Vid. STS de 29 de abril de 1987, de 4 de marzo de 1988, de 12 de noviembre de 1991, de 3 de junio de 1991 y de 12 de enero de 1993.

<sup>66</sup> Vid. A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires...», *cit.*, pág. 859.

<sup>67</sup> Vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 60-61.

<sup>68</sup> El contrato base suele contener cláusulas del siguiente tenor: «*The Company will indemnify and defend all members of the Board of Directors and the Managing Director from actions taken, including claims of third parties*»; «*The New Company shall exercise the same degree of care to protect Company A Technology and Company B Technology that it uses to preserve or safeguard New Technology*».

<sup>69</sup> De este tipo de eficacia es expresiva la siguiente cláusula: «*Immediately following the Closing, Company A and Company B shall cause the New Company to execute this Agreement*».

<sup>70</sup> En este sentido, *vid.* A. SANFELIZ MEZQUITA: «La práctica...», *cit.*, pág. 9; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 60-61. En nuestro ordenamiento, la vinculación de esta sociedad podría fundarse, incluso al margen de poder ser considerada como parte del contrato, dado que «cuando se produce el *asentimiento* del contrato por parte de personas que rigurosamente deberían ser considerados como terceros ajenos al contrato, éstas podrían estar vinculados por él de acuerdo con los principios de *autorresponsabilidad* y de *confianza*». L. DíEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, págs. 393-395.

<sup>71</sup> La firma puede otorgar acción a la sociedad conjunta para exigir, directamente, el cumplimiento de las prestaciones debidas por los participantes.

<sup>72</sup> La ley aplicable al acuerdo base decidirá sobre las consecuencias de esta aceptación. En nuestro ordenamiento, el artículo 1257.2 Cc. anuda consecuencias jurídicas a la aceptación del tercero beneficiado. En otros ordenamientos, como el alemán, la aceptación resulta irrelevante. Pese a todo, desde nuestro ordenamiento, si la firma determina una vinculación general de la sociedad *joint venture* con los compromisos del acuerdo base, la existencia de estipulaciones a favor de tercero debe cuestionarse dado que «para que exista obligación a favor de tercero el beneficiario ha de ser rigurosamente tercero respecto del contrato que se celebre», y en este caso existe más bien una adhesión plena al contrato, que genera derechos y obligaciones (*vid.* L. DíEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 407).

<sup>73</sup> En sus palabras, «*Zur Ermittlung der relevanten Kollisionsnormen ist der Lebenssachverhalt «Basisverhältniss» in einem möglichst umfassenden Sinn zu verstehen; die Durchführungsverträge sind entsprechend miteinzubeziehen. Diese kollisionsrechtliche Standortbestimmung erfolgt mit anderen Worten aufgrund einer Grobanalyse des Sachverhalts, welche im Gegensatz zur prinzipiell getrennten Anknüpfung von Basisvertrag und Joint-Venture-Gesellschaft eine zunächst einheitliche Anknüpfung von Kooperationsvertrag und Durchführungsverträgen rechtfertigt*». L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 58.

<sup>74</sup> En sus palabras, «*In einem ersten Schritt kann von einer Vermutung zugunsten des Einheitsstatut gesprochen werden. (...) In die Lokalisierung des Grundverhältnisses unter eine Rechtsordnung werden zunächst sämtliche Durchführungselemente wie Lieferpflichten, Know-how— und Technologietransfer, Abnahmepflichten, Management— und Marketingverträge u.dgl. miteinbezogen*». L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 98-99. En otro sector, este método ha sido seguido por F. VISCHER: «*Die internationalen Kartellvereinbarungen im schweizerischen Privatrecht*», *Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Ginebra, 1954, pág. 95.

<sup>75</sup> Pues el autor indica la necesidad de decidir, en un segundo paso metodológico, si las cuestiones particulares (*Teilfragen*) deben o no someterse a un ordenamiento distinto. Entre tales cuestiones se encontrarían los contratos satélites, a los que, en principio, se niega autonomía. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 59 y 111.

<sup>76</sup> Para L. HUBER, el surgimiento de nuevos derechos y obligaciones durante la fase operacional (quizás está pensando en nuevos contratos satélites), podría influir en la determinación de la ley aplicable al acuerdo base. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 100-101.

<sup>77</sup> Con anterioridad vimos que el contrato base y los contratos satélites no forman un único contrato. En las páginas que siguen tendremos ocasión de demostrar, que entre el contrato base y los acuerdos satélites tampoco puede mantenerse que exista una relación de tipo social, o una *relación contractual compuesta* que podría, en mayor medida que en ningún otro caso, justificar la calificación global del supuesto.

<sup>78</sup> Sobre este problema, *vid. infra* Capítulo Cuarto, IV.

<sup>79</sup> Lo que podría tener lugar mediante la actuación de una conexión accesoría. En este sentido, *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im Joint Venture*, *op. cit.*, pág. 78.

<sup>80</sup> La escisión de los contratos satélites respecto al contrato de base no es cuestión caprichosa, sino que responde también a razones materiales, que podrían justificar su incidencia en sede de ley aplicable. En algunos países de Iberoamérica se exige la aprobación por el Gobierno de los acuerdos de transferencia de tecnología. La existencia de un contrato satélite autónomo que regule esta transferencia, puede encontrar razón de ser en la necesidad de dotar de autonomía a una parte del acuerdo, que será objeto de supervisión administrativa. Por otra parte, el marco contractual independiente puede ser apropiado para asegurar ciertos intereses de la sociedad participante que, por ejemplo, cede una patente o una marca a la sociedad común. *Vid.* K. LANGFELD-WIRTH: *Joint*

Ventures..., *op. cit.*, pág. 128; L.O. BAPTISTA y A. SIERRALTA RIOS: *Aspectos jurídicos del Comercio Internacional*, *op. cit.*, pág. 231.

<sup>81</sup> Para una síntesis actual de las concepciones de Derecho comparado sobre la unidad o pluralidad contractual, *vid.* A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos...*, *op. cit.*, págs. 176-281. La afirmación ha de entenderse, siempre, sin perjuicio del Derecho que sea de aplicación. En defecto de un pronunciamiento del CR sobre esta cuestión, y de las dificultades que podría entrañar la elaboración de una interpretación de base uniforme, tal y como previene el artículo 18 CR, parece factible acudir al criterio de la *lex fori*, dadas las dificultades que puede revestir la consulta de una hipotética *lex causae*. En favor de esta interpretación, cabe argüir que el Convenio no descarta con carácter absoluto el recurso a una interpretación *lege fori* (*vid.* art. 10.2 y M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE*, N° C 327, pág. 30).

<sup>82</sup> F. DE CASTRO y BRAVO: *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pág. 209; L. Díez PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, *op. cit.*, pág. 363.

<sup>83</sup> *Vid. ad. ex.* M. VIRGÓS SORIANO en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado*, *cit.*, pág. 238; M. CHECA MARTÍNEZ: *El crédito documentario...*, *op. cit.*, pág. 218; J. CARRASCOSA GONZALEZ: *El contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 154; L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional: la prestación característica*, Zaragoza, Cometa, 1994, pág. 188; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 63. Afirmando la necesidad de evitar el controvertido concepto causal al efecto de la identificación de las unidades contractuales, *vid.* J.J. PÉREZ MILLA: *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Pamplona, 1996, pág. 121.

<sup>84</sup> De la relevancia que corresponde a la voluntad de las partes en la construcción de la unidad contractual, resulta ilustrativa la STS de 26 de enero de 1994 (RA 446/1994). En Derecho alemán, como criterio para decidir sobre la presencia de una unidad o pluralidad contractual, se ha propuesto también el recurso directo a la voluntad de los interesados (*vid.* D. MEDICUS: *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 644).

<sup>85</sup> Aludiendo a la diversidad funcional de los contratos satélites, *vid.* L.O. BAPTISTA y A. SIERRALTA RIOS: *Aspectos jurídicos...*, *op. cit.*, pág. 217.

<sup>86</sup> En la práctica contractual, estos contratos satélites traen causa de cláusulas del contrato base del siguiente tenor: «Mediante contrato la sociedad A garantizará a la sociedad *joint venture* una licencia para el ejercicio de su actividad»; «La sociedad A se compromete con la sociedad B a celebrar un contrato de licencia sobre la utilización de una determinada patente con la sociedad *joint venture*»; «Mediante contrato de arrendamiento la sociedad A proveerá a la sociedad *joint venture* el equipamiento a que se refiere el anexo C, a las tarifas actuales allí especificadas».

<sup>87</sup> La práctica permite apreciar variadas articulaciones de este segundo tipo de vinculación, como muestran las siguientes cláusulas: Tipo 1: «The Engineering and Development required to meet the Business Plan objectives *may be satisfied* in part by services and materials to be provided by A to the New Company under contracts negotiated in good faith between the New Company and A on reasonable terms and conditions and for an agreed upon value to the New Company of such services and materials». Tipo 2: «The New Company *shall also give A preference as one supplier* with respect to the New Company's award of any contract as a manufacturer of products for Bathymetric Navigation Equipment, including components thereof and software, provided A products are competitive in quality, price specification, and conditions for delivery». Es preciso advertir, para encontrar aplicación a estas cláusulas, que, como indica R. DÁVALOS FERNÁNDEZ, el socio local pretende monopolizar el suministro de materias primas y piezas de repuestos; mientras que, por su parte, el inversionista extranjero prefiere no amarrarse a un solo suministrador. *Vid.* R. DÁVALOS FERNÁNDEZ: *Las empresas mixtas...*, *op. cit.*, pág. 6.

<sup>88</sup> La siguiente cláusula es ilustrativa de este efecto: «In the event of a termination of the Joint Venture Agreement by virtue of B or a third party acquiring all of the shares of Licensee owned by Licensor, *this Agreement shall continue in effect* for its term as provided in Article 7, provided that, Licensor shall not be obligated to provide to Licensee additional Technical Information and Assistance, and further provided that, upon request of Licensor, compensation due Licensor under the terms of this Agreement shall be subject to renegotiation by the Parties at that time to provide payment to Licensor hereunder based upon the then current reasonable market value».

<sup>89</sup> A juicio de C. REYMOND, dicha dependencia recíproca puede ser afirmada en todos los casos. El equilibrio de los acuerdos satélites sería el resultado de negociaciones difíciles. Así, las condiciones del apoyo tecnológico acordado por uno de los participantes dependen, a menudo, de las de financiación que asegura otro. (*vid.* C. REYMOND: «Le contrat de Joint Venture», *cit.*, pág. 391).

<sup>90</sup> *Vid.* el estudio de algunos supuestos concretos de conexión contractual en A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos...*, *op. cit.*, págs. 67-249.

<sup>91</sup> *Vid.* E. BUCHER: *Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich, 1988, pág. 18.

<sup>92</sup> *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 145 y ss.

<sup>93</sup> En este sentido, *vid.* A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos*, *op. cit.*, pág. 304. En la doctrina suiza y alemana, la expresión *Zusammengesetzter Vertrag* o contrato compuesto identifica aquellas situaciones que se asemejarían al contrato único desde una perspectiva económica, procediendo la aplicación analógica de las reglas establecidas para los contratos sinalagmáticos. *Vid.* F. MESSINEO: «Voz contratto collegato» *cit.*, pág. 50.

<sup>94</sup> Dado que el compromiso de uno de los participantes en la *joint venture* de concluir un contrato de licencia de patentes, marcas o *know-how* a favor de la sociedad *joint venture*, en muchas ocasiones podrá ser apreciado como contrapartida de las obligaciones del resto, no resultará justo desvincular el cumplimiento del primer pacto de la realización de los otros.

<sup>95</sup> En el nuestro, aunque en general los motivos subjetivos son irrelevantes, se les podría dar relevancia «a través de la teoría de la *causa concreta*», lo que con terminología muy expresiva, la doctrina del TS ha venido destacando como «*los motivos incorporados a la causa*», figura que es difícilmente distinguible de la del *error*. *Vid.* F. DE CASTRO y BRAVO: *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pág. 228. A los fines específicos que ahora interesan, L. DíEZ PICAZO indica la existencia de negocios que tienen su causa en otros negocios anteriores, fuera de ellos (*sunt aliunde tamen causandus*) que serían los *Leistung* o *Erfüllungsgeschäfte* (negocios ejecutivos por oposición a los *Grundgeschäfte*, que agotan su causa en sí mismos). En los negocios ejecutivos, el problema de la causa exigiría investigar y conocer la situación básica y subyacente, que les sirve de antecedente y de soporte y que los justifica. Ello explica que la inexistencia o la ilicitud de esta causa determine la ineficacia del negocio. *Vid.* L. DíEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 234 y 441. También *vid.* A.L. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos...*, *op. cit.*, págs. 298-300. En los sistemas no causalistas, el recurso a otros expedientes alternativos, como la *base del negocio*, permite también otorgar relevancia jurídica a los motivos esenciales. *Vid.* K. LARENZ: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. y estudio preliminar de Fernández Rodríguez Novoa, 1956. Otros expedientes utilizables podrían ser la cláusula *rebus sic stantibus*, o la excesiva onerosidad, que daría relevancia causal a circunstancias posteriores a la celebración del contrato.

<sup>96</sup> Para C. REYMOND, el contrato de base sería la causa de los contratos satélites. «*Cette origine juridique commune est la cause de ces contrats*» (C. REYMOND: «Le contrat...», *cit.*, pág. 147). A juicio de OERTLE, la relevancia del motivo determinaría la posibilidad de considerar la existencia de un error en el contrato satélite (M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...* *op. cit.*, pág. 144).

<sup>97</sup> Por ejemplo, la eficacia de un contrato satélite para la concesión de una licencia de patente a la sociedad *joint venture*, puede quedar subordinada a la previa celebración, por los demás participantes, de otros contratos satélites. Mediante la inserción de una condición suspensiva, será posible conseguir que la ejecución de un contrato satélite resulte inexigible hasta la conclusión de otros contratos.

<sup>98</sup> *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 150. La presunción se justificaría toda vez que sólo el conjunto de los contratos satélites permite actuar a la sociedad *joint venture*. Por ejemplo, si la sociedad *joint venture* se orienta a la fabricación de un nuevo producto basado en el *know-how* técnico de ambas sociedades madres, sólo mediante la transmisión del *know-how* de ambas sociedades se crean los presupuestos para la actuación de la nueva sociedad. En otro caso se produciría un resultado material injusto: una parte pondría a disposición de su potencial competidor su *know-how*, sin obtener un beneficio recíproco.

<sup>99</sup> Por ejemplo, sería difícil entender que la eficacia de un contrato satélite entre la sociedad A y la sociedad *joint venture* referente al alquiler de una planta de producción, queda condicionado a la conclusión por el participante B de un contrato satélite para la recepción de un producto intermedio de la sociedad *joint venture*.

<sup>100</sup> Esta posibilidad ha sido atendida por nuestra jurisprudencia en algún caso. Por ejemplo, se ha entendido que un contrato es inválido lo mismo por carecer de causa, que por no cumplirse la *condición tácitamente pactada* (STS de 27 de junio de 1956). *Vid.* F. DE CASTRO y BRAVO: *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pág. 229.

<sup>101</sup> La práctica conoce diversos mecanismos para la obtención del efecto de la vinculación entre contratos o, al menos, para excluir esta problemática anticipadamente: a) siempre que fuera posible, los contratos satélites podrían celebrarse en el mismo momento temporal que el contrato de base, lo cual presupone que la sociedad *joint venture* bien ya existe, o que los socios firman en nombre de ella; b) todos los contratos satélites podrían ser celebrados al mismo tiempo; c) podría incluirse en cada contrato satélite una condición suspensiva, que subordine su eficacia a la conclusión del resto de contratos satélites previstos por el acuerdo base; d) los participantes podrían hacer depender el mantenimiento del acuerdo base de la ejecución o cumplimiento de uno o varios contratos satélites, sometiendo el contrato base a una condición resolutoria. En todos los casos, convendría concretar, de la forma más precisa posible, qué circunstancias de incumplimiento o de invalidez, y respecto de qué contratos, han de determinar el acaecimiento de la condición. *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 160 y ss.

<sup>102</sup> *Vid.* A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos*, *op. cit.*, pág. 304. En este mismo sentido se orientan la doctrina y la jurisprudencia suizas. *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 145, y la doctrina allí citada.

<sup>103</sup> Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 Cc», *cit.*, pág. 1321; *id.*: «Comentario al artículo 1681 Cc», *cit.*, 1413. La posibilidad de realizar una calificación social de varias relaciones formales independientes ha sido afirmada por nuestro alto tribunal en reiteradas ocasiones. *Vid.* por último, la STS de 9 de octubre de 1995 (RJ 7026/1995).

<sup>104</sup> Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 Cc», *cit.*, pág. 1321; *id.*: «Comentario al artículo 1681 Cc», *cit.*, 1413.

<sup>105</sup> Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 Cc», *cit.*, pág. 1321.

<sup>106</sup> Aunque en general se rechaza la posibilidad de que se tomen en cuenta en la interpretación contratos celebrados entre partes distintas, cabe pensar, no obstante, en la posibilidad de utilizar semejante método de interpretación cuando, habiendo participado en varios contratos sujetos no del todo coincidentes, se aprecie entre dichos contratos una conexión derivada de criterios objetivos y que sea realmente conocida por todas las partes implicadas, (*vid.* L. DIEZ PICAZO: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 374. *Vid.* A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos*, *op. cit.*, pág. 318-321). En la jurisprudencia, *vid.* STS de 28 de septiembre de 1965 (RA 4056), de 19 de noviembre de 1971 (RA 4906) y de 25 de marzo de 1981 (RA 1075).

<sup>107</sup> La presunción de una condición implícita suspensiva conduciría a un círculo vicioso (*Zirkelschluss*): cada parte podría rehusar su propio cumplimiento contractual basándose en que otro participante tendría antes que haber cumplido, lo que impediría el funcionamiento inicial de la *joint venture*. *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 164 y ss. La fórmula de la condición implícita también es desestimada por C. REYMOND: «Le contrat de Joint Venture», *cit.*, pág. 391.

<sup>108</sup> Por ejemplo, determinando que un contrato satélite sólo será eficaz una vez cumplido otro de ellos. Una de las partes podría condicionar el cumplimiento de su contrato de licencia de patente o marca a la sociedad *joint venture*, a la previa terminación de las instalaciones en las que operará la *joint venture*. Igualmente, podría vincularse el momento temporal en que puede exigirse el cumplimiento de un contrato al momento en que otro ha sido cumplido. O podrían prestarse garantías recíprocas de ejecución. Sobre estas posibilidades *vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 173-174; C. REYMOND: «Le contrat de Joint Venture», *cit.*, pág. 391.

<sup>109</sup> C. REYMOND: «Le contrat de Joint Venture», *cit.*, pág. 392.

<sup>110</sup> C. REYMOND: «Le contrat de Joint Venture», *cit.*, pág. 392.

<sup>111</sup> Como presupuesto del contrato compuesto, sólo puede existir unidad de consentimiento cuando éste se presta por todas y las mismas partes en los distintos contratos. En la tesis mantenida por REYMOND, se presupone la extensión del concepto de *unidad de consentimiento*, al fundamento de tales contratos (causa común). El autor acude al expediente del levantamiento del velo social para señalar que «la sociedad *joint venture* sería idéntica a los participantes», con lo que no existiría tercero. (*Vid.* C. REYMOND «Le contrat de *joint venture*», *cit.*, pág. 392). El planteamiento supone ignorar que el levantamiento del velo social presupone el ejercicio abusivo de la personalidad jurídica de los participantes respecto de terceros. Valorando críticamente la tesis de C. REYMOND, *vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 166 y ss. Por otra parte, el levantamiento del velo social estaría aún menos justificado en las situaciones, no del todo infrecuentes, en que las partes en el acuerdo base no coinciden con los accionistas de la sociedad *joint venture* (K. LANGFELD WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 127).

<sup>112</sup> Desde otro punto de vista, que no compartimos, M. OERTLE realiza una clasificación de las relaciones de reciprocidad en los contratos satélites, teniendo en cuenta el contenido contractual. De este modo, habría que distinguir los contratos sobre la transferencia de patentes, marcas y *know-how* o contratos de préstamo, de un lado, entre los cuales podría apreciarse dicha interdependencia, y una pluralidad de contratos satélites, subordinados o inferiores, como por ejemplo los contratos de asesoramiento y los contratos de servicio, de otro. *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 165.

<sup>113</sup> Vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 171.

<sup>114</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO en UNED: *Derecho internacional privado*, I, 4.<sup>a</sup> edic. 1993, págs. 74-75. Por su estructura y función, estas normas suelen participar de los caracteres de distintos tipos normativos (de extensión y material imperativa). *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1993, pág. 389; A. MARQUES DOS SANTOS: *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de Uma Teoria Geral*, vol. II, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, pág. 830; P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 308.

<sup>115</sup> Poniendo de relieve esta evolución, *vid.* M. REQUEJO ISIDRO: «Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional», *RCEA*, 1995, págs. 60-63 y C. ESPLUGUES MOTA (Coordinador), S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ: *Contratación internacional*, *op. cit.*, págs. 91-93.

<sup>116</sup> A esta orientación responde el art. 1.4 de los recientes Principios de UNIDROIT, que lleva por título *Reglas imperativas*, bajo cuyo tenor «estos principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen

nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado». Conforme a las aclaraciones vertidas, entre estas normas se contarían las regulaciones sobre cambio de divisas, licencias de importación y exportación, regulaciones relativas a prácticas restrictivas del comercio o la competencia, etc (vid. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995, pág. 11). Abogando por la necesidad de que una resolución del IDI confirme la orientación seguida por la sentencia Mitsubishi, en el sentido de admitir el arbitraje, vid. E. JAYME: «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées» *Annuaire IDI*, sesión de Basilea, vol. 64, 1991, págs. 16-17. No obstante, afirmando una aplicación restringida para el Derecho imperativo estatal en sede arbitral, limitada a las reglas que coincidan con principios de orden público del Derecho transnacional o *lex mercatoria*, vid. B. GOLDMAN: «Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria», *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Francfort a.M., 1993, págs. 251-252 y Ph. KAHN: «Les principes généraux...», *cit.*, págs. 316 y ss.

<sup>117</sup> Asunto *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* La sentencia puede verse en *Rev. arb.*, 1986, págs. 273 y ss. A juicio del Tribunal Supremo norteamericano, tres elementos se opondrían a la incompetencia de los árbitros: el principio de la cortesía internacional, el respeto de la competencia de las jurisdicciones extranjeras y transnacionales, y la necesidad para la organización del comercio internacional, de previsibilidad en el modo de solución de los litigios. Para un comentario a esta decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, vid. 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. WEITBRECHT: «US-Antitrustrecht vor internationalen Handelsschiedsgerichten», *IPRax*, 1986, Heft. 5, págs. 313-316.

<sup>118</sup> Asunto *Société Labinal c. sociétés Mors et Westland Aerospace* (*Rev. arb.* 1993, págs. 645-653, con nota de Ch. JARROSON, págs. 653-663; *Journ.dr.int.*, 1993, págs. 957-979, con nota de L. IDOT, págs. 979-989; *RabelsZ*, 1995, págs. 309-313).

<sup>119</sup> Asunto *Société G* (de Derecho belga) *c. Société V* (de Derecho español), *Rev. arb.*, 1993, págs. 124-127, con nota de L. IDOT, págs. 128-136. Según el Tribunal, «un tribunal arbitral con sede en Suiza es competente para examinar la validez de un contrato respecto al artículo 85 del TUE, sin importar que las jurisdicciones arbitrales tengan la cualidad de autoridades de un Estado miembro de la Comunidad Europea; en defecto de este examen, su sentencia es nula en base al artículo 190 de la Ley de Derecho internacional privado». Proponiendo la regla de que el árbitro tome en consideración las normas imperativas que reclamen aplicación al caso, del país con el que la situación presente un vínculo estrecho (*Sonderanknüpfungkollisionsnorm*), vid. págs. K.J. SCHIFFER: «Sonderanknüpfung ausländischen öffentlichen Rechts in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit», *ZVglRWiss* 90, 1991, págs. 407-408.

<sup>120</sup> Mostrando cierto escepticismo respecto a esta posibilidad, vid. U. DROBNIG: «Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftliche Eingriffsnormen», *Festschrift für G. Kegel*, Stuttgart/Berlín/Colonia/Mainz, Kohlhammer, 1987, págs. 115-116). En cambio, a juicio de E. JAYME, en el momento de requerirse la ejecución de la sentencia arbitral conforme al Convenio de Nueva York, podría ser invocada la excepción del orden público para asegurar la aplicación del Derecho *antitrust*. Vid. E. JAYME: «Richterliche Rechtsfortbildung im Internationalen Privatrecht», *Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 — Jahr— Feier dere Ruprecht —Karls— Universität Heidelberg*, Heidelberg, C.F. Müller, 1986, págs. 592-595. Aunque el CR no ha modificado las condiciones previstas en los Derechos nacionales para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, la doctrina ya ha planteado que el art. 7 de dicho convenio podría contribuir a modificar el entendimiento de la causa de denegación del reconocimiento basada en el orden público, de modo que tengan cabida la infracción de normas imperativas extranjeras (Vid. A. KASSIS: *Le nouveau...*, *op. cit.*, pág. 519). Una exposición exhaustiva sobre los fundamentos teóricos para la observancia por el arbitraje de las normas imperativas estatales, con examen de la jurisprudencia arbitral que ha dado relevancia a esta clase de normas, vid. Ch. UNGEHEUER: *Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Francfort, Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, Peter Lang, 1996.

<sup>121</sup> J.F. AGUILO: «En torno a la *joint venture*», *cit.*, pág. 5834.

<sup>122</sup> Vid. 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. En concreto, la importancia de las PYMES en el tejido económico comunitario ha motivado la adopción de medidas dirigidas a garantizar la continuidad de su actividad empresarial, entre las que se cuentan los instrumentos para facilitar la cooperación, como pueden ser la búsqueda de socios, el fomento de la subcontratación, la concreción de acuerdos de cooperación a través del *Europartenariat* o el *Interprise*, o la creación de nuevas figuras jurídicas como la Agrupación Europea de Interés Económico» (vid. C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA: *Derecho de la Competencia*, *op. cit.*, págs. 51-56).

<sup>123</sup> La Unión Europea ha publicado numerosos textos para determinar los acuerdos de cooperación autorizados y los que quedan prohibidos. En la Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el campo de la cooperación entre empresas, (*JOCE*, C 75 de 29 de julio de 1968, corregido por *JOCE* C 84, de 28 de agosto de 1968), la Comisión establece una lista de acuerdos que, por su naturaleza, no pueden considerarse restricciones a la libre competencia. Igualmente, en la Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia que no quedan comprendidos bajo el artículo 85.1 TUE (*JOCE* C 231 de 12 de septiembre de 1986), la Comisión, a través de criterios cuantitativos, ha identificado los acuerdos que no quedan prohibidos porque no determinan un impacto apreciable sobre la competencia en el comercio entre Estados. Por otra parte, la Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 TUE, (*JOCE* C 43 de 16 de febrero de 1993), en su punto 15 establece supuestos de *joint ventures* que no quedan comprendidos en la prohibición del 85 TUE. La Comisión también ha recurrido a la vía de los Reglamentos de exención por categorías para otorgar validez legal a las *joint ventures* que puedan hacer más competitivo el mercado. En este sentido *vid.* Reglamento (CEE) núm. 417/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (*DOCE* serie L, núm. 53, de 12 de febrero de 1985), y el Reglamento (CEE) núm. 418/85 de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (*DOCE* serie L, núm. 53, de 22 de febrero de 1985) (*vid.* 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; V. KORAH: «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). *Vid.* J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS: «La noción de filial común...», *cit.*, págs. 565-594. Sobre las situaciones de *joint ventures* que serán consideradas restricciones ilícitas o consentidas por el Derecho comunitario, y autónomo español, de la competencia, *vid.* E. CHULIA VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE: *Aspectos jurídicos...*, *op. cit.*, págs. 93-99.

<sup>124</sup> Mientras las primeras quedan reguladas por los artículos 85.1 y 86 TUE, y el Reglamento núm. 17/62 del Consejo, de 2 de febrero de 1962 (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (*DOCE*, núm. 13, de 21 de febrero de 1962), las concentrativas quedan sometidas al Reglamento (CEE) núm. 4064/89, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (versión corregida en *DOCE* serie L núm. 257, de 29 de septiembre de 1990), de otro. Recientemente, el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (*DOCE* L 180 de 9 de julio de 1997), ha incluido en el ámbito de aplicación del procedimiento del Reglamento sobre control de las operaciones de concentración a las empresas comunes con plenas funciones con dimensión comunitaria, y que tengan por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas que permanezcan independientes. El apartado 4 del art. 2 del Reglamento citado establece que estos efectos cooperativos serán evaluados dentro del mismo procedimiento que la concentración, con arreglo a los criterios de los apartados 1 y 3 del art. 85 del Tratado, con el fin de determinar si la operación es compatible o no con el mercado común. Las empresas comunes distintas a las mencionadas, es decir, las empresas comunes con plenas funciones sin dimensión comunitaria, definidas en el Reglamento (CEE) n° 4064/89 modificado, que tienen por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas que permanecen independientes, así como las empresas sin funciones plenas, no cambian de procedimiento. *Vid.* Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa común en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOCE* C 66, de 2 de marzo de 1998, págs. 5 y ss). También *vid.* la Información relativa a la apreciación de las empresas comunes con plenas funciones con respecto a las normas sobre competencia de la Comunidad Europea, *DOCE* C 66, de 2 de marzo de 1998.

<sup>125</sup> En nuestro Derecho de defensa de la competencia *vid.* artículo 85.2 TUE y artículo 1.2 LDefC. Como ejemplo de normativas extranjeras que establecen también esta sanción de nulidad, *vid.* §§ 1 y 15 de la *GWB* (ley alemana sobre restricciones a la competencia de 27 de julio de 1957, modificada por la ley de 22 de diciembre de 1989); artículo 16.2.º del Reglamento francés sobre precios de 30 de junio de 1945; artículo 2.2 de la ley belga sobre la protección de la competencia económica de 5 de agosto de 1991.

<sup>126</sup> *Vid.* 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. 248-249). También *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 314-322.

<sup>127</sup> *Vid.* N. BOUZA VIDAL: «Aspectos...», *cit.*, pág. 251; P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 320.

<sup>128</sup> *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 318-322.

<sup>129</sup> *Ad. ex.* el artículo 10 del Reglamento del Perú de las Inversiones extranjeras y contratación de tecnología, patentes, marcas y licencias de origen extranjero (*Dir.comm.int.*, 5.1, 1991, págs. 307-311) dispone: «para ser exigibles, los contratos de transferencia de tecnología, licencia de uso de patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como los de asistencia técnica, ingeniería y de detalle, gerencia, y los de franquicia, deberán ser aprobados por la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías extranjeras».

<sup>130</sup> *Vid.* N. BOUZA VIDAL: «Aspectos...», *cit.*, pág. 251; P.M. KLEINSCHMIDT: «Kooperationsvertrag», *cit.*, pág. 794. Para un examen de las muy diferentes modalidades de control que los Estados ejercen en el ámbito de la adquisición de tecnología mediante el establecimiento de un registro público, *vid.* J. CIESLIK: «Prácticas regulatorias en la adquisición de tecnología en los países en desarrollo: una visión preliminar», *Rev.der.ind.*, 13, 1991, págs. 140-164.

<sup>131</sup> *V. gr.* el artículo 4.1 del Acto normativo brasileño núm 15 de 11 de septiembre de 1975.

<sup>132</sup> G. CABANELLAS: «Applicable Law Under International Transfer of Technology», *IIC*, 15, 1984, págs. 43-50; N. BOUZA VIDAL: «Aspectos...», *cit.*, pág. 251. No obstante, como indica la autora, dado el clima de desconfianza que generan estas leyes, algunos Estados pioneros en el control de las transferencias tecnológicas (Países del Pacto Andino, Argentina, Brasil, Méjico, Argelia o la India), han optado por una mayor liberalización.

<sup>133</sup> *Vid.* N. BOUZA VIDAL: «Aspectos...», *cit.*, pág. 252.

<sup>134</sup> *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 321-322.

<sup>135</sup> En nuestro Ordenamiento, el R.D. 1816/1991 de 20 de diciembre sobre Transacciones Económicas con el exterior, que deroga al R.D. 1750/1987 de 18 de diciembre sobre pagos al exterior por adquisición de tecnología y asistencia técnica extranjera, ha liberalizado el régimen de cobros y pagos por estos conceptos.

<sup>136</sup> Para nuestro Ordenamiento, *vid.* R.D. 824/1993 por el se aprueba el Reglamento de comercio exterior de material de defensa y de material de doble uso y los anejos del mismo (*BOE* núm. 226, de 21 de septiembre de 1993), que somete ciertas operaciones de exportación de productos y tecnologías de doble uso a un régimen restrictivo que contempla la necesidad de una autorización individual. En el ámbito comunitario, *vid.* el Reglamento CE 3381/94, de 19 de diciembre, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones de tecnología de doble uso (*DOCE*, 1994 L 367/1).

<sup>137</sup> *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 315-316. También *vid.* N. BOUZA VIDAL: «Aspectos...», *cit.*, pág. 251.

<sup>138</sup> *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 316-317.

<sup>139</sup> Aunque una de las finalidades de las leyes de inversiones es reforzar la actividad económica, el Estado desea también seleccionar las industrias que se implanten en su país, sometiendo las inversiones a un procedimiento de examen y autorización (*ad. ex.* art. 3 de la ley china sobre *equity joint ventures* con participación extranjera de 1 de julio de 1979, modificada el 4 de abril de 1990; artículo 5 de la ley de empresas de Gestión Cooperativa Chino-Extranjera de la República Popular China de 13 de abril de 1988; artículo 21 de la ley cubana de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995; ley de inversiones extranjeras del Vietnam de 12 de noviembre de 1996). Para una información sobre esta ley, *vid.* M. HANNAPPEL: «Das Gesetz über ausländische Investitionen in Vietnam», *RIW*, 1998, 7, págs. 520-522.

<sup>140</sup> *Ad. ex. vid.* en Bolivia, el art. 46 del Decreto Supremo n° 22407 de 11 de enero de 1990, que dispone «El contrato de Riesgo Compartido (*joint venture*) deberá celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de Comercio, fecha en que surtirá efecto legal respecto a terceros. El contrato minero de Riesgo Compartido, debe otorgarse mediante escritura pública en la Notaría de Minas de la jurisdicción y ser inscrito en los registros de Minería y Comercio».

<sup>141</sup> *Vid.* art. 49 del Decreto n° 22407 de 11 de enero de 1990, art. 80 de la ley n° 1777, de 17 de marzo de 1997 (Código de Minería), y art. 18 de la Ley de Hidrocarburos de 39 de abril de 1996, todos de la República de Bolivia. Este último precepto, al contrario de los otros, establece una sanción expresa de nulidad para los contratos de Riesgo Compartido que no llenen ese contenido mínimo.

<sup>142</sup> *Vid.* art. 77 de la ley de 17 de marzo de 1997, y art. 45 del Decreto de 11 de enero de 1990, ambos de Bolivia.

<sup>143</sup> Como ocurría con anterioridad en los países de ideología comunista. *Vid. supra* Capítulo Primero, II, 1.

<sup>144</sup> Este ha sido el propósito del artículo 2.1 del Decreto-Ley núm 165 de las Zonas Francas y Parques Industriales de la República de Cuba, de 3 de junio de 1996, que establece un régimen especial en tales ámbitos, menos oneroso y rígido que el aplicable de forma ordinaria. Este mismo principio de segregación aduanera y fiscal, con exención de imposiciones tributarias y arancelarias, es el establecido por el art. 20 de la Ley boliviana n° 1182 de 17 de septiembre de 1990, de inversiones (*Dir.comm.int.*, 9.2, 1995, págs. 527-529).

<sup>145</sup> Sobre el contrato de inversión, *vid. supra*. Capítulo Primero, III, 2, C.

<sup>146</sup> Bajo cuyo tenor «las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato». La norma no incorporaría un mandato innovador, reputándose como casi lógica (*quasi selbstverständlichen*) la aplicación de las normas imperativas del foro (vid. K. KREUZER: *Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten. Zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte*, Heidelberg, C.F. Müller, 1986 pág. 10).

<sup>147</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO: «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, 1996, pág. 5294. Por nuestra parte, vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho internacional privado», *RDP*, 1996, pág. 821.

<sup>148</sup> Vid. *infra*. Capítulo Cuarto.

<sup>149</sup> Vid. J. BASEDOW: «Wirtschaftskollisionsrecht —Theoretischer Versuch über ordnungspolitischen Normen es Forumstaates», *RabelsZ*, vol. 52, 1988, págs. 11-12; I. GUARDANS CAMBO: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pág. 261.

<sup>150</sup> Una exposición crítica de tales modelos puede verse en M. SCHUBERT: «Internationale Verträge und Eingriffsrecht —Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrecht», *RIW*, 33, 1987, págs. 729-746. Entre nosotros vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, Beramar, 1994, págs. 94 y ss; M. VIRGÓS SORIANO en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, págs. 178-188. Para un desarrollo más amplio de nuestro punto de vista en relación con esta temática, vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Aplicación del Derecho *antitrust*...», *cit.*, 1996, págs. 815-848.

<sup>151</sup> Una exposición de las distintas propuestas doctrinales que quedan incluidas bajo el denominador común de la conexión especial puede verse en M. SCHUBERT: «Internationale Verträge...», *cit.*, págs. 734 y ss.

<sup>152</sup> Vid. K. KREUZER: *Ausländisches Wirtschaftsrecht...*, *op. cit.*, págs. 81-89. Entre nosotros vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Contratación internacional y medidas de coerción económica...op.cit.*, pág. 124, págs. 127-1289. Esta parece ser también la opinión de M. DESANTES REAL: *Las obligaciones contractuales en moneda extranjera. Problemas relativos al ámbito de la ley aplicable*, Madrid, La Ley, 1994, págs. 218-219.

<sup>153</sup> M. MARTINEK: *Das internationale kartellprivatrecht*. *op. cit.*, pág. 92; P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 332. La necesidad de atender a la voluntad de aplicación del Derecho de intervención, deriva de la caracterización de este Derecho. Toda normativa de este carácter aparece destinada a limitar espacios de libertad, y supone una ingerencia en la esfera de libertad económica de los particulares. Por ejemplo, los comportamientos anticoncurrenciales sólo pueden ser *lícitos o ilícitos*, pero obtienen siempre una respuesta jurídica.

<sup>154</sup> La norma dispone: «Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rijan el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación».

<sup>155</sup> M. SCHUBERT: «Internationale Verträge...», *cit.*, pág. 734, pág. 745; F. VISCHER: «Zwingendes Recht und Eingriffsgesetz nach schweizerischem IPR - Gesetz», *Rabelsz*, 1989, pág. 455.

<sup>156</sup> Ha de recordarse que este concepto de *vínculo estrecho* no se concreta de la misma forma en el art. 4 y en el art. 7.1 CR. Para concretarlo esta vez, será preciso atender no a intereses jurídico privados (art. 4 CR), sino a intereses estatales, en cuanto la norma atiende a la relación entre las consecuencias del contrato y el bien jurídico protegido. Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Contratación internacional...op. cit.*, pág. 131; P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 351-352, pág. 355; F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Aplicación del Derecho *antitrust*...», *cit.*, pág. 827. En relación con el Derecho de la competencia, vid. J. BASEDOW: «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts» *NJW*, 1989, pág. 633.

<sup>157</sup> Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 355; F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Aplicación del Derecho *antitrust*...», *cit.*, pág. 827.

<sup>158</sup> Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 365-366.

<sup>159</sup> Vid. I. GUARDANS CAMBO: *Contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 555. En nuestro ordenamiento, como afirma el autor, «es abundante la jurisprudencia que distingue claramente entre normas civiles y administrativas, rechazando con frecuencia que una norma administrativa pueda repercutir en la validez de una obligación civil. No tendría sentido que, aunque en el ordenamiento extranjero en cuestión una actuación administrativa pueda anular un contrato o una de sus cláusulas, el juez español reconociera en el foro ese mismo grado de eficacia, que no admite para las disposiciones imperativas de su propio sistema jurídico».

<sup>160</sup> Así parece deducirse del informe explicativo del Convenio (M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe...», *cit.*, pág. 25). En este sentido, *vid.* I. GUARDÁNS CAMBO: *Contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 556, para quien, «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». En relación a las normas de control de las adquisiciones de tecnología, típicas exclusivamente de los países en vías de desarrollo, afirmando esta misma idea *vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 362-363.

<sup>161</sup> *Vid.* I. GUARDÁNS CAMBO: *Contrato internacional...*, *op. cit.*, págs. 558-562; F.J. GARCIMARTÍN: *Contratación internacional...*, *op. cit.*, pág. 131; D. ZIMMER: «Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Beachtung ihrer tatsächlichen Folgen», *IPRax*, 1993, Heft. 2, págs. 65-69.

<sup>162</sup> Como indica P. DE MIGUEL ASENSIO, «la aplicación en sentido estricto — que conduciría en los supuestos típicos a la ineficacia contractual o a la inexigibilidad de la prestación pendiente de ser autorizada— cederá con frecuencia a la simple consideración dentro de la *lex contractus* de las circunstancias generadas por la incidencia de las normas imperativas: imposibilidad de la prestación, excesiva onerosidad, frustración del fin del contrato, ilicitud de la causa del contrato por resultar inmoral» (*vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 367).

<sup>163</sup> *Vid.* I. GUARDÁNS CAMBO: *Contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 561.

<sup>164</sup> *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.* pág. 361.

<sup>165</sup> El principio de la valoración separada por mercados ha sido afirmado de forma reiterada. *Vid.* R. BÄR: *Kartellrecht und internationale Privatrecht*, Berna, Stämpfli, 1965, págs. 231 y ss.; H.J. MERTENS: «Ausländisches Kartellrecht im Deutschen internationalen Privatrecht», *cit.*, págs. 401 y ss.; 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, págs. 194-195; M. MARTINEK: *Das internationale kartellprivatrecht*. *op. cit.*, pág. 84 y ss.; 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, pág. 205; F. VISCHER: «Art. 137», *IPRG Kommentar*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer, 1993, pág. 1195. En el ámbito de la competencia desleal *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: *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, pág. 143.

<sup>166</sup> Sobre esta problemática, *vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Aplicación del Derecho antitrust...», *cit.*, págs. 840-842. Por su parte, L. IDOT cuestiona si no debería dejar de darse la primacía al Derecho del foro. En su opinión, podría ser más conveniente bien la aplicación de la ley que presente los vínculos más estrechos con la situación (*ad. ex.* en un contrato de distribución se aplicaría la ley antitrust del distribuidor, en una concentración la ley de la sociedad absorbida) o aquella cuyos resultados coinciden en mayor medida con los que determinaría la ley del foro (L. IDOT: «Les conflits de lois en droit de la concurrence», *Journ.dr.int.*, 122, 1995, pág. 339)

<sup>1</sup> *Vid. supra* Capítulo Primero, III, 3.

<sup>2</sup> En sentido estricto, por calificación se entiende sólo la «operación lógico-jurídica que es necesaria para la subsunción de una situación en la norma jurídica». *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 12. No obstante, dado que esta operación exige la previa interpretación de la categoría jurídica empleada por la norma de conflicto, suele también hablarse de calificación, en sentido amplio, para aludir conjuntamente a ambas operaciones. Desde este sentido amplio *vid.* E. VITTA: *Diritto internazionale privato*, vol I, Turín, 1972, pág. 305, quien distingue entre *qualificazione della norma di d.i.pr.* (interpretación de los conceptos empleados por la norma) y *qualificazione dei fatti* (calificación en sentido estricto). Una examen crítico de la confusión conceptual entre calificación e interpretación, puede verse en P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, 1976, pág. 114. Aún así, como afirma S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «Comentario al art. 12.1 Cc.», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Dir. M. Albaladejo, S. Díaz Alabart, tomo I, vol 2.º, 2.ª edic, Madrid, Edersa, 1995, pág. 850, «la posibilidad lógica de separar ambas operaciones no evita que frecuentemente aparezcan indisolublemente unidas».

<sup>3</sup> En un extremo, estas exigencias serían mínimas si se postulase una calificación nacional, de carácter contractual o no, de las obligaciones jurídico-sociales, sin perjuicio de la interferencia del artículo 1.2 e) CR

cuando, claro está, no se haya afirmado para ellas una calificación de signo no contractual. En otro caso, la disposición no tendría ninguna virtualidad, al quedar excluido del convenio, de entrada, el conjunto de la materia societaria; en el otro, la incidencia de la normativa convencional sería máxima si se propugnase una calificación autónoma que, desde el propio convenio, atribuyese carácter contractual a las relaciones jurídico-societarias, siendo mayor cuanto más restringido fuere el ámbito de la exclusión que contempla el artículo 1.2 e) CR.

<sup>4</sup> Vid. J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1975, págs. 235 y ss; A. GIARDINA: «Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno», *Riv.dir.int.*, 1973, págs. 701-726; M. VIRGÓS SORIANO: «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, pág. 85; 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. 5227-5229.

<sup>5</sup> Afirmando la especialidad del Derecho uniforme no existirá inconveniente —se afirma— en utilizar ambas metodologías de forma combinada, habida cuenta del carácter jurídico-privado de este Derecho en consideración de su objeto, y de la finalidad de unificación perseguida. En este segundo sentido, se defiende la oportunidad de hacer recurso a los criterios interpretativos de los tratados internacionales, que contienen los artículos 31 a 33 del convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los tratados entre Estados. Sobre estas ideas, vid. J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, op. cit.*, págs. 236-237; M. VIRGÓS SORIANO: «La interpretación...», *cit.*, págs. 85-86.

<sup>6</sup> J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, op. cit.*, págs. 240-242, pág. 258,

<sup>7</sup> Este especial valor ha sido puesto de relieve por J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, op. cit.*, págs. 259 y ss; M. VIRGÓS SORIANO: «La interpretación...», *cit.*, pág. 86. También vid. los artículos 33.1 y 33.4 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>8</sup> Y no subjetiva, como sería la dirigida a la averiguación de la voluntad del legislador. Indicando las dificultades que llevaría aparejada la aceptación de esta variante, teniendo en cuenta que en ciertos ordenamientos queda prohibida (países del *common law*), y de que numerosos convenios de Derecho uniforme quedan abiertos a la adhesión de nuevos Estados no negociadores del convenio, vid. A. GIARDINA: «Le convenzioni internazionali...», *cit.*, págs. 706-707. Por otra parte, aquella no engazaría con la interpretación objetiva asumida en el Convenio de Viena, en cuyo artículo 32 los trabajos preparatorios quedan incluidos sólo entre los medios suplementarios de interpretación.

<sup>9</sup> Vid. J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, op. cit.*, págs. 276-278.

<sup>10</sup> La interpretación comparativa debería tomar en consideración no sólo el Derecho de los Estados que han negociado el convenio, sino también el de todo aquél que podría llegar a formar parte del acuerdo internacional. De lo contrario, en el futuro podría plantearse la necesidad de revisar una concreta interpretación. Como consecuencia, cuanto más cerrado sea un convenio, mayores posibilidades existirán para la unificación interpretativa (vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ: «Los convenios complementarios entre los Estados Miembros de la CEE», *Noticias CEE*, nº 12, 1986, págs. 115-116). Por otra parte, la posibilidad que indica la doctrina de hacer valer sentencias de tribunales extranjeros dictadas en aplicación de un texto de Derecho uniforme, (vid. artículo 31, apartado 3, letra b) del convenio de Viena; M. VIRGÓS SORIANO: «La interpretación...», *cit.*, pág. 87; S. BARIATTI: *L'interpretazione della convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986, págs. 196 y ss; A. GIARDINA: «Le convenzioni internazionali...», *cit.*, pág. 711; específicamente en relación con la interpretación del Convenio de Roma, vid. M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 35; G. SACERDOTI: «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 de G. Sacerdoti y M. Frigo, 2.ª edic, Milán, 1994, pág. 6; S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980 e Diritto delle Società», *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2.ª edic., Milán, 1994, págs. 216; 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 de G. Sacerdoti y M. Frigo, 2.ª edic, Milán, 1994, pág. 231), no puede suponer que se ponga en peligro la integridad y el carácter dinámico del Derecho uniforme. Por último, aunque de la comparación con otros textos de Derecho uniforme no cabe extraer, en principio, argumentos de peso para la interpretación, dada la autonomía respectiva de los distintos textos que aparecerían como microsistemas (*ein kleines Rechtssystem für sich*), esta regla podría sufrir excepciones. A veces los textos se afectan o se imitan mutuamente. Un desarrollo convencional en bloques sistemáticos dependientes e interrelacionados, coadyuvaría a la posibilidad de admitir una comparación de este tipo. Para un desarrollo preciso de todas estas ideas, vid. J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, op. cit.*, págs. 273-274 y págs. 278-285.

<sup>11</sup> Mientras las razones que justifican una interpretación restrictiva de los tratados internacionales, basadas en la idea de que los Estados contratantes querrían limitar su independencia y soberanía en la menor medida posible, tienen escaso sentido en relación con el Derecho uniforme, donde únicamente se persigue la solución adecuada para las relaciones privadas internacionales, la interpretación del Derecho uniforme no tiene por objetivo garantizar una igualdad de tratamiento, sino proveer una regulación justa para las relaciones privadas, siendo diversas las exigencias del principio de igualdad en la aplicación del Derecho uniforme, y del principio de reciprocidad. *Vid.* J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, op. cit.*, págs. 285 y ss.

<sup>12</sup> La interpretación autónoma sólo sería el principio de base, admitiéndose excepciones (*vid.* M. VIRGÓS SORIANO: «La interpretación...», *cit.*, pág. 87 y págs. 90-91). En interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, el TJCE ha establecido reiteradamente que «no se impone ninguna de estas dos opciones (interpretación autónoma o nacional) con exclusión de la otra, ya que la elección adecuada sólo puede resultar a propósito de cada uno de los preceptos del convenio, de manera, sin embargo, que garantice al mismo su plena eficacia desde el punto de vista de los objetivos del artículo 220 del tratado». Un resumen de la doctrina establecida por el TJCE respecto a este extremo puede verse en las Conclusiones del Abogado General SLYNN en el asunto 9/87, *Rec.* 1988, pág. 1548.

<sup>13</sup> Esta posibilidad ha sido mantenida por A.L. MALATESTA: «La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese», *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milán, 1994, págs. 172-173. Apelando a una interpretación extensiva del art. 8.1 CR (la noción de *existencia del contrato* utilizada por ese precepto habría de extenderse a la valoración sobre la contractualidad de la relación jurídica analizada), el autor mantiene la posibilidad de derivar la contractualidad de una obligación, de la ley que sería aplicable si tuviese aquél carácter (calificación *lege causae*, como ley hipotéticamente aplicable). En apoyo de la tesis se aducen dos Sentencias del TJCE dictadas en interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. En la primera (Sentencia de 4 de marzo de 1982, asunto 38/81, *Effer s.p.a. c. Kantner*, *Rec.* 1982, págs. 825 y ss), se mantuvo la aplicación del foro en materia contractual cuando esté en cuestión la existencia misma de contrato. En la segunda (Sentencia del TJCE de 6 de octubre de 1976, asunto 12/76, *Industrie Tessili italiana Como c. Dunlop A.G.*, *Rec.* 1976, págs. 1473 y ss), se acoge una interpretación *lege causae* de la expresión *lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda*. Valorando críticamente la tesis defendida por A.L. MALATESTA, y poniendo de relieve, entre otros argumentos, la inexistencia en el caso de las circunstancias apropiadas para autorizar una interpretación extensiva del art. 8.1 CR, *vid.* S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», *cit.* pág. 215-216.

<sup>14</sup> M. VIRGÓS SORIANO: «La interpretación...», *cit.*, pág. 87.

<sup>15</sup> *Vid.* A. MIGNOLLI: «L'interpretazione della convenzione...», *cit.*, págs. 230-231. Conviene recordar el reiterado proceder del TJCE que encuentra expresión, entre otras, en las Sentencias de 10 de marzo de 1992, (asunto *Powell c. Duffryn*), *Rec.* 1992, pág. 1774, *vid.* punto 13), y de 22 de marzo de 1983 (asunto 34/81, *vid.* punto 9) donde la interpretación autónoma de las disposiciones convencionales ha sido defendida con base en la necesidad de «garantizar, en la medida de lo posible, la igualdad y uniformidad de los derechos y obligaciones que dimanen del convenio para los Estados contratantes y las personas interesadas, habida cuenta de los objetivos y del sistema general del convenio». Por el valor que puede tener para la clarificación de los supuestos en los que ha de proceder una interpretación nacional o autónoma de las disposiciones del Derecho uniforme, resultan de interés las aclaraciones del Abogado General SLYNN realizadas en el Asunto 9/87 a propósito de la interpretación del Convenio de Bruselas. A juicio del Abogado General, «la seguridad jurídica en el ámbito del convenio (...) sólo se realizaría si, respecto de los *conceptos que competen a la delimitación del ámbito de aplicación del convenio* se adopta una calificación autónoma, conforme a los objetivos y el sistema del convenio». La cursiva es nuestra. *Vid.* Conclusiones del Abogado General SLYNN en el Asunto 9/87, *cit.*, págs. 1548-1550.

<sup>16</sup> Se trata de la opinión mayoritaria de la doctrina respecto a este tema. Favorables a una interpretación autónoma del concepto *obligación contractual*, *vid.*, P. KAYE: *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1993, pág. 38 y págs. 98-106; G. SACERDOTI: «Finalità...», *cit.*, pág. 6; S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», *cit.*, pág. 215. Salvando la distancia, a esta interpretación autónoma presta apoyo la jurisprudencia del TJCE dictada en interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 que, específicamente, ha establecido en varias decisiones una interpretación de ese carácter para la expresión *materia contractual* empleada por el art. 5.1 CB. *Vid.* las sentencias de 22 de marzo de 1983, (Asunto 34/82, *Peters Bauunternehmung c. Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging*), *Rec.* 1983, págs. 987-1012; de 8 de marzo de 1988 (Asunto 9/87, *SPRL Arcado c. SA Havilland*), *Rec.* 1988, págs. 1539-1556; de 10 de marzo de 1992 (Asunto C-214/89, *Powell Duffryn plc c. Wolfgang Petereit*), *Rec.* 1992, págs. 1745-1780; de 17 de junio de 1992 (Asunto C-26/91, *Jakob Handte et Cie GmbH c. TMCS*), *Rec.* 1992, págs. 3967-3996.

<sup>17</sup> Vid el Primer Protocolo relativo a la interpretación por el tribunal de Justicia del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1988 (*DOCE*, núm. L 48, de 20 de febrero de 1989) y el Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988 (*DOCE*, núm. L 48 de 20 de febrero de 1989). El primer protocolo ha sido ratificado por los países que requería para su entrada en vigor el artículo 6. Sin embargo ésta queda supeditada a la entrada en vigor del segundo, dada la dependencia que articula respecto a ese efecto el artículo 6 del primer protocolo.

<sup>18</sup> Según el informe explicativo del convenio (M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 12), «la exclusión abrazaría todos los actos de naturaleza compleja (*contractuales*, administrativos, registro) necesarios para la creación de una sociedad, o que regulen su vida interna o su disolución, es decir, lo actos abarcados por el derecho de sociedades». La cursiva es nuestra. Vid. P. KAYE: *The New Private International Law of Contract...*, *op. cit.* págs. 41-42. Afirmando que algunos de los actos excluidos del ámbito del Convenio de Roma tendrían carácter contractual, *vid.* A. HUET: «Nota a la Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1983», *Journ.dr.int.*, 1983, pág. 839.

<sup>19</sup> No obstante, no se trataría de un criterio concluyente, habida cuenta de la posibilidad de argumentar en sentido opuesto con base en el mismo precepto. En concreto, ambas alternativas fueron defendidas ante el TJCE a propósito del asunto 34/82, que dio origen a la sentencia de 22 de marzo de 1983, en el que las partes intentaron extraer del Convenio de Roma argumentos para la interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Por una parte, la sociedad Peters argüía el art. 1.2 e) CR en sostenimiento del carácter no contractual de las obligaciones que derivan para los socios de la adhesión a una asociación; la exclusión no haría sino confirmar la naturaleza no contractual de tales relaciones. La parte contraria, la Comisión y la República Federal de Alemania, inferían de ese precepto la naturaleza contractual de dichas obligaciones; en su razonamiento, la necesidad de establecer una exclusión en este ámbito demostraría el carácter contractual de tales obligaciones sociales. *Vid.* Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1983, *Rec.*, 1983, págs. 993, 995 y 1010-1011.

<sup>20</sup> En esta perspectiva, se ha sugerido como definición, a efectos del Convenio de Bruselas aunque con trascendencia también respecto al Convenio de Roma, «*an agreement between parties capable of giving rise to legal rights and duties on satisfaction of prescribed legal norms*», insistiéndose así en el carácter voluntario de los compromisos asumidos. *Vid.* P. KAYE: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, 1987, pág. 490; P. KAYE: *The New Private International Law of Contract...*, *op. cit.*, pág. 99. Entendiendo por obligaciones contractuales, en el sentido del artículo 1.1 CR «exclusivamente aquellas que surgen de acuerdos de voluntades netamente patrimoniales», *vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional*, *op. cit.*, pág. 524. Ideas que coincidirían con algunas de las elaboradas en el ámbito de otros textos de Derecho uniforme. Por el valor que puede tener, el TJCE, en su Sentencia de 17 de junio de 1992 (Asunto C-26/91, *Jakob Handt et Cie GmbH c. TMCS*), *Rec.* 1992, págs. 3967-3996), ha establecido una definición de obligación contractual. El punto 15 de la parte dispositiva de dicha decisión establece «el concepto de materia contractual, en el sentido del punto 1 del artículo 5 del convenio, no puede ser entendido como si se refiriera a una situación en la que no existe ningún *compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*».

<sup>21</sup> Casi todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea reconocen la naturaleza contractual de las relaciones que surgen en el seno de la sociedad. Para los derechos belga, francés, italiano, danés, inglés y escocés, esta calificación se extiende tanto al acto de adhesión a la asociación, como a los derechos y obligaciones que derivan de la cualidad de socio. En el sistema alemán, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en calificar como contractual el acto de adhesión a una sociedad. Por el contrario, en lo que afecta a las relaciones posteriores a la adhesión, mientras la jurisprudencia parece entender estas relaciones como relativas al Derecho institucional de la asociación, la doctrina se encuentra dividida. En los países Bajos, el nuevo código civil considera el acto que instituye una asociación como una operación jurídica multilateral *sui generis*, y califica de igual modo las relaciones que se crean entre los miembros por su pertenencia a la sociedad. *Vid.* las Conclusiones del Abogado General Mancini en el asunto 34/82, *Rec.* 1983, págs. 1008-1009. En nuestro ordenamiento, afirmando la naturaleza inequívocamente contractual del negocio societario, frente a una pretendida calificación del mismo como acto unilateral colectivo, *vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al art. 1665», *cit.*, págs. 1316-1317; M. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, págs. 186-187; F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, *op. cit.*, págs. 236-237; R. URÍA: *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pág. 161.

<sup>22</sup> Respectivamente, las Sentencias del TJCE de 22 de marzo de 1983 (Asunto 34/82, *Peters Bauunternehmung c. Zuid Nerderlandse Aannemers Vereniging*, *Rec.* 1983, págs. 987-1012), y de 10 de marzo de 1992 (Asunto CC-214/89, *Powell/Duffryn*, *Rec.* 1992, págs. 1756 y ss).

<sup>23</sup> Vid. P. LAGARDE: «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, pág. 293; S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», *cit.*, pág. 217. Afirmando que, probablemente, los criterios retenidos por el TJCE en interpretación del Convenio de Bruselas constituirán la base de la futura interpretación del Convenio de Roma, *vid.* A. MIGNOLLI: «L'interpretazione della convenzione...», *cit.*, pág. 239. En este sentido, la sección 3.<sup>a</sup> de la *Contracts (Applicable Law) Act* inglesa de 26 de julio de 1990, expresamente indica la posibilidad de hacer recurso a esta jurisprudencia. Bajo el tenor de la disposición (Sección 3.2) «*relevant European Court decisions on the European Judgments Convention may be followed in interpreting the Obligations Convention*».

<sup>24</sup> Como se afirmó más arriba, la existencia de lazos funcionales y de dependencia entre acuerdos internacionales puede introducir excepciones al principio de base. En este caso, favorable a una interpretación paralela se situaría la consideración sistemática del Derecho comunitario, que habría de entenderse como sistema, y la estrecha proximidad genética del Convenio de Roma (*vid.* su preámbulo) respecto al artículo 220 TCEE, del que expresamente trae fundamento el Convenio de Bruselas.

<sup>25</sup> Vid. P. KAYE: *The New Private International Law...*, *op. cit.*, pág. 92. No podría pasarse por alto la posibilidad de que, en cada caso, puedan alcanzarse *interpretaciones funcionales* de difícil o imposible transposición de uno a otro ámbito. En este sentido, M. VIRGÓS SORIANO: «La interpretación...», *cit.*, pág. 90.

<sup>26</sup> En relación con el tema de que ahora se trata, los argumentos utilizados por el TJCE basados, por ejemplo, en la *buena administración de la justicia o en la proximidad del juez con el litigio*, difícilmente podrán ser utilizados para conferir carácter contractual a una obligación, a efectos del sector de la ley aplicable. *Vid.* A. HUET: «Nota a la Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1983», *cit.*, pág. 840; H. GAUDEMET-TALLON: «Nota a la Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1983», *Rev.crit.dr.int.priv.*, 1983, pág. 669). A diferencia de la sentencia de 22 de marzo de 1983, la de 10 de marzo de 1992 reconoce, directamente, la presencia de un vínculo contractual en las relaciones entre la sociedad y sus socios. *Vid.* I. QUEIROLO: «Art. 17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario», *Riv.dir.int.pr.proc.*, XLV, 1993, pág. 74.

<sup>27</sup> Vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional*, *op. cit.*, pág. 156. Por otra parte, se afirma que «resultaría enormemente peligroso e incluso engañoso llegar a elaborar teorías generales basadas en los conceptos que suministran las legislaciones nacionales de los diferentes países miembros. Entre otras cosas, porque el propio concepto de sociedad dista aún mucho de ser uniforme». *Vid.* A.L. MONGE GIL: *Las agrupaciones de interés económico*, Madrid, Tecnos, 1993, reim. 1995, págs. 98-103, esp. pág. 100; 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, pág. 832. No obstante, afirmando la necesidad de elaborar este concepto desde la reciente aparición de la AEIE, a fin de resolver las dudas sobre si nos hallamos ante una figura de naturaleza societaria, *vid.* A.L. MONGE GIL: *loc. ult. cit.*

<sup>28</sup> Como recuerda 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, pág. 203, «el concepto de sociedad que maneja el Tratado no corresponde a ninguna figura jurídica positiva. Éstas son creadas y regidas por los Derechos nacionales, en tanto se resuelve sobre la creación de un espacio jurídico propio para sociedades europeas». Resulta del todo indiferente, y lo debe ser también a efectos de la exclusión que contiene el apartado e) del artículo 1.2 CR, que la sociedad de que se trate aparezca o no revestida formalmente con la cualidad de persona jurídica, rasgo del que no participan, por ejemplo, ciertas sociedades del Derecho alemán (*ad. ex. Offene Handelsgesellschaft*) o del holandés (*Venootschap onder Firma*), lo que no se traduce en diferencias cualitativas en su régimen jurídico respecto a figuras de nuestro ordenamiento, como la sociedad colectiva, a la que nominalmente sí se concede el atributo de la personificación. El concepto amplio de sociedad que proporciona el art. 58 TUE, resultaría apto para aprehender la autonomía patrimonial inherente al grado de subjetivación mínimo conocido por cada ordenamiento jurídico. *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil...*, *op. cit.*, pág. 156; B. GOLDMANN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL: *Droit commercial européen*, París, Dalloz, 1994, págs. 127-128.

<sup>29</sup> Esta interpretación resulta avalada a la vista de las aclaraciones que sobre el sentido de la excepción se realizan en el propio informe explicativo que acompaña al Convenio, donde se renuncia con claridad al establecimiento de un concepto unívoco de sociedad. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe...», *cit.*, pág. 12; P. KAYE: *The New Private International Law...*, *cit.*, pág. 122.

<sup>30</sup> Ello no implica seguir una calificación según las concepciones del Derecho sustantivo del foro, existiendo la posibilidad de ordenar una de carácter autónomo, propia de DIPr, que tenga en cuenta la peculiaridad internacional del supuesto. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZALEZ 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*, 8.ª edic., Granada, 1994, págs. 68-69.

<sup>31</sup> La circunstancia de que una materia o conjunto de relaciones jurídicas quede excluida y escape al vigor de las normas uniformes no prejuzgaría una determinada calificación, pudiendo admitirse, incluso, una de cariz contractual y la consiguiente aplicación de la correspondiente norma de conflicto estatal.

<sup>32</sup> *Vid. infra* epígrafe I, 4 de este Capítulo.

<sup>33</sup> *Vid. P. KAYE: The New Private International Law...*, *op. cit.*, págs. 124-125. En las palabras de este autor, *simply because the matter is essentially one of contractual legal principle, this does not mean that it cannot also be held to constitute a question of company law (...)*. También *vid. S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», cit.*, pág. 216. En favor de esta interpretación habría que observar la diferente alternativa, derivada de su también diversa finalidad y sistemática, que se plantea, respectivamente, en el Convenio de Roma y en el Convenio de Bruselas: mientras en el segundo no se suscita una oposición contrato/sociedad, tratándose únicamente de decidir sobre la aplicación del foro de competencia judicial internacional que establece el artículo 5.1, por razones de proximidad del litigio con una concreta jurisdicción, en el primero se suscita una disyuntiva más estricta, de ley aplicable, que se sitúa en la contraposición entre contrato y sociedad.

<sup>34</sup> *Vid. P. KAYE: The New Private International Law...*, *op. cit.*, págs. 124-125. Según el autor, *it is to be considered that internal corporate contractual issues should be regarded as «questions governed by the law of companies» for purposes of Article 1 (2) (e). (...), it is exactly the internal corporate functioning of such principle (contractual legal principle) that renders the latter part of the overall corpus of company law, irrespective of its wider source in the general law of contract.*

<sup>35</sup> *Vid. P. KAYE: The New Private International Law...*, *op. cit.*, págs. 124-125.

<sup>36</sup> *Vid. S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», cit.*, págs. 107 y ss. Las razones esgrimidas en favor de esta interpretación son numerosas. En primer lugar, la propia literalidad de la disposición, al referirse a «las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades», e indicar después, tras las palabras *tales como*, algunas situaciones jurídicas cuyo elemento común sería su orientación a la vertiente más rígida o institucional de las sociedades, avalaría una interpretación estricta. Esta misma interpretación resultaría a la vista de las relaciones entre los párrafos 1 y 2 del art. 1 CR (norma general/norma de excepción) y de la consecuente interpretación restrictiva que de ello resulta conforme a los principios hermenéuticos comunes a los sistemas de Derecho privado de los Estados contratantes (*vid. G. SACERDOTI: «Finalità...», cit.*, pág. 8). En tercer lugar, sólo una interpretación amplia del ámbito de aplicación *ratione materiae* del convenio optimizaría el objetivo del convenio de «reforzar rápidamente la seguridad jurídica en algunos sectores de gran importancia económica», tal y como afirma el propio informe explicativo del convenio (*vid. M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe...», cit.*, pág. 5). En cuarto término, con base en una interpretación basada en los antecedentes y trabajos preparatorios del convenio, el acogimiento limitado que obtuvo la propuesta de la delegación alemana de clarificar la exclusión, en el sentido de incluir el conjunto de la materia societaria, abogaría también en favor de esta interpretación. En efecto, las propuestas alemanas fueron acogidas sólo en medida limitada en el proyecto de 1979, sin encontrar acogida la idea de extender la exclusión a la totalidad de las cuestiones relativas al derecho de las sociedades. En quinto y último lugar, del propio informe explicativo del convenio podrían extraerse argumentos favorables a esta interpretación de la exclusión, dado que, señalando que ésta contempla *todos los actos de naturaleza compleja (contractuales, administrativos, registro) necesarios para la creación de una sociedad, o que regulen su vida interna o su disolución, es decir, los actos abarcados por el derecho de sociedades*, y precisando lo que deba entenderse por *funcionamiento interno, disolución o capacidad jurídica*, parecería que el legislador convencional habría querido una noción estricta del apartado e) del art. 1.2 CR.

<sup>37</sup> *Vid. S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», cit.*, págs. 203-204.

<sup>38</sup> *Vid. S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», cit.*, pág. 204 y págs. 213-214.

<sup>39</sup> A la vista de los cánones de interpretación del Derecho uniforme, no todos los argumentos pueden valorarse de igual modo como favorables a una interpretación restrictiva del artículo 1.2 e) CR. Por ejemplo, frente a la opinión del autor, una interpretación gramatical del texto podría también conducir —considerando el carácter ejemplificativo de la locución *tales como*— a una interpretación amplia del mismo, (*vid. P. KAYE: The New Private International Law...*, *op. cit.*, pág. 127). El criterio gramatical no sería definitivo para una u otra interpretación. Por otra parte, de las aclaraciones ilustrativas que ofrece el informe acerca del sentido de la exclusión, es difícil extraer una interpretación restrictiva para el precepto, dado el amplio número de cuestiones, de cuya exclusión no se duda, que sin embargo no quedan relacionadas en el mismo. *Vid. v. gr.* las enunciadas por P. KAYE: *ibid.*, págs. 124-126. Mayor valor tienen, al contrario, el mandato de interpretación restrictiva de las normas de excepción, eficazmente extraído como criterio hermenéutico común a los Estados parte del convenio de Roma, la consideración del propósito del convenio de «reforzar rápidamente la seguridad jurídica en algunos sectores de gran importancia

económica», así como el hecho de que en ningún sitio —ni en el convenio ni en el informe— haya quedado dicho que la materia concerniente al Derecho de sociedades queda excluida *en conjunto*, como pretendía la delegación alemana, del ámbito del convenio, cosa que sí sucede, por ejemplo, en relación con la exclusión contenida en la letra b) del artículo 1.2 CR. Vid. M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 10.

<sup>40</sup> En teoría, mientras con la expresión interés social se significaría el interés de la sociedad, es decir, del grupo de socios (*uti socius*), con la expresión interés individual se expresaría el que pertenece personalmente a cada socio (*uti singulus*). Con arreglo al criterio de clasificación interés social/interés de los socios, el régimen de protección de los socios minoritarios, en cuanto sólo afecta al segundo, podría quedar sometido al régimen del CR, lo cual no resulta congruente con la posición que mantiene S. ZONCA. Además, habría que tener en cuenta la dificultad en admitir la autonomía conflictual, respecto a todas aquellas obligaciones que pueden afectar a la posición jurídica del tercero contratante con la sociedad, a pesar de interesar al interés singular de los socios.

<sup>41</sup> Un criterio general como el propuesto sólo podría derivar tras un análisis detenido de los distintos tipos de relaciones jurídicas de tipo social, lo que no realiza el autor.

<sup>42</sup> Vid. *supra*.

<sup>43</sup> Vid. M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, págs. 10-12. Vid. especialmente las aclaraciones ofrecidas en relación con los apartados b), c) y f).

<sup>44</sup> Según la explicación del informe (M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 12) «el Grupo no había juzgado oportuno incluir la materia de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas en el ámbito de aplicación del convenio, sobre todo debido a los trabajos en curso sobre este tema en el marco de las Comunidades Europeas».

<sup>45</sup> En concreto, junto a otros trabajos no propiamente en el ámbito de los conflictos de leyes (Directivas contempladas en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 TUE, creación de un estatuto de sociedades europeas), el informe explicativo del convenio se refiere al convenio, *ex* artículo 220 TUE, relativo al reconocimiento mutuo de las sociedades y de las personas jurídicas, que fue firmado en Bruselas el 29 de febrero de 1968, cuya entrada en vigor ya no se espera.

<sup>46</sup> Si la exclusión que contiene este precepto se funda *sobre todo*, en la necesidad de no interferir en los trabajos comunitarios desarrollados en este ámbito y, por tanto, en una justificación de índole formal, el defecto o inexistencia de este cuerpo de normas hace difícil seguir manteniendo una explicación de ese carácter, convirtiéndose en acuciante la averiguación para la exclusión de una verdadera justificación de índole material. En este sentido, son expresivas las reflexiones de K. LARENZ en relación con los casos en los que el fin originario ha llegado a ser inalcanzable o superfluo. «Entonces —afirma el autor— se ha de preguntar, por de pronto, si la ley es capaz de cumplir otro fin racional en el marco del orden jurídico actual y atendiendo a las relaciones actuales. (...) cuando es aún pensable un fundamento o fin racional para una norma, aunque no sean los del legislador histórico, ésta sigue siendo aplicable con una interpretación adecuada a él». Vid. K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, págs. 347-348.

<sup>47</sup> El informe se limita a subrayar la importancia de *esta materia en la vida económica de los países miembros de la Comunidad*, así como que *presentaría todos los títulos adecuados para no ser descartada de los trabajos comunitarios en el ámbito de la unificación del Derecho internacional privado* sin señalar, por ejemplo, al igual que hace en otras ocasiones, porque la regulación contenida en sus disposiciones se revelaría inadecuada para las relaciones sociales. Vid. M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 12.

<sup>48</sup> Vid. A.A. EHRENZWEIG: «Recensión a G. Grassmann: System des internationalen Gesellschaftsrechts...», *RabelsZ*, 35, 1971, págs. 347-349. En sus palabras, *fruitful reform, legislative or judicial, in the absence of formulated or non formulated rules of choice, can be achieved only by concentrating on the policy underlying that substantive rule of the forum whose displacement is sought*. Por lo de más, sólo dando relevancia también en sede conflictual a los principios materiales que inspiran el sector correspondiente del ordenamiento, e incentivando la coherencia interna entre las disposiciones de uno y otro ámbito (material y de DIPr) cabría considerar como *sistema jurídico* a una legislación estatal. Vid. N. BOBBIO: *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1995, págs. 189-219. Señalando el papel fundamental que corresponde a los principios del Derecho material no sólo como 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., *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso...*, págs. 330-332.

<sup>49</sup> Vid. F. VISCHER: «Bemerkungen zur Aktiengesellschaft im internationalen Privatrecht», *ASDI*, XVII, 1960, pág. 51.

<sup>50</sup> Ello determina la formulación de los criterios de la sede real y del centro principal de explotación. Vid. F. VISCHER: «Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...», *cit.*, pág. 51. En la perspectiva del análisis económico del Derecho, la seguridad jurídica se incrementa, y se reducen los costes de investigación jurídicos, si el estatuto de la

sociedad, en lo que puede afectar a la posición jurídica del tercero (*ad. ex.* régimen de responsabilidad hasta un determinado montante, capacidad de obrar, régimen de vinculación de la sociedad por los actos realizados por los administradores sin poder suficiente, o actos *ultra vires*, etc.) resulta determinado de una forma que pueda resultar previsible, por ejemplo, a través de la aplicación de la ley del centro de administración, de la ley del centro de explotación, etc.

<sup>51</sup> Por ejemplo, aun partiendo del criterio de la incorporación como determinante del estatuto de la sociedad, la ley suiza de DIPr. corrige de forma unilateral los resultados de esta solución general, a través de normas sobre oponibilidad del estatuto social, (*vid.* artículos 158 y 159 de la ley suiza de DIPr), suponiendo estas normas verdaderas concesiones al criterio de la sede real. También partiendo del criterio de la incorporación, el Derecho británico cuenta con eficaces correctivos de este estatuto, que se arbitran a través de normas de carácter público, dirigidos a la protección de los intereses en presencia (acreedores, accionistas minoritarios), aplicables a toda sociedad que posea una vinculación significativa con el Reino Unido. *Vid.* C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», *cit.*, págs. 464-465.

<sup>52</sup> Junto al interés en la seguridad del tráfico, propio de toda sociedad, la mayor institucionalización o dimensión organizativa de la sociedad puede comportar la aparición de conflictos de interés particularmente delicados, específicos de determinados tipos de sociedades, que reivindican una regulación de carácter tuitivo, que pasa asimismo a vertebrar la estructuración básica de la sociedad (*ad. ex.* protección de las minorías en las sociedades corporativas). *Vid.* J. JUSTE MENCIA: *Los Derecho de minoría...*, *op. cit.*, págs. 130-134, esp. pág. 131.

<sup>53</sup> *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.* pág. 58; S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 1980...», *cit.*, pág. 204.

<sup>54</sup> El carácter fundado de parte de estas justificaciones puede encontrar apoyo en su analogía con la explicación ofrecida por el informe explicativo del convenio sobre la exclusión contenida en la letra f) del mismo art. 1.2 CR. Como aclara el propio informe, *la exclusión está justificada por el hecho de que el principio de la autonomía de la voluntad difícilmente puede admitirse* en las relaciones entre el representado y los terceros. Por el contrario — continúa el informe— las relaciones entre el representado y el intermediario y los terceros *no presentan ninguna particularidad* con respecto a las demás obligaciones, y se incluyen, pues, en el ámbito de aplicación del convenio, en la medida en que son de naturaleza contractual. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 12.

<sup>55</sup> Esta temática suscitó un rico debate en la doctrina alemana, durante la década de los setenta. Aunque ligadas al debate sobre los criterios de conexión en Derecho internacional de sociedades, las elaboraciones doctrinales sobre la viabilidad de la autonomía en ese ámbito ofrecen argumentos para lidiar en el terreno que nos ocupa, esto es, a fin de conocer si ciertas obligaciones del ámbito social no quedan excluidas del ámbito de aplicación del CR. El debate se planteaba en torno a la posibilidad de que los socios pudieran elegir la ley aplicable a la sociedad, incorporándola en el país deseado, sin perjuicio de la intervención de correctivos o de verdaderas modificaciones al principio de base. Una síntesis de las diferentes corrientes doctrinales y matices que aparecen en este punto puede verse en C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», *cit.*, págs. 463-472.

<sup>56</sup> Partiendo del criterio de la incorporación, como exponente —mediato o inmediato según las concepciones— de la autonomía conflictual (se discute si el criterio de la incorporación representa una verdadera manifestación del criterio de la autonomía conflictual o si sólo atribuye a los socios la posibilidad de crear el supuesto de hecho para que surja la sociedad. Sobre esta discusión, *vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts. Außen— und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht*, Herne/Berlín, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1970, págs. 289 y ss), para la adecuada tutela de los acreedores y de los accionistas minoritarios se han propuesto distintas soluciones. Entre ellas, la aplicación del correctivo del orden público (*vid. inter alia* F. VISCHER: «Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...», *cit.*, pág. 57), o el del fraude de ley (H.G. KOPPENSTEINER: *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Francfort a.M., 1971, pág. 132), correctivos que, a las dificultades de diferenciación recíproca unen la circunstancia de no resolver directamente la cuestión del estatuto de la sociedad, trasladándola al ámbito de los problemas generales del DIPr. En este sentido *vid.* C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», *cit.*, págs. 466-468. Por otra parte, partiendo de la admisión amplia de la autonomía de las partes, como límite al estatuto de la incorporación, se ha mantenido la posibilidad de acudir al estatuto material o de los efectos (*Sach— oder Wirkungstatut*) de forma subsidiaria. *Vid.* M.R. STAEHELIN: *Zur Fragen der AG im schweizerischen IPR*, Diss. Basel, 1972, pág. 61. Especial interés presenta la teoría de la superposición (*Überlagerungstheorie*), según la cual la aplicación del estatuto del lugar de creación, que regiría siempre la creación y reconocimiento de la sociedad, no impediría que los particulares directamente interesados en la sociedad (acreedores, accionistas), puedan invocar las disposiciones imperativas del Derecho de la sede real si esta ley es más favorable que la del lugar de incorporación (*Verdrängungseffekt*), con la consiguiente aplicación alternativa de este estatuto, (*vid.* O. SANDROCK: «Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der

Kapitalgesellschaften», *RebelsZ*, 42, 1978, págs. 246-247). No obstante, esta tesis tampoco ofrece pautas de solución para decidir sobre la admisión de la autonomía conflictual, dada la incertidumbre que provoca la relatividad de sus soluciones respecto a dos concretos ordenamientos, con distintas disposiciones imperativas, y su dependencia respecto a los concretos intereses privados en presencia.

<sup>57</sup> Fundamentalmente la tesis se debe a G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, op. cit., págs. 341-350, esp. págs. 346-347. La delimitación de las relaciones externas e internas puede verse en las págs. 434 y ss. La regla de base para la distinción entre relaciones sociales internas y externas, sería que el aspecto de que se trate pueda o no afectar a la posición jurídica del tercero y al tráfico. Entre los aspectos con relevancia exterior se contarían la capacidad o personalidad jurídica de la sociedad, la capacidad para concluir negocios o capacidad de obrar, la representación orgánica, el estatuto de la responsabilidad así como la garantía del desembolso y conservación del capital de la sociedad. Por el contrario, entre los aspectos internos habría que mencionar los procesos dirigidos a la creación de la sociedad, el tipo de las participaciones sociales, si son o no transmisibles libremente, la posibilidad de exclusión de los socios, los requisitos subjetivos para ser socio, o los derechos y obligaciones de éstos. Al aspecto interno pertenecería también todo lo relativo a la administración, órganos de vigilancia y organización social de la empresa (*Betriebsverfassung*). En esta misma línea de separación, entre aspectos con relevancia interna y externa, vid. P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, op. cit., págs. 206-207. También vid. W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft im internationalen Privatrecht*, Zúrich, Juris Druck Verlag, 1980, págs. 130-131; R. MOSER: «Personalstatut und Aussenverhältnis der Aktiengesellschaft», *Fest. Bürgi*, Zúrich, 1971, pág. 287.

<sup>58</sup> Para la regulación de las relaciones externas de la sociedad, se establece una triple alternativa, dada por la ley de celebración del contrato (*Vornahmesstatut*), la que regula el fondo de éste (*Wirkungsstatut*) o la propia de la sociedad (*Organisationsstatut*), aplicándose la que mejor responda al *favor negotii*. Vid. G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, op. cit., págs. 289-293. En el mismo sentido vid. R. MOSER: «Personalstatut und Aussenverhältnis...», cit., págs. 295 y ss.

<sup>59</sup> Se afirma que la escisión provoca la concurrencia de varios ordenamientos y, por tanto, la posibilidad de que surjan problemas de adaptación e incompatibilidades entre normas; de otro, los defensores de la teoría de la diferenciación pasan por alto que los diversos ámbitos de regulación del Derecho de sociedades, dada su íntima conexión funcional, no pueden ser desgajados sin que de ello no resulte otro sistema completamente distinto. Por ejemplo, si un socio es excluido de la administración no podría surgir responsabilidad para él del negocio jurídico concertado. Vid. C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», cit., págs. 470-471. También vid. G. BEITZKE: «Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen», *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen— und Sachenrechts*, Tubinga, 1972, págs. 133 y ss. Afirmando la oportunidad de someter el mayor número de cuestiones sociales a una única ley, lo que vendría exigido por el interés del ordenamiento, vid. F. VISCHER: «Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...», cit., pág. 51. Incidiendo en el agravio a la armonía internacional de soluciones (*internationalprivatrechtliche Entscheidungsklang*) a que podría conducir la teoría de la diferenciación, dada la posibilidad de lagunas de regulación o contradicciones normativas, vid. P. WESTERMANN: «Das Gesellschaftsrecht in der Methodendiskussion um das Internationale Privatrecht», *ZGR*, 1975, págs. 77-78.

<sup>60</sup> Dudando que pueda trazarse una separación tan nítida entre relaciones internas y externas, dada la estrecha dependencia entre unas y otras, vid. P. WESTERMANN: «Das Gesellschaftsrecht...», cit., págs. 76-79. También vid. A.A. EHRENZWEIG: «Recensión a G. Grassmann: System des internationalen Gesellschaftsrechts...», cit., págs. 347-349. Afirmando categóricamente que la admisión de la autonomía conflictual en Derecho de sociedades habría sido reconocida como una equivocación, vid. W. NIEDERER: «Kollisionsrechtliche Probleme der Juristischen Person», en GUTZWILLER/NIEDERER *Beiträge zum Haager internationalprivatrecht*, Friburgo, 1951, págs. 132 y ss.

<sup>61</sup> Incluso el propio G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, op. cit., pág. 481, en el sistema de soluciones que propone, advierte sobre la necesidad de actuar técnicas de adaptación, como consecuencia de la incidencia que sobre las relaciones internas podrían producir las relaciones externas de la sociedad (*Rückwirkungen von außenverhältnissen auf Innenverhältnisse*). La equidad podría exigir que determinados derechos y obligaciones de los socios sean también valorados según el estatuto externo. Por ejemplo, si los socios de una sociedad alemana responden hacia los acreedores de la sociedad en Nueva York de modo más amplio que según el derecho alemán, debería permitirse a los socios exigir información sobre los negocios de la sociedad alemana según el Derecho de Nueva York, cuando éste conceda mayores derechos que el Derecho alemán. Es preciso advertir que problemas de adaptación de análoga naturaleza pueden también aparecer en el ámbito interno. Vid. R. GARCÍA VILLAVEDE: «Exclusión de socios...», cit., págs. 134-146. El autor advierte sobre la necesidad de proceder a una adaptación cuando el sistema legal debe ser aplicado junto con las disposiciones establecidas por los socios en uso de la autonomía de la voluntad.

<sup>62</sup> Vid. A.A. EHRENZWEIG: «Recensión a G. GRASSMANN: System des internationalen Gesellschaftsrechts...», *cit.*, págs. 347-349, de cuyas palabras cabe entender la posibilidad de determinar la escisión con base en otro tipo de criterio.

<sup>63</sup> Vid. L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 126-127. De este modo, mientras en el ámbito de las sociedades anónimas no existiría apenas posibilidad para la autonomía conflictual, en cuanto las relaciones internas y externas aparecen como un bloque normativo unitario, y en el terreno de las sociedades comerciales de personas (*Personenhandelsgesellschaften*) podrían arbitrarse ciertas posibilidades para aquella, siempre respetando los rasgos del tipo, como por ejemplo la separación entre socios comanditarios y colectivos en la sociedad comanditaria (*Kommanditgesellschaft*), en el caso de las sociedades simples dotadas de organización (*einfachen Gesellschaften mit Organisation*) la mayor parte de las relaciones internas entre socios podrían ser objeto de designación de ley aplicable. Con alguna matización, este esquema de soluciones diferenciadas, según los diferentes tipos de sociedades, también es propuesto por F. VISCHER: «Art. 150-165 IPRG», *IPRG Kommentar*, Zúrich, 1993, pág. 1328.

<sup>64</sup> Una de las críticas que ha recibido la teoría de la diferenciación, ha sido su escaso engarce con la existencia de imperativos del tipo (*Typenzwang*) de determinadas formas de sociedad, que pueden venir motivadas por distintas razones de política legislativa y cuya alteración deformaría el tipo social. Vid. H.P. WESTERMANN: «Das Gesellschaftsrecht...», *cit.*, pág. 77. En nuestro ordenamiento, afirmando la operatividad de la autonomía privada en el campo del Derecho de sociedades, que quedaría limitada por la necesidad de respetar las normas individualizadoras de los tipos, que básicamente son las normas de responsabilidad y de garantías de terceros, *vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1665 Cc», *cit.*, pág. 1316. También *vid.* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, Tomo I, Parte General, Sociedades Colectivas y Comanditarias*, Madrid, 1976, pág. 91. Para una reconstrucción crítica y precisa de los límites de la autonomía contractual en el ámbito del Derecho de sociedades, y su relación con la atipicidad en este sector, *vid.* los desarrollos de L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977.

<sup>65</sup> Vid. G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, pág. 538.

<sup>66</sup> En este sentido, la remisión a un Derecho extranjero realizada en un contrato de sociedad que haya de ser inscrito, ha sido considerada como remisión de tipo material, no conflictual. Vid. G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.* págs. 536 y 539. En dos sentencias que cita este autor, la jurisprudencia alemana ha tenido ocasión de afirmar que *la autonomía conflictual en el ámbito de las relaciones sociales internas sólo podría admitirse en defecto de exigencias registrales de constitución de la sociedad*. La sentencia del BGH de 17 de diciembre de 1953, (*IPRspr* 1952/1953 n° 20 pág. 60) admitió la licitud del acuerdo mediante el cual, los socios de una sociedad constituida según el derecho chino, que desarrollaba su actividad en este país, se sometían al derecho alemán al no ser requerida la inscripción en el registro. En la sentencia del OLG de Hamburgo de 21 de enero de 1932, (*IPRspr* 1932 n° 14 pág. 32), el juez no puso reparo a un acuerdo de los socios de una *partnership* hindú, que sometía las relaciones internas al Derecho alemán.

<sup>67</sup> Vid. G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 536-537. A juicio del autor, la autonomía conflictual no sólo cabría en el ámbito del Derecho dispositivo, sino también siempre que el Derecho extranjero llamado sea tan estricto o más que el Derecho alemán del estatuto de la sociedad.

<sup>68</sup> Las alusiones del informe a determinados aspectos del funcionamiento interno de la sociedad (*ad.ex.* la convocatoria de asambleas, el derecho de voto, el quórum necesario, el nombramiento de cuadros orgánicos de la sociedad, etc), hacen intuir la voluntad del Convenio de excluir de su ámbito de aplicación la regulación de estas cuestiones que, en la mayoría de los ordenamientos, al menos en las sociedades corporativas, aparecen fuertemente intervenidos en atención a la tutela de intereses de índole social, singularmente del accionista minoritario. Vid. M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 12. Se trataría, simplemente, de proyectar en el plano internacional las mismas limitaciones que aparecen en el plano sustantivo para la autonomía de los socios.

<sup>69</sup> No en vano, la posibilidad de admitir un fraccionamiento del estatuto social en estos casos encuentra rechazo, incluso en las concepciones más liberales en torno al tema. Estimando la inexistencia de márgenes para la autonomía conflictual en las sociedades de capital, cuya constitución requiere la inscripción en un registro público, *vid.* F. VISCHER: «Art. 150-165 IPRG», *cit.*, pág. 1328. También *vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, pág. 539. En el mismo sentido, la jurisprudencia alemana citada con anterioridad, sólo ha admitido el fraccionamiento del régimen interno de la sociedad en defecto de necesidad de inscripción.

<sup>70</sup> A juicio de P. KAYE, razones de *simplicity, uniformity, principle and compliance* avalarían una interpretación amplia del art. 1.2 e CR. Vid. P. KAYE: *The New Private International Law...*, *op. cit.*, págs. 124-125.

<sup>71</sup> Como señala G. GRASSMANN, en ocasiones el sometimiento de una obligación de aportación no dineraria al Derecho del socio que vaya a realizarla, podría incentivar a éste a entrar en la sociedad, siempre que el resto de socios queden conformes, a lo que no podría oponerse reparo alguno cuando se trate de una sociedad de

responsabilidad ilimitada de los socios, (vid. G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, op. cit., pág. 536). Desde esta perspectiva de análisis económico del Derecho, aunque en Derecho material, vid. C. PAZ ARES: «La infracapitalización...», cit., págs. 253-256.

<sup>72</sup> Una valiosa exposición, ilustrativa de los hitos fundamentales del postmodernismo en DIPr, puede verse en S.A. SANCHEZ LORENZO: «Postmodernismo y Derecho internaiconal privado», REDI, 1994, págs. 557-585.

<sup>73</sup> En el ámbito del DIPr de sociedades, el dogma de la unidad de régimen jurídico de la sociedad ha sido severamente cuestionado desde el análisis de sus justificaciones más frecuentes. Vid especialmente G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, op. cit., págs. 68-103, y en relación con la interpretación que proponemos, vid. especialmente pág. 539.

<sup>74</sup> En las codificaciones estatales de DIPr. más recientes, cabe advertir en este sector, aunque no sin excepciones, cierta inclinación en favor de definiciones autónomas, propias del DIPr., sensibles para aprehender realidades extranjeras que sean parangonables a las del foro. Resulta paradigmática la redacción del artículo 150 de la ley federal suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987, (la ley puede verse en *Rev.crit.dr.int.priv.* 1988, págs. 409-449), bajo cuyo tenor «1. A efectos de la presente ley, se entiende por sociedad toda sociedad de personas organizada o todo patrimonio organizado. 2. Las sociedades simples que no estén dotadas de una organización se regirán por las disposiciones de la presente ley relativas al Derecho aplicable en materia de contratos». Indicando el carácter autónomo, de DIPr., tanto del concepto de *sociedad* empleado en el apartado primero, como del de *sociedad simple* que utiliza el apartado segundo, que no depende de la atribución nominal de personalidad jurídica, y precisando además el alcance de tales conceptos en el DIPr suizo, vid. F. VISCHER: «Art. 150-165 IPRG», cit., págs. 1321-1327; 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*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, págs. 84-87; 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'entreprise, 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne*, Lausana, Cedidac, 1988, págs. 159-164; G. BROGGINI: «Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero», *Festschrift für Mario Pedrazzini*, Berna, 1990, págs. 271-273. Por su parte, la ley federal austriaca de 15 de junio de 1978 (*Rev.crit.dr.int.priv.* 1979, págs. 174-185), incorpora en el § 10 una explícita calificación autónoma de lo que debe entenderse por el supuesto de hecho de esta norma. Según su tenor «el estatuto personal de una persona jurídica moral o de cualquier otro grupo de personas o de bienes que pueda ser titular de Derechos y de obligaciones, es el Derecho del Estado en el que tenga la sede efectiva de su dirección principal». En el mismo sentido, el art. 25 de la ley italiana de 31 de mayo de 1995 (*Riv.dir.int.pr.proc.*, 1995, págs. 511-525), establece un elenco amplio de situaciones, donde quedan comprendidas, junto a las verdaderas personas jurídicas, todos aquellos fenómenos asociativos dotados de autonomía suficiente para hacer posible la conexión a través de criterios referibles al grupo como tal, en lugar de a los sujetos individuales que lo forman (vid. S. ANNIBALE: «Art. 25», *Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1997, pág. 152). Otras codificaciones, como la nuestra, utilizan el concepto *persona jurídica*, sin ofrecer ulteriores aclaraciones. Entre ellas, vid. el art. 40 de la ley rumana nº 105 de 22 de septiembre de 1992 sobre la reglamentación de las relaciones de Derecho internacional privado (*Rev.crit.dr.int.priv.* 1994, págs. 167-195); el § 18 del Decreto ley nº 13/1979 del Presidium de la República popular de Hungría sobre el Derecho internacional privado (*Rev.crit.dr.int.priv.*, 1981, págs. 158-176); art. 17 de la ley yugoslava de 15 de julio de 1982 sobre las soluciones del conflictos de leyes con las disposiciones de otros Estados en el ámbito de ciertas relaciones (*Rev.crit.dr.int.priv.* 1983, págs. 353-374). Igualmente parco es el *Código das Sociedades Comerciais* portugués (Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de septiembre, que en su artículo 3, bajo el título «ley personal», simplemente enuncia como supuesto de hecho de la norma *as sociedades comerciais*).

<sup>75</sup> Como consecuencia, la delimitación del ámbito de las *personas jurídicas* en el artículo 9.11 Cc adolecerá de similares incertidumbres a las que manifiesta ese concepto en el ámbito de nuestro sistema jurídico-civil. Sobre las peculiaridades interpretativas que generan los *conceptos compartidos*, vid. M. VIRGÓS SORIANO: *Lugar de celebración...*, op. cit., págs. 16-17.

<sup>76</sup> Al contrario de otros, nuestro Ordenamiento no reserva el atributo de la personalidad jurídica para las organizaciones que se independizan de sus miembros, sino que otorga personalidad jurídica, imputando a este concepto un contenido normativo mínimo, a todas las organizaciones que, por estar llamadas a tener relaciones externas, necesitan de una cierta subjetivación que les permita actuar en el tráfico. El legislador español, apartándose esta vez del modelo francés y siguiendo el ejemplo de la ley belga de 18 de marzo de 1873, siguió el sistema unitario, reconociendo la personalidad jurídica a todas las sociedades. Para una sintética exposición de la génesis histórica de la llamada *degradación* de la persona jurídica en Derecho español vid. F. DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 191-201; J. GARRIGUES: «Teoría general de las sociedades

mercantiles», *RDM*, 1976, págs. 519-524. Sobre la diversidad de regímenes de subjetivación con que cuenta nuestro ordenamiento, *vid.* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, págs. 164-166; F. CAPILLA RONCERO: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 128-132; 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. 358-364; F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 258-260.

<sup>77</sup> La jurisprudencia mantiene que la *irregularidad* de la sociedad, a la que se asocia la inexistencia de personalidad jurídica, es, al menos en un sentido, un *problema de forma*, lo que lleva a calificar indiscriminadamente como irregulares todas aquellas sociedades civiles en las que el contrato fundacional no se instrumenta en documento escrito o en las que, cuando se aporten bienes inmuebles, no se otorgue escritura pública. Para una incisiva crítica de esta posición jurisprudencial, con abundantes indicaciones bibliográficas, *vid.* 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. También *vid.* O.M. FRADEJAS RUEDA: «La falta de escritura pública en la aportación de inmuebles como desencadenante de la irregularidad de la sociedad civil (STS de 27 de mayo de 1993, RJ 1993, 4080)», *RdS*, 1994, núm. 2, págs. 221-225. También *vid.* F.J. GARCÍA MÁ: «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico», *Rev.crit.der.in.*, LXXII, núm. 633, 1996, págs. 514-515.

<sup>78</sup> No se exigiría tanto una publicidad de tipo registral, (*vid.* sin embargo F.DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica*, *op. cit.*, págs. 281-283), como una de hecho. En este sentido, aunque con diferencias sobre la publicidad de hecho requerida, *vid.* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, págs. 49-50, págs. 226 y ss; J. GARRIGUES: «Teoría General de las Sociedades Mercantiles», *cit.*, pág. 523; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Estudios de Derecho mercantil*, Primera Parte, Madrid, 1977, págs. 179 y 195; F. CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. M. Albaladejo, Tomo XXI, vol. 1.º, Artículos 1665 a 1708 del Cc, Madrid, 1986, págs. 52-56; A. ALONSO UREBA: «Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular», *cit.*, pág. 111; K. ALBIEZ DOHRMANN: «Comentario al artículo 1669 Cc», *Código civil, Doctrina y jurisprudencia*, Tomo VI, Vol. primero Madrid, 1995, págs. 164-165. A pesar de haber sido fuertemente combatida esta terminología, la jurisprudencia sigue hablando de *sociedades irregulares*.

<sup>79</sup> Como ilustra C. PAZ ARES, «la mera participación en el tráfico no constituiría requisito suficiente para constituir sociedad personificada, dada la posibilidad de que «los socios proyecten el desarrollo de una actividad externa decidiendo sin embargo no sujetarse en sus relaciones con terceros al derecho de sociedades», y actuando por ejemplo mediante el expediente de la representación voluntaria. Condicionar la personalidad jurídica de la sociedad a la publicidad de hecho podría originar una personalidad jurídica de ida y vuelta, dependiente de las circunstancias coyunturales por las que pueda atravesar la sociedad. *Vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc», *cit.*, págs. 1353 y ss, especialmente pág. 1361; *id.*: «Comentario al artículo 1697», *cit.*, pág. 1477. En este sentido parece orientarse el discurso de L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, pág. 87. También *vid.* F.J. GARCÍA MÁ: «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico», *cit.*, pág. 519.

<sup>80</sup> Trasladado al ámbito del DIPr., la naturaleza de la noción *persona jurídica* no parece ofrecer problemas especiales relacionados con los límites de estiramiento de los conceptos, dada la esencial coincidencia entre el interno y el de DIPr.

<sup>81</sup> Quedan comprendidas en el supuesto de hecho del art. 9.11 Cc., todas las figuras jurídicas que, a pesar de identificarse funcionalmente con sociedades equivalentes a las del Derecho español, no gozan, nominalmente, de personalidad jurídica, por no independizarse verdaderamente de sus miembros (*ad. ex.* sociedades de personas en los Derechos alemán y suizo). Es llamativo, sin embargo, que en tales Ordenamientos la distinción de tipos sociales (personas jurídicas y resto de sociedades), no se mantenga en DIPr., sosteniéndose la necesidad de proporcionar un régimen jurídico unitario en DIPr a unas y a otras sociedades, dada la comunidad de rasgos esenciales como la existencia de una organización, su participación en el tráfico, y el establecimiento de relaciones con terceros. *Vid.* C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», *cit.*, págs. 444-446; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 81. La diversidad de sistemas de atribución de personalidad jurídica a las sociedades, quedó patente en la elaboración del convenio de La Haya de 1 de enero de 1956, sobre reconocimiento de sociedades, donde se suscitó cierto enfrentamiento entre los representantes de los países que mantenían una concepción amplia de la personalidad jurídica, y los de aquéllos que propugnaban una concepción más estricta. Respecto de las sociedades, asociaciones y fundaciones a las que la ley que las rige no les concede la personalidad, pero a las que reconoce una determinada capacidad (semi-personalidad), se decidió que tendrían en los demás Estados contratantes la situación jurídica que les haya reconocido aquella ley «especialmente en lo que concierne a la capacidad de comparecer ante los Tribunales y las relaciones con los acreedores» (artículo 6.º, párrafo 1). *Vid. Documents relatifs à la septième session tenue du 9 au 31 octobre 1951*, La Haya, 1952.

<sup>82</sup> Interpretada en clave de DIPr, la expresión *persona jurídica* puede abrazar sin dificultad otras instituciones, incluso distintas de las sociedades, no conocidas, o no del todo coincidentes con las de nuestro ordenamiento, siempre que se trate de formas organizativas estructuradas para tener relaciones externas y participar en el tráfico. Entre ellas pueden citarse el *Anstalt* o el *Treuunternehmen* del Derecho de Liechtenstein, en su caso el *trust* característico de los países del *common law*, la *société de droit civil* de Derecho francés, las *nicht-rechtsfähiger Verein* de Derecho alemán, o la *partnership* de Derecho inglés, o de forma más específica la *Higher Education Corporation* o el *Club* británicos. En el ámbito del proceso de cambio que está sufriendo la aprehensión jurídica de ciertos fenómenos económicos, como ocurre singularmente en relación con los grupos de sociedades (*vid.* C. MOLINA NAVARRETE: *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Zaragoza, 1995, págs. 175-183), habría que analizar si el artículo 9.11 Cc alcanza también a los aspectos de la regulación jurídico-subjetiva de ese fenómeno. En este sentido, aconsejando la inclusión en el ámbito del artículo 150 de la LDIP suiza de las regulaciones extranjeras que toman en cuenta la subjetivación del grupo de sociedades, *vid.* F.E. KLEIN: «Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen...», *cit.*, págs. 85-86; Ph. REYMOND: «Les personnes morales et sociétés...», *cit.*, págs. 160-161. En el ámbito de la calificación registral, la DGRN ha mantenido un concepto amplio y autónomo de lo que deba entenderse por sociedad, no limitada a las figuras de nuestro sistema de Derecho de sociedades. En particular, la resolución de la DGRN de 29 de febrero de de 1992 (*BIMJ* núm. 1637 de 5 de junio de 1992, págs. 3624-3631), interpretó en sentido amplio el concepto de «sociedad» empleado por el artículo 81 RRM, afirmando que tal categoría comprendía la sucursal de una *Higher Education Corporation*. La necesidad de proseguir una calificación de carácter autónomo no sólo ha sido percibida por el centro directivo, sino que ha repercutido en la redacción que se ha dado al artículo 81, k) por el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, *BOE* núm. 184, de 31 de julio de 1996), en la que, entre los sujetos de inscripción obligatoria no sólo se incluyen las sucursales de sociedades extranjeras sino, igualmente, las de *otras entidades extranjeras con personalidad jurídica y fin lucrativo*.

<sup>83</sup> Favorable a una orientación funcional de la calificación, *vid.* P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe... op. cit.*, pág. 129.

<sup>84</sup> En nuestro ordenamiento, esta solución ha sido defendida en primer lugar por C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669», *cit.*, pág. 1368, quien ha indicado la estructuración externa de la sociedad como elemento determinante de la aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades (artículo 9.11 Cc), frente a la estructuración interna que conllevaría la aplicación del artículo 10.5 Cc. Opinión que es hoy también mantenida por M. VIRGÓS SORIANO: «La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato», *cit.*, pág. 5305.

<sup>85</sup> Sería el caso de los sistemas alemán y suizo. Para el primero, esta noción ha sido acuñada legislativamente en el artículo 150 de la ley de DIPr. En el segundo, a pesar de la inexistencia de una norma relativa a las personas jurídicas, el empleo del criterio de la *organización* en el nivel doctrinal viene de lejos. *Vid.* G. BEITZKE: *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, Múnich, Berlín, 1938, pág. 149. La utilización del concepto *organización* permite resolver el tratamiento conflictual de las verdaderas personas jurídicas (*juristischen Personen*), de las sociedades mercantiles sin personalidad jurídica (*nichtrechtsfähige Handelsgesellschaften*) y de las sociedades civiles, siempre que no se agoten en relaciones puramente obligacionales y posean una verdadera organización. Se da también solución, a través de ese concepto, al tratamiento conflictual de las masas patrimoniales sin personalidad jurídica pero con organización propia [*ad. ex.* patrimonios colectivos (*Sammelvermögen*), *trust* del Derecho angloamericano o *Anstalten* sin capacidad jurídica de Derecho público]. *Vid.* G. KEGEL: *Internationales Privatrecht, op. cit.*, pág. 428.

<sup>86</sup> En las palabras de C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», *cit.*, págs. 441 y ss, esp. pág. 445, «*als relevantes Wesensmerkmal lässt sich indessen das einer nach aussen erkennbaren inneren Organisation und das der Teilnahme am Rechtsverkehr als eigenständiges Rechtssubjekt aufführen*». En este mismo sentido, *vid.* F. VISCHER: «Art. 150-165 IPRG», *cit.*, págs. 1326-1327; K. SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, Colonia/Berlín/Boon/Múnich, 1986, págs. 147 y especialmente págs. 250-251; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.* pág. 61; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 81.

<sup>87</sup> La doctrina suiza ha insistido en la idea de autonomía (*Grad der Verselbständigung*) como determinante de la existencia de una organización, en el sentido del art. 150 LDIP. Esta autonomía podría ser descubierta a través de ciertos índices, como la existencia de una administración institucionalizada, un número elevado de socios, la sustitución del principio de unanimidad por el de mayoría para la adopción de los acuerdos sociales, la continuidad de la sociedad tras la exclusión o salida de un socio, y la posibilidad de cambio de socios o el equipamiento de los administradores con competencias típicamente orgánicas. *Vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 95-102; Ph. REYMOND: «Les personnes morales et sociétés...», *cit.*, pág. 163; F. VISCHER: «Art. 150-165 IPRG», *cit.*, pág. 1327; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 61-63. Para este autor, una administración

institucionalizada existiría cuando se adoptan especiales medidas (personales, financieras o logísticas) para procurar el cumplimiento del objetivo del contrato, como el establecimiento de un centro especial de coordinación o de administración, en el que un administrador representa a la sociedad base de cara a terceros. E igualmente, cuando la sociedad base asume la realización, en su propio nombre, de ciertas actividades que, si bien se ponen en común, quedan al margen de la actividad de la sociedad *joint venture* (*ad. ex.* actividad de distribución de los productos fabricados por la sociedad común). No existiría una administración centralizada cuando los participantes, aunque sitúan en un determinado lugar la administración del acuerdo base y sus reuniones periódicas, no establecen una representación de cara al exterior.

<sup>88</sup> La existencia de organización requeriría órganos propios de la comunidad (*Organen der Gesamthand*), lo que habría de entenderse en un sentido más estricto que la mera ordenación de las relaciones de administración y representación conforme a lo establecido por el *BGB* para la sociedad civil, en la cual, la condición de miembro confiere a cada socio facultades de administración y representación de la sociedad. La aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades exigiría un *plus* que podría consistir, por ejemplo, en la existencia de una junta o consejo de administración (*Verwaltungsrat*), de un comité administrativo (*Verwaltungsausschuß*) con cierta competencia de decisión, o de un representante especial de índole societaria (*ein gesellschaftsvertraglich besonders berufener Vertreter*). En general, se presumiría la existencia de órgano social siempre que se concedan a uno de los socios facultades especiales de administración o de representación, siendo modificada la reglamentación contenida en los §§ 709 y 714 *BGB*, dada la mayor estructuración interna de la sociedad en estos casos, y su semejanza con la que es propia de las sociedades corporativas. *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 82-83; W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 99-102. Indicando la aplicación del estatuto contractual cuando, en la sociedad simple, cada socio pueda vincular directamente a la sociedad, *vid.* F. VISCHER: «Art. 150-165 IPRG», *cit.*, pág. 1327. En sus palabras, «*Vereinbaren die Gesellschafter lediglich zu kooperieren, werden also im Gesellschaftsvertrag nur die Rechte und Pflichten inter partes festgelegt, und kann jeder Gesellschafter die einfache Gesellschaft direkt verpflichten, sind im allgemeinen die Regeln über das Schuldrecht anwendbar*».

<sup>89</sup> La divergencia de planteamiento obedece a las ideas o concepciones de cada ordenamiento sobre este tipo de entes societarios menores, siendo patente la *influencia que las concepciones del Derecho material despliega en DIPr*. En nuestro sistema, la unificación patrimonial en el ámbito de la sociedad, y la separación del mismo, se produce a través de una técnica de personificación. Este modo de proceder expresa la concepción de nuestro legislador, que ve en estas sociedades verdaderos entes autónomos, y explica los efectos jurídicos que se asocian, por ejemplo, a la *relativa separación patrimonial* que se produce en el ámbito de esa sociedad (*vid.* F. VALENZUELA GARACH: «Un panorama general...», *cit.*, pág. 363). Por el contrario, en el Derecho alemán (*vid.* § 719 *BGB*), el camino escogido para lograr esa unificación patrimonial ha sido el de la *propiedad en mano común*. Como indica D. MEDICUS, «el patrimonio social no puede simplemente corresponder a la sociedad en cuanto ésta no tiene personalidad jurídica. (...) El patrimonio social corresponde a los socios en común, de tal manera que, ni pueden disponer de él, ni pueden reclamar su división» (D. MEDICUS: *Tratado...*, *op. cit.*, pág. 596. También H. GUMBERT: «§ 9 Das Gesellschaftsvermögen», *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV*, Hrsg. B. Riegger y L. Weipert, München, C.H. Beck, 1995, págs. 154-156). En este sistema, las sociedades civiles no se manifiestan como entes distintos de sus socios, apareciendo sólo como una pluralidad de personas (*vid.* K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pág. 416). De ahí que, en defecto de una organización distinta de la constituida por todos los socios, el supuesto social no revista particularidad especial respecto a la simple propiedad en mano común. En la actualidad, la doctrina alemana pone en cuestión que la técnica tradicional de la propiedad en mano común para explicar la imputación patrimonial en las sociedades más simples, pueda sobrevivir en el Derecho alemán tras la creación del Mercado Interior, al constituir una barrera para la armonización del Derecho de sociedades en Europa, y quedar esta técnica absolutamente fuera de lugar en el ámbito europeo. *Vid.* U. BLAUROCK: «Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht — Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses», *ZEuP*, 1998, págs. 474-476.

<sup>90</sup> Para un juez alemán o suizo, una sociedad civil de nacionalidad española o una *société civile* francesa, en la que todos los socios actúen y sean representantes de la sociedad, obtendrá, con toda probabilidad, una calificación contractual. Como consecuencia, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales será regulada por la ley designada mediante la norma de conflicto en materia de contratos, donde prevalece la autonomía conflictual. Teniendo en cuenta el criterio dispar que muestra el Derecho comparado sobre el tipo de responsabilidad en cada sociedad [*ad. ex.*, según el Derecho alemán (§§ 427-431 *BGB*) y conforme al Derecho suizo (Art. 544 *OR*), en caso de duda los socios responden de las obligaciones solidariamente, al igual que ocurre en nuestra sociedad colectiva (artículo 127 C. de c). Al contrario, en nuestra sociedad civil los socios responden de forma mancomunada (*vid.* artículo 1698 Cc) y según el Derecho francés (Art. 1857 *Code Civil*), conforme a su aportación y, si no se ha

pactado otra cosa, por partes iguales], la responsabilidad de los socios en la sociedad simple sin organización quedará a merced de los socios. Poniendo de relieve los problemas de esta índole que pueden derivar de la solución contenida en el artículo 150 de la LDIP suiza, cuando la sociedad simple sin organización manifiesta cierta eficacia externa, *vid.* F.E. KLEIN: «Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen...», *cit.*, pág. 85. Al valorar la solución suiza basada en el concepto de organización, el autor indica «Eine verständliche Lösung, denn die Aufnahmebereitschaft des 1. Absatzes musste letztlich Grenzen haben. Dennoch keine ganz befriedigende Lösung, denn die ins Vertragsrecht zurückgewiesenen einfachen Gesellschaften können gleichwohl Drittwirkungen erzeugen». Poniendo de relieve el defecto de esta solución, en cuanto comporta la preterición de la regulación de la responsabilidad de la sociedad, *vid.* W. von STEIGER: «Die einfache Gesellschaft...», *cit.*, pág. 31.

<sup>91</sup> Una de las consecuencias que derivan de la *relativa separación patrimonial* que se otorga a la sociedad, viene dada por la disociación entre deuda (de la sociedad) y responsabilidad (de los socios), (*vid.* F. VALENZUELA GARACH: «Un panorama general...», *cit.*, pág. 363). Como muestra de cómo pueden diferir las soluciones comparadas en este punto, resulta útil observar el muy distinto modo en que queda regulada la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad en nuestro ordenamiento. Aunque en las sociedades civil y colectiva irregular los socios responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales, lo hacen a título subsidiario, no principal. En otras palabras, los acreedores de la sociedad no pueden dirigirse directamente contra los socios. Para la sociedad civil, *vid.* J.L. LACRUZ BERDEJO y otros: *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, Contratos y Cuasicontratos, 2.ª edic., Barcelona, Bosch, 1986, págs. 417-418; C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1698», *cit.*, págs. 1481 y ss. No obstante, *vid.* F. CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil...*, *op. cit.*, págs. 554-556, quien defiende al contrario el carácter principal y no subsidiario de la responsabilidad de los socios. Para la sociedad colectiva, en la que esta responsabilidad no es de carácter mancomunado sino solidario (artículos 127 C. de c), *vid.* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, pág. 522; R. URÍA: *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, págs. 192-193; F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 285-286. Tampoco resulta de interés menor el conocimiento del contenido del carácter subsidiario de la responsabilidad de los socios. En nuestro ordenamiento, en relación con la sociedad civil, la cuestión aparece en la actualidad controvertida. En contra de la doctrina dominante, rechazando en la sociedad civil la aplicación a esta responsabilidad subsidiaria del beneficio de excusión y afirmando su carácter más débil, en el sentido de que sólo procedería previa reclamación infructuosa a la sociedad, *vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1698 Cc», *cit.*, pág. 1483. En el ámbito de la sociedad colectiva, *vid.* C. PAZ ARES: *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 97-98.

<sup>92</sup> Singularmente el de la eficacia relativa de los contratos.

<sup>93</sup> En este sentido fue loable, aunque no llegara a prosperar, el esfuerzo desarrollado en la negociación del convenio de La Haya de 1 de enero de 1956, en cuyo artículo 6 expresamente se contemplaba como correspondiente al régimen de la persona jurídica el tratamiento de los acreedores, entre cuyos aspectos se cuenta el régimen de disociación entre deuda y responsabilidad que caracteriza a nuestra sociedad civil.

<sup>94</sup> *Vid infra*, capítulo sexto.

<sup>95</sup> Resumiendo el supuesto, el 26 de julio de 1967 la sociedad B.B. Beton firmó un contrato con la *joint venture* Shebco C.C.S.A., representada por M. Cassinis, en virtud del cual ésta encargaba a la primera la realización de ciertos trabajos en Libia. Al no pagar los trabajos convenidos, la sociedad B.B. Beton suscitó demanda contra el señor Cassinis y la C.C.S.A. Spa. De acuerdo con el art. 16.2 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano, el Tribunal de Apelación de Milán consideró necesario verificar si el Derecho Libio reconocía personalidad jurídica a la *joint venture*, al efecto de poder decidir si ésta respondía directamente de las obligaciones asumidas hacia terceros, o si lo hacían en su lugar, solidaria e ilimitadamente, las sociedades que la formaban. A la vista de la respuesta emitida por la Cámara de Comercio e Industria de Trípoli a la pregunta formulada por la embajada italiana, el Tribunal dedujo que la inscripción del contrato era requisito esencial para el surgimiento de la personalidad jurídica y que, dada la ausencia de inscripción, la *joint venture* Shebco C.C.S.A. no tenía personalidad jurídica. Para el Derecho libio, la *joint venture* no era más que un contrato. En ausencia de un sujeto de Derecho diferente de las entidades que componían la *joint venture*, el Tribunal italiano estimó que las sociedades participantes eran responsables solidaria y conjuntamente de las obligaciones asumidas. Como hemos dicho, la decisión no se pronuncia sobre el Derecho aplicable al contrato de *joint venture*. A nuestro modo de ver, debería ser determinado, tras la recalificación del supuesto como contractual, con arreglo a las normas de conflicto contractuales. *Vid.* sentencia del Tribunal de apelación de Milán de 25 de febrero de 1977, dictada en el asunto *B.B. Beton c. Cassinis y C.C.C.S.A. Spa (Riv.dir.int.pr.proc.*, 1979, págs. 266 y ss; *Journ.dr.int.*, 1983, págs. 188-190).

<sup>96</sup> En este asunto se trataba de una *joint venture* constituida en 1981 entre una compañía francesa A, su filial B, y dos compañías egipcias C y D, que firmaron un contrato con una sociedad egipcia para la realización de obras civiles en Egipto. Surgidas desavenencias en relación con el cumplimiento del contrato, las sociedades A y B presentaron demanda ante el tribunal arbitral, a lo que el demandado arguyó que el tribunal arbitral no tenía

jurisdicción porque las sociedades A y B carecían de capacidad para instar el arbitraje, al no haber sido autorizadas por las otras dos sociedades participantes en la *joint venture*. A su juicio, la *joint venture* era una mera relación contractual entre las compañías A, B, C y D, que no constituía una entidad separada que gozara de personalidad jurídica, ni una *Sharika Al Mohassa*, dado que la existencia de ésta no le fue revelada. Por otra parte, al tratarse de deudores solidarios, sólo podrían ejercer sus derechos conjuntamente, lo que ha de incluir el derecho a instar el arbitraje, siendo por tanto necesario el poder de C y D. El demandante contestó señalando que la relación contractual entre A, B, C y D constituía una *Sharika Al Mohassa* conforme a los artículos 59 a 64 del Código de comercio egipcio. Aunque no es una persona legal, una *Sharika Al Mohassa* opera como persona legal de cara a terceros a los que sea revelada su existencia. La existencia de la *joint venture* fue revelada al demandado, siendo la sociedad A designada como *manager* de la misma, con plenos poderes. El Tribunal arbitral rechazó las argumentaciones del demandado, pero por razones distintas, reconduciendo la cuestión del *locus standi* a la ley reguladora del contrato. Dado que los actos realizados por los mismos participantes individualmente obligaban a los demás, el tribunal consideró que, conforme a la ley egipcia, el acreedor solidario puede demandar el cumplimiento completo de la obligación (artículo 302 del código civil). Existiese o no persona jurídica, la compañía A estaría legitimada para instar el arbitraje en nombre de las otras partes en la *joint venture*.

<sup>97</sup> Vid. *Riv.dir.int.priv.pr.*, 1996, págs. 837-845. El 28 de junio de 1991 fue concluido un contrato para la constitución de la *joint venture Complesso Bolshoj Teatro*, entre varios entes soviéticos y cuatro sociedades italianas. El litigio fue promovido por estas sociedades, y se dirigía contra las adquirentes de su participación en dicha *joint venture*. En defecto de prueba específica de la constitución de la sociedad *joint venture* como persona jurídica de Derecho ruso, el Tribunal de Milán determinó la aplicación de la legislación italiana, y afirmó que la cesión de contrato, cuando no se trata de la cesión de participación de una sociedad inscrita, es un negocio jurídico plurilateral, cuya perfección exige la necesaria participación de todos los sujetos interesados. Por ello, el Tribunal estimó la existencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario, siendo preciso integrar el proceso con los entes soviéticos que también eran parte en el contrato de formación de la *joint venture*.

<sup>98</sup> No obstante, afirmando la calificación contractual exclusiva que corresponderá a los contratos de *joint venture*, vid. K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: «Zur internationalen...», *cit.*, págs. 203-212; P.M. KLEINSCHMIDT: «Kooperationsvertrag», *cit.*, pág. 793; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 294. Con una respuesta algo más matizada, también vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 96, para quien «*Dieser einfachen Gesellschaft fehlt es, von Ausnahmefällen abgesehen, an einer festen Organisation, da sie keine selbständige Geschäftstätigkeit ausübt*».

<sup>99</sup> Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc.», *cit.*, págs. 1353 y 1360.

<sup>100</sup> Cabe pensar en los préstamos concertados por los participantes antes de la creación de la sociedad conjunta, que por la razón que sea no interesa que sean asumidos por ésta, o en la compra de una determinada patente por los participantes, que será aportada a la sociedad conjunta una vez constituida ésta, o más sencillamente en el alquiler de los inmuebles en los que se suelen desarrollar las reuniones sociales, o en el pago de los hoteles que éstos utilizan en el lugar de la celebración de unas concretas reuniones, cuando éstas tengan lugar cada vez en lugares diferentes. Podría igualmente darse la situación descrita por L. HUBER, en la que los socios adquieran, como colectividad, la producción de la sociedad *joint venture* con el propósito de distribuirla de forma común, aunque fuera del marco de la sociedad *joint venture*, a través de sus propios canales de distribución, (vid. L. HUBER: *Das joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 62-63). La realización de esta actividad por la sociedad base puede responder a razones fiscales, al buscarse la aplicación del régimen de transparencia.

<sup>101</sup> Vid. artículo 1669 Cc.

<sup>102</sup> Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc», *cit.*, pág. 1360. A este efecto se referiría el Cc cuando alude a la sociedad civil *cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios*.

<sup>103</sup> No obstante, dada la disociación entre sociedad manifiesta y sociedad externa, el hecho de que exista una cláusula de ocultación no determinaría, por necesidad, el carácter interno de la sociedad si del resto del contrato puede derivarse el alcance externo de la misma. Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc», *cit.*, pág. 1360. Vid. especialmente, en el plano interno, la Sentencia del TS de 1 de octubre de 1986 en R. GARCÍA VILLAVERDE: «Exclusión de socios...», *cit.*, págs. 134-146.

<sup>104</sup> Vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc», *cit.*, pág. 1360. En la interpretación del autor, ésta sería la sociedad *en que cada socio contrate en su propio nombre con los terceros* a que se refiere el artículo 1669 Cc, y no la que por razones de oportunidad desarrolla su actividad mediante el mecanismo de la representación indirecta.

<sup>105</sup> Aunque bien podría suceder que, a pesar de la existencia de esta cláusula, del resto del contrato se infiera una voluntad de los participantes en el sentido de constituir una sociedad externa. Señalando la imposibilidad de concluir que la sociedad no tiene personalidad jurídica cuando los socios actúen en su propio nombre con los terceros, vid. K. ALBIEZ DOHRMANN: «Comentario al artículo 1669 Cc», *cit.*, pág. 165.

<sup>106</sup> Indicando que si bien la cláusula de representación indirecta es extraña a la cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad es indicaria del carácter interno de la sociedad, *vid.* C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc», *cit.*, pág. 1360.

<sup>107</sup> Esta libertad es reconocida por la generalidad de los ordenamientos. En el nuestro, *vid.* art. 1255 Cc.

<sup>108</sup> Sobre los elementos que suelen configurar a los contratos de *joint venture*, *vid. supra* Capítulo primero, III, 2.

<sup>109</sup> No en vano, suele ser frecuente la inclusión de cláusulas que erigen al propio contrato como su única ley. Sobre este aspecto, *vid. infra* este capítulo, II, 2, G.

<sup>110</sup> Los abogados que redactan los contratos de *joint venture* suelen utilizar cláusulas de contenido abierto (*v.gr.* remisiones al empleo por las partes de sus *best efforts*, o a un comportamiento *reasonable* durante la vida de la relación de *joint venture*).

<sup>111</sup> Para un análisis de las patologías típicas en los contratos de *joint venture*, que derivan de su duración prolongada y del control conjunto del proyecto, con especial referencia a la integración de lagunas contractuales, a las situaciones de adaptación y renegociación del contrato, pactadas o no, y a los mecanismos de resolución de controversias, al margen de las instancias judiciales o arbitrales, *vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA: «Arbitraje y *Joint Venture*», *RCEA*, 1997, págs. 89-125, y las referencias que allí se contienen.

<sup>112</sup> *Vid.* O. LANDO: *Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, Chapter 24, Tubinga, 1976, págs. 33 y ss. Como afirma el autor, «la elección de Derecho asegura certeza a las transacciones comerciales en cuanto que, en ausencia de ella, la ley del contrato será desconocida hasta que un Tribunal se pronuncie». También *vid.* D. MARTINY: «Freie Rechtswahl, Art. 27», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz, Internationales Privatrecht*, Band 7, 2. Auf., Múnich, 1990, pág. 1518.

<sup>113</sup> *Vid.* 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. 769.

<sup>114</sup> *Vid.* K. SIEHR: «Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts», *Festschrift für K. Firsching*, Munich, C.H. Beck, 1985, págs. 279-281; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica», *REDI*, 1995, págs. 27-28.

<sup>115</sup> *Vid.* Th.M. DE BOER: «The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts», *RabelsZ*, 54, 1990, pág. 37.

<sup>116</sup> *Vid.* K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 129.

<sup>117</sup> No en vano, el informe explicativo del CR menciona a los contratos de cooperación, y a los contratos complejos, entre aquéllos que, a título excepcional, podrían sufrir un *dépeçage* de carácter objetivo. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe...», *cit.*, pág. 21.

<sup>118</sup> *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *El contrato internacional...*, *op. cit.*, págs. 1588-159. También *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 68.

<sup>119</sup> *Vid.* K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 129; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 87; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 68. Dado que el art. 3 CR no somete la elección de ley a especiales exigencias de proximidad objetiva con el contrato, estas posibilidades resultan totalmente admisibles.

<sup>120</sup> *Vid.* K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 130.

<sup>121</sup> Debe entenderse que la referencia realizada por las partes a un Derecho extranjero, cuando el resto de los elementos del contrato esté localizado unitariamente en un sólo país, sólo valdrá como *cláusula de incorporación por referencia* (*vid.* art. 3.3 CR). *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: «El convenio de Roma...», *cit.*, págs. 770-771; D. MARTINY: «Freie Rechtswahl, Art. 27», *cit.*, pág. 1517 y pág. 1520. No obstante, la internacionalidad del contrato puede venir fundada en muy diversos criterios. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 10; R. DE NOVA: «Wann ist ein Vertrag international?», *Konflik und Ordnung. Fest. M. Ferid zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 1978, págs. 307-323; G.R. DELAUME: «What is an international contract? An American and a Gallic Dilemma», *ICLQ*, 28, 1979, págs. 258-279.

<sup>122</sup> No obstante, *vid.* M. VIRGÓS: «El convenio de Roma...», *cit.*, pág. 760, quien descarta la admisión de la autonomía conflictual en los contratos «económicamente internacionales», es decir, aquéllos que situando todos sus elementos en el mismo país, están conectados con una operación de carácter internacional.

<sup>123</sup> *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: «El convenio de Roma...», *cit.*, págs. 753-825, pág. 772.

<sup>124</sup> Por ello, la doctrina habla más de un control de contenido (*Inhaltskontrolle*), que de un control de celebración (*Abschlusskontrolle*). *Vid.* D. MARTINY: «Freie Rechtswahl, Art. 27», *cit.*, pág. 1519; M. VIRGÓS SORIANO: «El convenio de Roma...» *cit.*, pág. 775; E. LORENZ: «Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht», *RIW*, 1987, págs. 571-573.

<sup>125</sup> La *parte del contrato* ha sido definida por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, como «aquella sección del contrato constituida por un imperativo jurídico inescindible o por un conjunto de ellos, que posee, a) individualidad de

contenido manifestada en una autonomía jurídica y económica, y b) que presenta una función específica que permite su separabilidad del resto del contrato a efectos de ley aplicable, de modo que es capaz de funcionar independientemente sin menoscabar con ello el funcionamiento del resto del todo contractual» (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *El contrato internacional*, *op. cit.*, pág. 122). También *vid.* F. RIGAUX: «Examen...», *cit.*, pág. 317.

<sup>126</sup> *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 94.

<sup>127</sup> Sobre la función del fraccionamiento como mecanismo apto para integrar y equilibrar los intereses de las partes en el contrato, sobre todo cuando se trata de acuerdos complejos, *vid.* P. LAGARDE: «Le dépeçage dans le droit international privé des contrats», *Riv.dir.int.pr.proc.*, XI, 1975, págs. 651-655. También *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 93.

<sup>128</sup> *Vid.* L.O. BAPTISTA y A. SIERRALTA RIOS: *Aspectos jurídicos...*, *op. cit.*, pág. 232.

<sup>129</sup> *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 89; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 94.

<sup>130</sup> *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 94.

<sup>131</sup> *Vid.* C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 4. Auf., Colonia, O. Schmidt, 1988, pág. 47; P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe...*, *op. cit.*, pág. 261.

<sup>132</sup> Estas posibilidades de designación cumulativa de leyes, han sido expresamente admitidas por la Resolución adoptada por el IDI en su sesión de Atenas de 1979, sobre la ley del contrato en los acuerdos entre un Estado y una persona privada extranjera (*Ann. IDI*, vol. 58, Tomo II, págs. 193 y ss). Bajo su tenor, «*The parties may in particular choose as the proper law of the contract either one or several domestic legal systems or the principles common to such systems, or the general principles of law, or the principles applied in international economic relations, or international law, or a combination of these sources of law*».

<sup>133</sup> Como relata Y. DERAÏNS, la actitud de los árbitros consiste en muchas ocasiones en *aproximar* las leyes en presencia, y afirmar que conducen a los mismos resultados, pudiendo seguirse indistintamente una u otra ley (*vid.* Y. DERAÏNS: «L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, (a la lumière de l'expérience de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International)», *Rev. arb.* 1972, págs. 102-103).

<sup>134</sup> Sobre este extremo, *vid. supra* Capítulo Segundo, I, 2. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 95.

<sup>135</sup> *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 15, donde se contiene un elenco de diversas circunstancias que pueden ser consideradas para inferir una elección tácita.

<sup>136</sup> Aun distintas en el nivel conceptual, en ocasiones puede ser difícil escindir las circunstancias que determinan, respectivamente, una sumisión tácita y una localización objetiva del contrato. Ello explica decisiones como el laudo CCI dictado en el asunto nº 2119, (*Journ.dr.int.*, 1979, págs. 997 y ss), donde el tribunal arbitral mezcla ambos procedimientos. *Vid.* C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *op. cit.*, pág. 85; F. VISCHER: «Veränderungen des Vertragsstatuts und ihre Folgen», *Festschrift Max Keller*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, págs. 558-559.

<sup>137</sup> Dada la dependencia unilateral entre contratos, resulta más fácil descartar que la designación realizada en un contrato satélite sea entendida como elección tácita para el acuerdo base.

<sup>138</sup> La posición *sui generis* de la sociedad *joint venture*, en cuya voluntad convergen los participantes, impide imponer en la interpretación las rigideces relativas al alcance respecto de terceros de la designación realizada. En este sentido, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 88.

<sup>139</sup> En este sentido, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 88.

<sup>140</sup> No obstante, en opinión de L. HUBER, del análisis de los intereses en presencia en los contratos de licencia o cesión de patentes, modelos de utilidad, marcas, dibujos industriales o nombres comerciales, podría inferirse la existencia de una elección tácita en favor del Derecho del cedente de esos derechos. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 174.

<sup>141</sup> El CR no permite al tribunal considerar como elección tácita, la elección de la ley que las partes habrían seleccionado si se hubieran planteado la cuestión del Derecho aplicable. *Vid.* O. LANDO: «The EEC Convention...», *cit.*, págs. 185-186; M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.*, pág. 15.

<sup>142</sup> Esta posibilidad ha sido expresamente descartada por la Sentencia del Tribunal de La Haya (*Hof den Haag*) de 24 de abril de 1986 (*NIPR*, 1988, págs. 115-117, núm. 129).

<sup>143</sup> *Vid. infra*, capítulo cuarto, IV.

<sup>144</sup> *Vid.* P.M. KLEINSCHMIDT: «Kooperationsvertrag», *cit.*, pág. 794.

<sup>145</sup> *Vid. supra* Capítulo Segundo, IV.

<sup>146</sup> Este es el caso, por ejemplo, del art. 15 de la Ley de Hidrocarburos, (Ley nº 1689, de 30 de abril de 1996) de la República de Bolivia, que somete los contratos de Riesgo Compartido para las actividades petroleras de exploración, explotación y comercialización a la Ley boliviana. Igualmente, el art. 5.2 de la ley china sobre contratos de comercio exterior, de 21 de marzo de 1985, restringe la autonomía conflictual para los contratos de *joint venture* para la constitución de empresas conjuntas con participación china, para los contratos de cooperación, y para aquéllos sobre explotación de materias primas en territorio chino. Fuera de ese ámbito, el artículo 5 de la nueva ley admite que las partes puedan elegir la ley aplicable. Vid. N. HORN: «Das chinesische Außenwirtschaftsvertragsgesetz», *RIW*, 1985, Heft 9, págs. 688-693; S. HUG: «Chinesisches Außenwirtschaftsvertragsgesetz», *IPRax*, 1985, Heft 4, págs. 242-243.

<sup>147</sup> Un ejemplo típico es la ley brasileña sobre transferencia de tecnología, que condiciona la concesión de la autorización del *Instituto Nacional da Propriedade Industrial* a la inclusión en el contrato de una cláusula de aplicación del Derecho brasileño (vid. A. BERKEMEIER: «Technologietransfer-Verträge nach Brasilien im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und staatlicher Wirtschaftsintervention», *RIW*, 1986, pág. 438). Como indica N. BOUZA VIDAL, esta actitud coincide con la mantenida inicialmente por el «Grupo de los 77» en las negociaciones del capítulo 9 del Código internacional de Conducta para la transferencia de tecnología. No obstante, como informa la autora, esta posición fue posteriormente flexibilizada al admitirse, en aras a llegar a un punto de acuerdo con los países desarrollados (grupo B), la posibilidad de elección de ley por las partes, siempre que dicha elección no impida la aplicación de las disposiciones imperativas de los países vinculados de forma sustancial con la transacción o con las partes en el contrato (Informe y notas de los expertos sobre las cuestiones pendientes compilados por la secretaría de la UNCTAD, *TD/CODE TOT/52* de 5 de agosto de 1988) (vid. N. BOUZA VIDAL: «Aspectos del Derecho internacional privado...», *cit.*, págs. 251-252).

<sup>148</sup> Una exposición muy completa sobre las distintas modalidades de designación del régimen del contrato al margen del Derecho estatal, puede verse en W. PETER: *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, a study with particular reference to means of conflict avoidance under natural resources agreements*, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1986, págs. 167 y ss.

<sup>149</sup> W. PETER: *Arbitration...*, *op. cit.*, págs. 167 y ss.

<sup>150</sup> Junto al Derecho estatal, pueden existir remisiones a los principios «*of Good Will and Good Faith*», a los «*principles of law reconized by civiliced nations*», a las «*rules of international law*», a los «*general principles of modern law*», o incluso al Derecho internacional. Vid. W. PETER: *Arbitration and Renegotiation cit.*, págs. 167 y ss. La posibilidad de construir desde las fuentes del Derecho internacional público un régimen jurídico de carácter privado para los contratos internacionales, ha sido recientemente afirmada por H. BOOYSEN: «*Völkerrechtliche als Vertragsstatut internationaler privatrechtlicher Verträge*», *RabelsZ*, 59, 1995, págs. 245-257; *id.*: «*Die internationale lex mercatoria: das Erfordernis ihrer Umgestaltung zu einer rechtswissenschaftlichen. Synthese und ihr Verhältnis zum Völkerrechts*», *Archiv des Völkerrechts*, 1992, págs. 196-211.

<sup>151</sup> Mientras el Estado no podrá, o no deseará, someterse a leyes extranjeras, la parte privada tampoco querrá admitir la mera aplicación al contrato de la ley del Estado extranjero, quien tendría la oportunidad de modificarla. Vid. O. LANDO: «*The law applicable to the Merits of the Dispute*», *cit.*, págs. 143-144.

<sup>152</sup> Este es el parecer mayoritario en la doctrina. Vid. A. GIARDINA: «*Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento piú significativo*», *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, padua, cedam*, 1983, pág. 10; C. ESPLUGUES MOTA: «*El Derecho aplicable...*», *cit.*, pág. 275; C. ESPLUGUES MOTA (Coordinador), S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ: *Contratación internacional, op. cit.* pág. 58-59; F. RIGAUX: «*Examen de quelques...*», *cit.*, págs. 318-319; R. BARATTA: *Il collegamento piú stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1991, págs. 192 y ss. No obstante, admitiendo este tipo de remisiones vid. CARBONE: «*Il contratto senza legge e la Convenzione di Roma*», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1983, págs. 279 y ss.

<sup>153</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO: «*El convenio de Roma...*», *cit.*, pág. 775.

<sup>154</sup> Esta libertad podría resultar bien de forma indirecta, al no contemplarse el control de la ley aplicada como motivo de anulación del laudo o como causa de denegación del reconocimiento, o de forma directa, como sucede en el caso de algunas recientes normativas sobre arbitraje, que facultan expresamente a las partes para realizar designaciones de ese tenor. La posibilidad de dar relieve a estas remisiones puede quedar instalada en la consideración de las mismas como voluntad de las partes de someterse a arbitraje de equidad (vid. artículo VII, 2. Convenio Europeo sobre arbitraje Comercial Internacional, *cit.*). En este sentido, C. ESPLUGUES MOTA, S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ afirman la existencia de un «desacompañamiento entre la realidad nacional, en la que se niega la posible vinculación del contrato, exclusivamente a la *lex mercatoria*, y cierta práctica arbitral, en que tal posibilidad no sólo es admitida sino apoyada. Vid. C. ESPLUGUES MOTA (Coordinador), S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ: *Contratación internacional, op. cit.*, pág. 62.

<sup>155</sup> *Vid. supra* Capítulo Segundo, I, 2. En opinión de K. SIEHR, la elección de ley fuera de un Derecho estatal sólo serviría para fundar la decisión cuando, en una materia concreta, existan fuentes suficientes para un derecho internacional del comercio mundial (*vid. K. SIEHR: «Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht», Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1989, págs. 501-502).*

<sup>156</sup> Las partes podrían seleccionar directamente como aplicables al contrato los principios generales redactados por una institución como, por ejemplo, los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* del UNIDROIT.

<sup>157</sup> *Vid. P. WEIL: «Principes généraux du droit...», cit., págs. 405-406; Ph. KAHN: «Les principes généraux...», cit., pág. 397. Indicando la obligación para el árbitro de dar efecto a esa designación, vid. E. GAILLARD: «Trente ans de Lex Mercatoria...», cit., pág. 18.*

<sup>158</sup> *Vid. M. VIRGÓS SORIANO: «El convenio de Roma...», cit., pág. 775; C. REITHMANN y D. MARTINY: Internationales Vertragsrecht..., op. cit., pág. 78-79; F. RIGAUX: «Examen de quelques...», cit., pág. 316. Entre nosotros, inter alia C. ESPLUGUES MOTA (Coordinador), S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ: *Contratación internacional, op. cit.* págs. 51-53; H. BATIFFOL: «La loi appropriée au contrat», *cit.*, págs. 3-4; R. BARATTA: *Il collegamento più...*, *cit.*, págs. 192 y ss. No obstante, favorable a la admisión de esta posibilidad en el CR, *vid. S.M. CARBONE: «Il contratto senza legge...», cit., pág. 279 y ss.**

<sup>159</sup> Sobre esta temática existe una vasta literatura. *Inter alia, vid. O. SANDROCK: «Versteinerungsklauseln...», cit., págs. 211 y ss; N. DAVID: «Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers», 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 développement économique», Mélanges offerts à Ch. Rousseau, París, 1974, págs. 301-328; F. RIGAUX: «Examen de quelques...», *cit.*, págs. 319-321.*

<sup>160</sup> C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *op. cit.*, pág. 81; 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*.

<sup>161</sup> *Vid. C. REITHMANN y D. MARTINY: Internationales Vertragsrecht..., op. cit., pág. 81.*

<sup>162</sup> *Vid. B. WORTMANN: Durchgriffshaftung..., op. cit., pág. 91; D. MARTINY: «Freie Rechtswahl, Art. 27», cit., págs. 1521-1522; C. REITHMANN y D. MARTINY: Internationales Vertragsrecht..., op. cit., pág. 81.*

<sup>163</sup> *Vid. supra*, capítulo primero, III, 2 C.

<sup>164</sup> El art. 3 de la resolución del IDI sobre «la ley del contrato en los acuerdos entre un Estado y una persona privada extranjera», dictada en su sesión de Atenas (*Annuaire IDI, 1979, 58-II, pág. 194* admite esta posibilidad cuando dispone «*les parties peuvent convenir que des dispositions d'un droit interne auxquelles elles se réfèrent dans un contrat doivent être entendues dans leur teneur au moment de la conclusion de ce contrat*»).

<sup>165</sup> *Vid. J. KROPHOLLER: Internationales Privatrecht, 2. Auf. J.C.B. Mohr, Tubinga, 1997, págs. 412-413. 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.*

<sup>166</sup> No obstante, 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 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).*

<sup>167</sup> 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 con la protección de las inversiones. *Vid. supra*. Capítulo segundo, II, 1. Otros mecanismos, menos seguros, podrían ser la internacionalización del contrato, o la garantía dada al contrato a través de un consentimiento expreso por parte del poder legislativo.

<sup>168</sup> B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 92; O. SANDROCK: «Versteinerungsklauseln...», *cit.*, pág. 225.

<sup>169</sup> Por ejemplo, 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. Fuera de esos casos, el contrato aparecería como instrumento para la construcción de las relaciones entre las partes, situándose los intereses privados en primera línea.

<sup>170</sup> *Vid. O. SANDROCK: «Versteinerungsklauseln...», pág. 221. P.H. NEUHAUS: Die Grundbegriffe..., op. cit., pág. 261; J. KROPHOLLER: Internationales Privatrecht, op. cit., págs. 412-413; B. WORTMANN: Durchgriffshaftung..., op. cit., pág. 93; F. VISCHER: «Veränderungen des Vertragsstatuts...», *cit.*, págs. 551-552.*

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 CR, 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).

<sup>171</sup> *Vid.* art. 8 de la Resolución y Declaración adoptadas por el IDI en su Sesión de Basilea, en 1991 (*Annuaire IDI*, vol. 64-II, 1992, pág. 386); C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *cit.*, pág. 61-62.

<sup>172</sup> C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *cit.*, pág. 83-84.

<sup>173</sup> *Vid.* F. RIGAUX: «Examen de quelques...», *cit.*, págs. 320-321; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Obligaciones contractuales», *cit.*, págs. 306-307.

<sup>174</sup> 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.

<sup>175</sup> *Vid.* art. 8 de la Resolución del IDI de 1991 antes citada. 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.

<sup>176</sup> *Vid.* J. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, pág. 412-413.

<sup>177</sup> 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; C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *op. cit.*, pág. 82

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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 contratos de *joint venture*, o para los contratos de cooperación. 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. Destacando el doble alejamiento de la realidad social que supone la elaboración de una norma de conflicto de conexión rígida, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: «El paradigma...», *cit.*, págs. 5258-5259.

<sup>3</sup> Este sistema ha sido propuesto por P.A. DE MIGUEL ASENSIO en el ámbito de los contratos sobre propiedad industrial, con resultados satisfactorios. *Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>4</sup> 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 ha debido enfrentarse la tópica, ha sido el de la construcción de una *lógica de los juicios de valor*, problema que 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. 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).

<sup>5</sup> 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*). 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 Schöenberger*, Friburgo, 1968, pág. 388; *id.*: *Handbuch des internationalen Privatrecht*, II, 4. Auf., Basilea, 1958, págs. 639-640.

<sup>6</sup> 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», *cit.*, págs. 659-660. En un planteamiento general de la cuestión, *vid.* A.E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, *passim*.

<sup>7</sup> 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*, *op. cit.*, pág. 640; F. VISCHER: «The Antagonism between...», *cit.*, pág. 59-60. Sin embargo, el CR no resuelve expresamente si la prestación característica debe interpretarse según un criterio fáctico-empírico, funcional, o normativo y *a priori*. A juicio de S. RAMMELOO, dado que la razón material adecuada para la conexión que establece el art. 4.2 CR es el interés del cálculo (*Kalkulationsinteresse*), habría que dar la primacía a aquella de las variantes que garantiza 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, únicamente sería compatible con el objetivo del art. 4.2 CR la variante normativa-*a priori* de la prestación característica (*vid.* S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht. Die Art. 4, 5 und 6 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980. Eine rechtsvergleichende Analyse objektiver Vertragsanknüpfung*, Colonia/Berlín/Boon/Múnich, Carl Heymanns, 1992, págs. 297 y 327).

<sup>8</sup> 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, en relación con la posibilidad que habilita el último inciso del apartado 5.º de marginar el Derecho del prestador característico, en favor de otra ley más estrechamente vinculada. 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 Vertragsrecht», *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...*, *op. cit.*, pág. 95).

<sup>9</sup> 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 holandés 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 5.º, siendo sólo posible en supuestos excepcionales.

<sup>10</sup> Haciendo especial hincapié en el valor de certeza del Derecho que incorpora el CR 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.

<sup>11</sup> Vid. U. VILLANI: «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1993, pág. 520.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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. 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 complemento 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. Discrepando abiertamente de estas consideraciones, *vid.* W. WENGLER: «L'évolution...», *cit.*, págs. 667-670. Para el autor, la cláusula escapatoria constituye una violación del Derecho fundamental a la seguridad y certeza del Derecho, por lo que merecería una severa crítica.

<sup>14</sup> 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. ZWEIFERT 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 con 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. 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, Konstanz, Hartung - Gorre, 1994*, págs. 198-202; O. LANDO: «The EEC Convention...», *cit.*, págs. 197 y 204.

<sup>15</sup> En este sector es patente el deseo de excluir afirmaciones categóricas. 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. La posibilidad de averiguar una prestación característica en los contratos de *joint venture* es afirmada también por L. HUBER: *Das Joint-Venture cit.*, pág. 96. Desde una posición crítica con la prestación característica, F.K. JUENGER se limita a enunciar las dificultades que podrían surgir para discernir una prestación que caracterice al contrato de *joint venture*, a la vista de su contenido (F.K. JUENGER: «The European Convention on the law Applicable to Contractual Obligations: some Critical Observations», *Virginia Journal of International Law*, vol. 22:1, 1981, pág. 134, págs. 123-141). En la doctrina italiana se aprecian idénticos recelos hacia una exclusión de plano de esta técnica. *Vid.* U. VILLANI: «Aspetti...», *cit.*, pág. 528; M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milán, 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*. También, *vid.* (A.L. MALATESTA: «La legge applicabile ai contratti di cooperazione...», *cit.*, págs. 176 y 178-179).

<sup>16</sup> En este sentido, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 96 y B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 95-96.

<sup>17</sup> El informe (*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. 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. *Vid.* sobre todo A.F. SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrecht, op. cit.*, págs. 639-646.

<sup>18</sup> El informe explicativo del CR 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. Aunque no fue la idea inicial, 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 esa técnica en el CR. En efecto, en principio, los promotores de esta construcción perseguían la exclusión de las conexiones apriorísticas. La creación de las categorías contractuales sólo derivó en un momento posterior. Vid. S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht*, op. cit., pág. 302.

<sup>19</sup> 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. Geburtstag 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 (U. VILLANI: «Aspetti problematici...», cit., pág. 519).

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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 aquella 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 una prestación o conjunto de prestaciones principales, el Derecho aplicable será determinado, en cada caso, de forma individualizada. Un desarrollo de estas ideas puede verse en K. KREUZER: «Know-how Verträge im deutschen internationalen Privatrecht», *Festschrift 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 hace referencia 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. 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 Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen*, Francfort, Peter Lang, 1991, pág. 218.

<sup>22</sup> Vid. M. VIRGÓS SORIANO: «La ley aplicable...», cit., págs. 5299-5300 y pág. 5304.

<sup>23</sup> No podemos compartir la opinión de los autores, citados más arriba, que únicamente indican cautelas a la inoperatividad del expediente de la prestación característica para la selección de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*. Por otro lado, la imposibilidad de identificar una prestación característica tampoco deriva de consideraciones de carácter ontológico relacionadas con la naturaleza cooperativa del contrato. En este sentido, hay que recordar que en el contrato de sociedad simple la jurisprudencia suiza ha identificado como característica a la prestación del gestor.

<sup>24</sup> 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. También a juicio de 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. Por el contrario, para S. RAMMELOO, 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 (S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht...*, op. cit., págs. 297 y 327).

<sup>25</sup> Tanto F. VISCHER como A.F. SCHNITZER indicaron la necesidad de comenzar el proceso de determinación de la ley aplicable a los verdaderos contratos atípicos (*Echte atipische Verträge*) a través del expediente de la prestación característica. Vid. 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.

<sup>26</sup> Vid. *supra* Capítulo Segundo, II, 2.

<sup>27</sup> 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. SCHULTZ: «The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC Convention on Carriage of Goods», *Contract Conflicts*, P.M. NORTH (Ed.), Amsterdam, 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.

<sup>28</sup> D. MARTINY: «Art. 28», *cit.*, pág. 1554.

<sup>29</sup> M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica...*, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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 metodología 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 del Derecho permitiría realizar juicios de legitimidad del Derecho cuando resulte evidente el carácter económicamente ineficiente de una decisión jurídica. A través del análisis económico se volverían 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», *cit.*, 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...» *cit.*, págs. 11-39).

<sup>33</sup> Vid. H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, *op. cit.*, págs. 264 y ss.

<sup>34</sup> Vid. P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 131-132.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> *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 incumbiría 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. *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*, *op. cit.*, 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El régimen normativo...», *cit.*, págs. 19-20.

<sup>39</sup> 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 modificación, 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 charakteristische 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.

<sup>40</sup> *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. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El régimen normativo...», *cit.*, págs. 9-12; J. ALFARO AGUILA-REAL: «Los costes de transacción», *cit.*, pág. 155.

<sup>41</sup> *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 Europäischen Gemeinschaft*, 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, la tarea del DIPr. consistiría en repartir los riesgos y cargas que derivan de la internacionalidad de las relaciones jurídicas. *Vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, pág. 137. 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.

<sup>42</sup> En este sentido *vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, pág. 139.

<sup>43</sup> 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 reducirlos, 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).

<sup>44</sup> Ello no significa que la actuación de ambas conexiones no pueda determinar resultados coincidentes en muchos casos.

<sup>45</sup> 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 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. 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. Admitiendo este resultado, aunque discrepando en la argumentación, para F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, 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. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «Recensión a D. GUNST: Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*», *REDI*, vol. XLVI, 1994, págs. 969-971.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> La finalidad protectora de las normas aconsejaría, en ciertos sectores, la aplicación de la ley del *mercado afectado*. En relación con el contrato de seguro, *vid. W-H. ROTH: Internationales Versicherungsvertragsrecht*, *op. cit.*, págs. 395 y ss.

<sup>50</sup> En los 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 (*vid. K. SIEHR: «Ökonomische Analyse...»*, *cit.*, pág. 283; O. LANDO: «The EEC Convention...», *cit.*, págs. 201-202). La exigencia de planificación, 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 deba ser gravada, en todos los casos, con la aplicación del Derecho extranjero. En este sentido, *vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «Recensión a D. GUNST*, *cit.*, pág. 971.

<sup>51</sup> Como ha señalado S. 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).

<sup>52</sup> De un lado, dado el carácter puntual de este tipo de operaciones, resulta difícil entender que exista un *desplazamiento planificado*, que pueda llevar a justificar una imputación del riesgo conflictual. 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 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. 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. 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. 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.

<sup>53</sup> Vid. O. LANDO: «The EEC Convention...», *cit.*, pág. 203; F.K. JUENGER: «Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht», *RebelsZ*, 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 con el 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); Th.M. DE BOER: «The EEC Contracts...», *cit.*, págs. 48-49; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA: «Characteristic Obligation...», *cit.*, págs. 303-331.

<sup>54</sup> 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).

<sup>55</sup> 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*.

<sup>56</sup> D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, págs. 192, 195 y 233.

<sup>57</sup> Vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 97-98.

<sup>58</sup> Vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 97-98. El autor indica 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, el Tribunal Federal suizo ha estimado ocasionalmente al criterio de la distribución del riesgo, como determinante de la prestación característica (*vid.* K. LIPSTEIN: «Characteristic Performance —A new concept in the Conflicts of Laws in Matters of Contract for the EEC», *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, pág. 407). Desde las 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 del país de la sede de la sociedad *joint venture* que coincida con la sede de un participante en favor del Derecho de 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).

<sup>59</sup> Vid. L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 108.

<sup>60</sup> Son inversiones específicas aquéllas realizadas en activos cuyo valor es mucho mayor en una transacción particular que en cualquier otra. Los activos específicos son activos que no pueden reaprovecharse en otras actividades. *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El régimen normativo...», *cit.*, pág. 14.

<sup>61</sup> Una relación directa entre la prestación más compleja y la prestación característica ha sido afirmada por A.F. SCHNITZER: *Handbuch...*, *op. cit.*, pág. 642, quien define la prestación característica como aquélla que, frecuentemente, necesitará más regulación jurídica (*was immer wieder der Regelung bedarf*).

<sup>62</sup> 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 con las obligaciones

de la otra parte (*vid.* O. LANDO: «The EEC Convention...», *cit.*, págs. 201-203). Estas prestaciones tendrían una mayor exposición al riesgo conflictual, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: «La ley aplicable...», *cit.*, pág. 5305. También *vid.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional...*, *op. cit.*, pág. 157. El criterio ha sido utilizado en la jurisprudencia comparada, en concreto, en 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. Conforme al contrato, la primera sería vendedora en exclusiva en Estados Unidos y Canadá de los cruceros de *Intercruise*. Tras producirse un desacuerdo entre las partes, el contrato quedó extinguido y se suscitó contienda ante los tribunales holandeses sobre una reclamación de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento. A juicio 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 de una simple relación mayorista-agente, en cuanto esta sociedad llevaba el peso de las obligaciones del contrato. En concreto, 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.

<sup>63</sup> *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), Amsterdam, 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 con 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. 120-122. Y también, aunque de forma matizada, *vid.* D. MARTINY: «Art. 28», *cit.*, pág. 1554.

<sup>64</sup> 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 regulación jurídica el coste de información del Derecho extranjero (H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico...*, *op. cit.*, pág. 264). *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: «El régimen normativo...», *cit.*, págs. 28-29.

<sup>65</sup> 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 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).

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> *Ad. ex.* la sede del prestador característico, en el momento de la celebración del contrato, no manifiesta proximidad con el participante, y se debe únicamente a razones de índole fiscal, situándose en otro lugar el centro de administración y explotación.

<sup>68</sup> En relación con 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 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».

<sup>69</sup> La tesis, construida inicialmente 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 precursores (W. von STEIGER: «Die einfache Gesellschaft...», *cit.*, págs. 23-24). Específicamente en relación con los contratos de *joint venture*, ha sido defendida por L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 102-104. También *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 95.

<sup>70</sup> *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 96. También *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.* pág. 95.

<sup>71</sup> 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 con otros contratos complejos (Leasing, Franchising y Factoring), *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 94.

<sup>72</sup> *Vid.* K. ZWIEGERT 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.

<sup>73</sup> *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. Soluciones análogas han sido defendidas para la localización objetiva del contrato de cartel (*vid.* A.F. SCHNITZER: *Handbuch...*, *op. cit.*, pág. 749).

<sup>74</sup> Este lugar vendría definido desde una perspectiva externa o interna. En sentido interno, el centro de administración sería el lugar en que cualquier participante realiza tareas 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 donde 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 va a ser creada, 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.

<sup>75</sup> 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. 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. Sobre el problema de la delimitación entre normas de conflicto, *vid. supra* Capítulo Tercero, I.

<sup>76</sup> Por ejemplo, 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, 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. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 107.

<sup>77</sup> 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).

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> En muchas ocasiones puede resultar arbitrario decidir cuál es la 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). 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.

<sup>80</sup> No obstante, favorable a esta solución *cf.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 107.

<sup>81</sup> 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 de dirección periódicas tienen lugar, por razones de oportunidad, en un país tercero (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 105-106).

<sup>82</sup> 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 ajeno 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*.

<sup>83</sup> 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 un país, y un participante realiza actos de gestión o de vigilancia, o con eficacia externa, en otro país.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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).

<sup>86</sup> 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, aquella 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.

<sup>87</sup> 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 aquella 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). No obstante, en estos casos atípicos no se producirán los efectos peculiares que en orden a la motivación del fallo genera la existencia de una prestación característica del tipo de contrato.

<sup>88</sup> Siempre que esa eficacia externa no determine la personificación de la sociedad, y la aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades.

<sup>89</sup> 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).

<sup>90</sup> En sentido similar, para la determinación de la ley aplicable a la sociedad simple, W.H. MEIER mantiene, como solución razonable, la aplicación de la ley del socio que realiza las prestaciones preponderantes, y otorga a las conexiones que derivan del elemento organizativo del contrato un valor subsidiario, siendo actuables cuando no pueda ser apreciada una prestación característica (vid. W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 104 y págs. 111-112).

<sup>91</sup> 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).

<sup>92</sup> Podría pensarse en el caso hipotético de una *joint venture* paritaria, donde uno de los participantes asuma de forma general las tareas de gestión mientras que el otro tenga a su cargo 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 el conjunto de prestaciones más complejas, y el mayor riesgo en la operación, detentará también mayor poder de gestión.

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> El informe explicativo del CR (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).

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> Vid. R. BARATTA: *Il collegamento più stretto...*, *op. cit.*, págs. 189-190.

<sup>97</sup> Vid. D. MARTINY: «Art. 28», *cit.*, pág. 1550; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 246-249.

<sup>98</sup> 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). Por su parte, Th.M. DE BOER duda que las normas de conflicto semiabiertas puedan instalarse en valoraciones de exclusivo carácter geográfico (Th.M. DE BOER: «The EEC Contracts...», *cit.*, pág. 31).

<sup>99</sup> Estos objetivos han sido extraídos 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).

<sup>100</sup> Vid. 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. También vid. M. VIRGÓS SORIANO: «La ley aplicable...», *cit.*, pág. 5294.

<sup>101</sup> Vid. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe...», *cit.*, págs. 19-20. 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...» *cit.*, 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. Vid. la Sentencia del BGH alemán de 12 de octubre de 1989 (*IPrax*, 1990, págs. 318 y ss.). Un comentario a esta decisión puede verse en M. FRIGESSI DI RATTALMA: «Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma», *La convenzione di Roma*, Milán, 1994, 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, 2.<sup>a</sup> edic, Milán, 1994, págs. 221 y ss. También vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 247; 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. En contra de esta opinión, y descartando cualquier virtualidad para el criterio en la selección de la ley más estrechamente vinculada en el CR, vid. L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional...*, *op. cit.*, págs. 101-102.

<sup>102</sup> A.J.E. JAFFEY: «The English proper law doctrine...», *cit.*, pág. 540; *id.*: «Choice of Law...», *cit.*, págs. 35-37; O. LANDO: «The EEC Convention...», *cit.*, pág. 202.

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> 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 suficientemente 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 aplicable en el ámbito de los contratos (F. VISCHER: «The antagonism...», *cit.*, pág. 54).

<sup>105</sup> Vid. D. MARTINY: «Art. 28», *cit.*, pág. 1550; M. VIRGÓS SORIANO: «La ley aplicable...», *cit.*, pág. 5295.

<sup>106</sup> Previsibilidad natural que no conviene confundir 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.

<sup>107</sup> 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. También vid. S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto docente y de investigación. op. cit.*, págs. 154-156.

<sup>108</sup> Se trata de un modelo conflictual basado en el *better law approach*. Como indica D.F. CAVERS, dado que la ley del lugar de celebración o de ejecución del contrato podría revelarse completamente inapropiada, resultaría preciso examinar el tenor de las diferentes leyes en presencia para seleccionar el Derecho aplicable (vid. D.F. CAVERS: *The Choice-of-Law Process, op. cit.*, págs. 85-86).

<sup>109</sup> 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. De un lado, se ha puesto de relieve que este modelo exige una elevada inversión en costes terciarios, en cuanto el juez debería conocer el contenido de todos los ordenamientos del mundo e identificar aquél que mejor se adecúa a la idiosincrasia de la transacción. De otro, las partes no tendrían seguridad *ex ante* de cuál es el ordenamiento 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).

<sup>110</sup> Vid. H. BATIFFOL: «La loi appropriée au contrat», *Le droit des relations 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 aquella que lo anula.

<sup>111</sup> En este sentido, vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO: «La ley aplicable...», *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 española y otra alemana, cuya sociedad común se encuentre en Túnez, sería fácil pensar en una expectativa común de las partes orientada a excluir la aplicación del Derecho de Túnez, pese a que éste pudiera ser considerado, a la vista de las circunstancias, como el país que manifiesta una mayor proximidad con el contrato.

<sup>112</sup> 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 al sometimiento 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 (*vid.* H. BATIFFOL: «La loi appropriée au contrat», *cit.*, pág. 5). En estos casos, el autor vislumbra, más bien, la existencia de una designación tácita de ley aplicable.

<sup>113</sup> En el sentido que, por ejemplo, ha señalado H. BATIFFOL: «La loi appropriée au contrat», *cit.*, pág. 7.

<sup>114</sup> En puridad, como indican E. GAILLARD y H. BATIFFOL, es difícil mantener 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). Por otra parte, en el comercio internacional se reprocha al método de determinación de ley aplicable basado en la consulta del contenido material de los Derechos en presencia, que sistemáticamente favorecerá la aplicación del Derecho de los Estados industrializados en perjuicio de las leyes de los países en desarrollo.

<sup>115</sup> En la perspectiva estricta de análisis económico del Derecho, la ley más eficiente será aquella que concede validez al contrato. En este sentido, *vid.* A.J.E. JAFFEY: «The English proper law doctrine...», *cit.*, pág. 532. 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. Asociando la regla de la validez del contrato con las expectativas de las partes, *vid.* E. JAYME: «L'autonomie de la volonté...», *cit.*, pág. 15. A juicio de H. BATIFFOL, la ley que otorga validez al contrato sería la más vinculada y apropiada para el mismo. *Vid.* 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.

<sup>116</sup> A juicio de F. VISCHER, no resulta acertado convertir una regla material interna de interpretación de expresiones ambiguas, en principio básico del DIPr. de contratos. Precisamente, el hecho de que la validez del contrato sea discutida entre las partes, muestra que el interés y las expectativas objetivas de las partes pueden ser distintos. *Vid.* F. VISCHER: «The antagonism...», *cit.*, págs. 57 y ss.

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> *Vid.* S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht...*, *op. cit.*, pág. 445. En igual sentido, *vid.* D. MARTINY: «Art. 28», *cit.*, pág. 1566; C. CAMPIGLIO: «Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale», *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1992, pág. 254. Entre nosotros, otra solución es defendida por M.A. LARA AGUADO, para quien el principio de conservación contractual o *favor negotii* aparecería informando las soluciones del CR (*vid.* M.A. LARA AGUADO: «Nota a la Sentencia del TS (Sala 1.ª) de 1 de marzo de 1993», *REDI*, vol. XLVI, 1994, pág. 371).

<sup>119</sup> En este sentido, *vid.* K. ZWEIFERT y B. VON HOFFMANN: «Zur internationalen Joint Venture», *cit.*, págs. 207-208; P.M. KLEINSCHMIDT: «Kooperationsvertrag», *cit.*, pág. 796. Por las razones que se apuntaron más arriba, resulta difícil pensar que otros criterios, como los derivados del elemento cooperativo del contrato, 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, ha sido propuesta por W. von STEIGER y L. HUBER, 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).

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> En relación con 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 de 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.

<sup>122</sup> Por otro lado, en el ámbito de las relaciones intracomunitarias, en los casos en 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 puede resultar, además, contraria al TUE. En este sentido, 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 aquella 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 discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros», *RCEA*, 1996, págs 61 - 81, así como la doctrina y jurisprudencia allí citada).

<sup>123</sup> La posibilidad de afirmar la existencia de una «preponderancia de conexiones» en ese país fue expresada por K. ZWEIFERT y B. VON HOFFMANN: «Zur internationalen *joint venture*», *cit.*, pág. 208, 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: «Kooperationsvertrag», *cit.*, pág. 796; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 96; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 96-97.

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> *Vid.* la doctrina mencionada *supra*.

<sup>126</sup> Con arreglo a la idea que asigna a la preponderancia de conexiones el carácter determinante para la selección de la ley aplicable, no habría razón para dejar de 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.

<sup>127</sup> 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*.

<sup>128</sup> *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).

<sup>129</sup> *Vid.* B. VON HOFFMANN: «General Report...», *cit.*, pág. 9. También *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: «La ley aplicable...», *cit.*, pág. 6; L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional...*, *op. cit.*, págs. 100-101. También *vid.* S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht...*, *op. cit.*, pág. 296.

<sup>130</sup> 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*, Francfort, Peter Lang, págs. 289-311, 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.

<sup>131</sup> 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.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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 sólo uno de ellos disfrutaría el beneficio que proporciona la aplicación de su Derecho, pudiendo existir una expectativa legítima del resto en torno a la aplicación de un Derecho distinto.

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> 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).

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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).

<sup>138</sup> En efecto, esta solución coordina con el sentido y la finalidad que persigue el CR 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 CR 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 didáctico, 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.

<sup>139</sup> 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).

<sup>140</sup> Vid. *supra* este Capítulo, II, 2, C.

<sup>141</sup> NIPR, 1988, págs. 115-117, núm. 129.

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> El CR únicamente 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, 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.

<sup>144</sup> 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.

<sup>145</sup> W. von STEIGER: «Die einfache Gesellschaft...», cit., pág. 24; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, op. cit., pág. 108.

<sup>146</sup> L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, cit., pág. 109.

<sup>147</sup> 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 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 ese resultado.

<sup>148</sup> Vid. B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im joint venture*, op. cit., pág. 98.

<sup>149</sup> D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, op. cit., pág. 192.

<sup>150</sup> Vid. Y. DERAIS: «L'application cumulative...», cit., 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.

<sup>151</sup> Esta solución fue estimada preferible por K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: «Zur internationalen *joint venture*», cit., pág. 209.

<sup>152</sup> 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).

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 97.

<sup>155</sup> Vid. K. ZWEIFERT 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).

<sup>156</sup> 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*.

<sup>157</sup> M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 97.

<sup>158</sup> K. ZWEIFERT y B. VON HOFFMANN: «Zur internationalen *joint venture*», *cit.*, pág. 209.

<sup>159</sup> Vid. B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im joint venture*, pág. 97; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 97; B. GROBFELD en *J. von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, *cit.*, pág. 187.

<sup>160</sup> Vid. F. VISCHER: «Methodologische...», *cit.*, págs. 60-63.

<sup>161</sup> D. MARTINY: «Art. 28», *cit.*, págs. 1564-1565.

<sup>162</sup> 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. (*vid.* D. MARTINY: «Mangels Rechtswahl anzuwendes Recht. Art. 28», *cit.*, págs. 1564-1565).

<sup>163</sup> Vid. *supra*, Capítulo Tercero, II, 2.C.

<sup>164</sup> 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 que permita la selección del Derecho aplicable.

<sup>165</sup> 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 art. 4.1 *in fine* del CR, en el segundo, la posibilidad de someter los contratos satélites a un régimen homogéneo sólo opera mediante la actuación de una suerte de conexión accesorio. En el sistema del CR, para llegar a ese resultado será preciso, en su caso, afirmar el desplazamiento del 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, solución posible al amparo de la cláusula de excepción que contiene el apartado 5 de dicho artículo.

<sup>166</sup> 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 accesorio principios dogmáticos útiles para acordar un verdadero fraccionamiento. A pesar de conducir a resultados opuestos, la conexión accesorio y el *dépeçage* no se sitúan 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 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 del aplicable al resto.

<sup>167</sup> Ésta ha sido considerada como la solución más adecuada al problema de ley aplicable. 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, 7.<sup>a</sup> 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. También, *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 normal de determinación de la ley aplicable a estos contratos. (*Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 98-99). Para una valoración crítica de esta tesis, *vid. supra* Capítulo Segundo, III, 1.

<sup>168</sup> Proponiendo este régimen unificado, *vid.* E. JAYME: «Komplexe Langzeitverträge...», *cit.*, págs. 63-64.

<sup>169</sup> E. JAYME: «BOT-Projekte: Probleme der Rechtswahl», *cit.*, págs. 67 y 71; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 262.

<sup>170</sup> Una detenida valoración de las implicaciones materiales de la conexión accesorias, con análisis de 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 accesorias, 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.

<sup>171</sup> *Vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs. 141-158; P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 263.

<sup>172</sup> *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 accesorias, la elección tácita de ley aplicable podría prestarse también para fundar una localización separada del conjunto contractual. No obstante, es preciso advertir que el empleo de la técnica de la conexión accesorias 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 accesorias, en el segundo es determinante la interpretación de la voluntad de las partes expresada a través de ciertos índices que permitan inferirla. En este sentido, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 265. Para este autor, «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*».

<sup>173</sup> Estos y otros ejemplos de la práctica pueden verse en E. JAYME: «Komplexe Langzeitverträge...», *cit.*, págs. 63-64.

<sup>174</sup> En efecto, más allá de la unidad o pluralidad contractual, resulta 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 la institución 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 y Especialización Normativa», *cit.*, pág. 1131.

<sup>175</sup> Desde esta perspectiva, el interés en la aplicación de un único ordenamiento sería de un triple carácter: el interés en la consistencia (*Konsistenzinteresse*), 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.

<sup>176</sup> En este sentido, *vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs. 67-69.

<sup>177</sup> Relacionado con este tema se encuentra la cuestión de si la cláusula de excepción podría dar lugar a *subreglas*, para grupos de casos, o si, por el contrario, dicha cláusula únicamente permite el apartamiento de las presunciones a la vista de las circunstancias del caso concreto. En sentido favorable a esa posibilidad, Ch. VON DER SEIPEN considera que 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. *Vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs. 152-155.

<sup>178</sup> *Vid. supra* Capítulo Segundo, III, 2.

<sup>179</sup> B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 99-100.

<sup>1</sup> *Vid. supra* Capítulo Tercero, I.

<sup>2</sup> Según su tenor, «las personas jurídicas se regirán por la ley de su nacionalidad». La utilización del criterio de la nacionalidad en relación con las personas jurídicas ha sido criticada, tanto desde posiciones dogmáticas como de carácter técnico. Así, se afirma 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 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, *vid.* M. KELLER y K. SIEHR: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, págs. 327-328; Ph. REYMOND: «Les personnes morales...», *cit.*, pág. 145. La evolución del Derecho comparado no ha 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 juristischen Personen, Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen— und Sachenrechts*, Tubinga, 1972, pág. 97; *id.*: *Juristische Personen im Internationalen Privatrecht und Fremdenrecht*, Múnich, Berlín, 1938, págs. 36-41. Incluso en sistemas que han conservado la noción de nacionalidad de las sociedades, en la práctica siguen 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 atención al criterio de la sede social).

<sup>3</sup> Los criterios que pueden emplearse para atribuir la nacionalidad a las sociedades (para determinar su estatuto personal), son variados. 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*), 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. 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. Junto a esos criterios, 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. Pese a la diversidad de criterios, la mejor doctrina mantiene 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: *Conflict of Laws, a comparative Study*, Chicago, tomo 2, 1947, pág. 38. También *vid.* F. VISCHER: «Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...», *cit.*, pág. 53; C.Th. EBENROTH: «Nach Art. 10», *cit.*, págs. 472-473. Entre nosotros, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: «La *lex societatis*...», *cit.*, pág. 12. 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. Un exhaustivo elenco de los criterios de conexión en Derecho de sociedades 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*. En el ámbito intracomunitario, conviene tener presente la incidencia del principio de igualdad de trato (art. 6 TUE) sobre los criterios de atribución de nacionalidad a las sociedades. (*Vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO: «La incidencia...», *cit.*, págs. 74-75).

<sup>4</sup> 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 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.

<sup>5</sup> En solitario, defendiendo la tesis de la constitución, cfr. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Estudios de Derecho Mercantil*, op. cit., pág. 703, si bien el autor se desvía posteriormente de esta solución.

<sup>6</sup> Vid. M. ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil*, I, 3.ª 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.

<sup>7</sup> Esta es la opinión de 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...» cit., 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.

<sup>8</sup> Resoluciones de la DGRN de 17 de abril de 1953 y 23 de marzo de 1966.

<sup>9</sup> Vid. J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, op. cit., pág. 323. También vid. C. PAZ ARES: «Comentario al artículo 1669 Cc», cit., pág. 1365.

<sup>10</sup> 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».

<sup>11</sup> En nuestro sistema, R. ARENAS GARCÍA ha sugerido la posibilidad de seguir una interpretación conflictual del art. 9.11 Cc, y de considerar como ley nacional, de forma directa, el Derecho conforme al cual ha sido constituida la sociedad, o Derecho de la sede estatutaria (vid. R. ARENAS GARCÍA: «La *lex societatis*...», cit., pág. 13, págs. 14 y 21; también vid. F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, op. cit., pág. 268). No obstante, el planteamiento conflictual descrito choca con la carga ideológica que supone la adopción del criterio de la nacionalidad para la determinación del estatuto de las personas jurídicas, y resulta de difícil actuación, a la vista de la configuración de nuestro sistema de atribución de nacionalidad española a las sociedades, donde son retenidos diversos criterios —sede estatutaria, sede real, centro de explotación— para distintos tipos de sociedades, y en diferentes situaciones, lo que dificulta la selección de uno de ellos para la determinación del estatuto de la sociedad extranjera. Ahora bien, a falta de criterio expreso, y de oposición del legislador, parece razonable entender que *serán reconocidas en España todas las sociedades que hayan cumplido en un país extranjero las formalidades preceptivas dirigidas a su constitución*, siempre que dichas formalidades sean precisas. El problema subsiste, únicamente, en relación con las sociedades cuya constitución no requiere el cumplimiento de condiciones formales. En estos supuestos, podrían plantearse situaciones de *doble nacionalidad patológica* de sociedades (*true conflicts*) cuando varios ordenamientos atribuyan su nacionalidad a la sociedad, por ejemplo, uno en razón de la situación en el país de la sede social, y otros en atención a la ubicación en su país de la sede real o del centro de explotación principal. 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 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», cit., 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).

<sup>12</sup> Vid. W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, op. cit., págs. 115-117.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Ha de tenerse en cuenta que numerosos ordenamientos jurídicos cuentan con una figura societaria menor, parangonable a nuestra 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 Gesellschaft* (§§ 1175 ABGB), en Francia la *société civile* (Art. 1832 *Codice civil*), en Italia la *società semplice*. En Inglaterra, aunque pueda ser difícil encontrarla, su ordenación podría buscarse desde 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.

<sup>15</sup> 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. Entre las conexiones establecidas de forma subsidiaria se contarían, la ley del país de organización de la sociedad, cuando hayan sido cumplidas 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.

<sup>16</sup> Es el caso de la ley suiza de DIPr.

<sup>17</sup> *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 la voluntad de los socios de someterse al Derecho español.

<sup>18</sup> *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.

<sup>19</sup> Favorable a 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 de sometimiento a un ordenamiento jurídico, por lo que será preciso hallar el centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la relación jurídica.

<sup>20</sup> La tesis que mantenemos puede plantear cierta problemática a la hora de identificar las normas de DIPr. de contratos que habrán de ser aplicadas en este caso. En nuestro ordenamiento, como se sabe, contamos con el sistema del CR, y con la regulación que contiene el art. 10.5 Cc. En principio, ninguno de esos dos sistemas encuentra más título de aplicación que el otro en este ámbito: el CR excluye de su ámbito de aplicación la materia del Derecho de sociedades. Por otra parte, el art. 10.5 Cc es la norma de conflicto de nuestro ordenamiento dictada para la regulación de los contratos internacionales, y no para determinar la nacionalidad española de las sociedades. En vista de que ninguna de las dos normativas posee un verdadero título de aplicación en estos supuestos, pensamos que resulta apropiado aplicar, de forma analógica, las soluciones de ley aplicable que contiene el CR para la localización objetiva del contrato. La opción en favor del CR no se justifica sólo en base a la mayor razonabilidad de sus soluciones. El hecho de que las soluciones de ese convenio hayan desplazado, de forma muy general, al régimen autónomo, hace más legítimo establecer la analogía con las soluciones convencionales que con las soluciones de la normativa estatal.

<sup>21</sup> Como indica GRASSMANN, la sede de la relación jurídica podrá ser localizada, en ocasiones, en un país distinto al de la sede de la sociedad (*im Gesellschaftssitz, nach den Umständen des Einzelfalles aber auch in anderen Merkmalen gefunden werden kann*). *Vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 497-498.

<sup>22</sup> Lo que puede suceder, por ejemplo, cuando todos los participantes asumen la representación de la sociedad base, sin que exista una oficina especial de administración.

<sup>23</sup> La opción por la *lex fori*, aunque resuelve de forma segura los problemas de ley aplicable, resulta en exceso rígida para tomar en consideración las circunstancias de cada caso, y el mayor título de aplicación que podría corresponder a otro Derecho. En contraste con la solución española, en el sistema suizo de DIPr pueden tener cabida soluciones más flexibles, que se prestan a un mayor juego del intérprete en el descubrimiento de las soluciones más razonables. Ante la diversidad de lugares de *administración de hecho* que puede poseer una sociedad, L. HUBER ha propuesto la determinación del estatuto personal a través del lugar de la sede de la administración 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. Estas conexiones, típicas del Derecho de contratos, podrían coadyuvar para la constatación del lugar de administración de hecho cuando no sea posible identificar una sede administrativa, en el sentido de una oficina central de coordinación, o la asunción de la administración por una solo de los participantes. No podría excluirse, dice el autor, la consideración del 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* podrían 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 económicos correspondientes. *Vid. L. HUBER: Das Joint-Venture..., op. cit., págs. 137-139.*

<sup>24</sup> Sobre la delimitación entre normas de conflicto, *vid. supra* Capítulo Tercero, I.

<sup>25</sup> En este punto los diferentes ordenamientos muestran divergencias muy 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 prohíbe 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.*

<sup>26</sup> 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 CR. 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.*

<sup>27</sup> 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 aquellas de responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales. A diferencia de la conclusión que debe seguirse en relación con 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> En el sistema suizo, por ejemplo, donde el criterio de conexión practicable en estos casos sería 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. En nuestro ordenamiento, en caso de conflicto negativo de nacionalidad, el sometimiento del contrato a un Derecho extranjero no impedirá la aplicación del Derecho español al estatuto personal de la sociedad cuando la sede se sitúe en España.

<sup>30</sup> 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 CR. A nuestro modo de ver, la exclusión de los aspectos negociales de este contrato del ámbito de aplicación del CR no resulta lo más recomendable. Esa interpretación obligaría a alternar la norma de conflicto aplicable al contrato de sociedad (artículo 10.5 Cc y CR) 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 trasladada 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 necesidad de aplicar al contrato de sociedad el CR, 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 CR 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.

En todo caso, a la vista de las deficiencias de regulación descritas, sería legítimo proponer la aplicación analógica del CR. Específicamente en relación con 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 CR y quedan sometidos al artículo 9.11 Cc».

<sup>31</sup> Esta es la solución defendida en DIPr para las sociedades más simples. *Vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 131-136, para quien 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 imposibilidad de aceptar otro resultado, estas cuestiones fueron expresamente excluidas del ámbito de aplicación del CR 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».

<sup>32</sup> 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 con esta cuestión en los diferentes ordenamientos son acusadas. *Vid. supra* Capítulo Tercero, I, 4, B.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> (*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 debate, *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 138-144; W. von STEIGER: «Die einfache Gesellschaft...», *cit.*, págs. 28-30.

<sup>35</sup> 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 aparecía inconveniente en aplicar la ley designada por el CR 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). La 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.

<sup>36</sup> *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 CR.

<sup>37</sup> 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 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.

<sup>38</sup> 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. También *vid. R. MOSER: «Personalstatut...», cit.,* pág. 286.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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. 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, esos principios 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 podría ser la prohibición de pactos leoninos que regula el artículo 1691 Cc.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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*.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> En la actualidad, la doctrina española discute sobre la posibilidad de residenciar en el artículo 10.8 Cc 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. 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 CR, y frente a los problemas que podría generar la subsistencia del artículo 10.8 Cc exclusivamente en relación con las personas jurídicas, se ha afirmado que «la aplicación de la norma del Cc. no es inconsecuente, ya que el CR 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 con las personas jurídicas, 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, op. cit.*, pág. 494). 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 oponibilidad 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 cada 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 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 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. 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 ne 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'établissement ou de la résidence habituelle e l'autre partie, à moins que celle-ci n'ait connu ou dû connaître ces restrictions.*».

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> En esta medida pueden resultar de utilidad los desarrollos que se efectuaron con anterioridad en relación con 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).

<sup>48</sup> Mayores dudas suscita 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. 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.

<sup>49</sup> 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 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.

<sup>50</sup> *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.

<sup>51</sup> 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 CR, sólo un entendimiento de esta designación de ley como verdadera autonomía conflictual engazaría 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.

<sup>52</sup> 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, del lugar de celebración del contrato o del 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).

<sup>1</sup> *Vid. supra* Capítulo Primero, III, 2, D.

<sup>2</sup> 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 será preciso estar a la solución contenida en el artículo 28 Cc.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Ley 2/1995 de 23 de marzo de sociedades de responsabilidad limitada. *BOE* núm. 71, de 24 de marzo.

<sup>5</sup> Habida cuenta que la creación 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, estas sociedades plantean más que un problema de ley aplicable uno de reconocimiento. Sin embargo, conforme al parecer de la doctrina mayoritaria, dicho problema de reconocimiento queda ya resuelto en el momento de la determinación del estatuto personal de la sociedad. Formulando estas ideas, *vid.* B. GROBFELD: «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. En nuestro ordenamiento, el artículo 9.11 Cc aparecería 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).

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> El artículo 5 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas dispone: Artículo 5. Nacionalidad.— 1. Serán españolas y se registrarán 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».

<sup>8</sup> 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 de las sociedades mercantiles», en J.C. Fernández Rozas (editor) y otros: *Derecho del comercio internacional, 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). En este sentido, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: *Acceso del empresario al Registro Mercantil y DIPr*, Barcelona, inédito, 1996, págs. 16 y 112.

<sup>9</sup> 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 función de publicidad que pretende esta norma».

<sup>10</sup> 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).

<sup>11</sup> *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.

<sup>12</sup> 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). 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.

<sup>13</sup> 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 para obligar a una sociedad a constituirse conforme a la ley española. Indicando al artículo 5 LSA como norma de reconocimiento, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: «La *lex societatis*...», *cit.* pág. 12.

<sup>14</sup> 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 *Código das sociedades comerciais*, Decreto Ley núm.262/86 de 2 de septiembre).

<sup>15</sup> J.J. PRETEL SERRANO: «Nacionalidad...», *cit.*, págs. 233-234.

<sup>16</sup> 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 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.

<sup>17</sup> Señalando la conveniencia de este sistema *vid.* F.E. KLEIN: «Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen...», *cit.*, págs. 93-97.

<sup>18</sup> *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 85.

<sup>19</sup> 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 danés, 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.

<sup>20</sup> *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, discutiéndose sobre el alcance conflictual del art. 58 TUE. Sobre este debate puede verse el impecable desarrollo llevado a cabo por V. KRUSE, autora que mantiene la imposibilidad de descubrir en el art. 58 TUE una verdadera norma de conflicto. *Vid.* V. KRUSE: *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG*, Berlín, Colonia Bonn, Múnich, Heymanns, 1997, págs. 195 y ss. También *vid.* E. BRÖDERMANN y H. IVERSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga,

J.C.B. Mohr, 1994, págs. 60-165, en cuyo trabajo cabe encontrar numerosas claves para la solución del tema. Con todo, sería deseable un pronunciamiento del TJCE que clarificara definitivamente este tema.

<sup>21</sup> De la relevancia de la exclusión de este criterio de conexión ha dado cuenta el TJCE en asuntos relacionados con *joint ventures* en el sector pesquero. Ante la necesidad española de buscar caladeros fuera de sus aguas, y la posición vendedora de una flota con escasa actividad en el Reino Unido, a comienzos de los años ochenta se constituyeron numerosas empresas conjuntas hispano-británicas. No obstante, tras varios años de normalidad, y tras la entrada de España en el Mercado Común, comenzó el hostigamiento de las autoridades británicas, decididas a expulsar a los barcos españoles de aguas británicas, lo que culminó con la llamada *Merchant Shipping Act*, por la que se obligaba a que el 75% de las sociedades conjuntas fueran de capital inglés, con domicilio social y residencia en ese país, lo que supuso la paralización de la flota. Impugnada esa normativa ante el TJCE, por su carácter discriminatorio, en los últimos años se han repetido las sentencias contra el Reino Unido. El TJCE ha puesto fin al contencioso condenando a la Administración inglesa a pagar las indemnizaciones correspondientes a los armadores españoles, a lo que se resiste, sin embargo, el Reino Unido (*vid. información en Diario El País, Negocios*, Domingo 9 de marzo de 1997, pág. 18).

<sup>22</sup> En relación con este tipo de sociedades de capital, para 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, 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.

<sup>23</sup> *Vid.* las aclaraciones que se ofrecieron con anterioridad en relación con la constitución del acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica.

<sup>24</sup> *Vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: «Materie escluse...», *cit.*, págs. 113-114. 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 operación 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, op. cit.*, pág. 447.

<sup>25</sup> 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 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.

<sup>26</sup> En el caso de la sociedad irregular, es decir, aquella 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. Mayores problemas podría presentar 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, el tratamiento de estas hipótesis ha revelado problemas en la interpretación del art. 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 ha sido organizada, 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. *Vid.* Ph. REYMOND: «Les personnes morales et sociétés...», *cit.*, págs. 176-179, esp. pág. 178

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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, 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.

<sup>29</sup> Por ello se dice que verdaderamente el contrato no es el antecedente de las sociedades de capital. *vid.* R. ARENAS GARCIA. págs. 233-234.

<sup>30</sup> A estos pactos se refiere expresamente el informe explicativo del CR para afirmar la extensión de las normas uniformes a tales acuerdos. *Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: «Informe relativo...», *cit.* pág. 12. *Vid.* T. 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.

<sup>31</sup> *Vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: «Materie escluse...», *cit.*, pág. 115.

<sup>32</sup> *Vid.* A.F. SCHNITZER: *Handbuch...*, *op. cit.*, pág. 659. Como indica el autor, 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Para T. BALLARINO y A. BONOMI, un pacto por 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 cual 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». *Vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: «Materie escluse...», *cit.*, pág. 121.

<sup>35</sup> 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. *Vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: «Materie escluse...», *cit.*, pág. 121.

<sup>36</sup> 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», *cit.*, 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 fundamentar 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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 contraídas 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*.

<sup>39</sup> 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: *Treuepflichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen*, Frankfurt a.M., Bern, New York, París, 1991, págs. 166 y ss.

<sup>40</sup> 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).

<sup>41</sup> *Vid. supra*, Capítulo Primero, III, 2, B.

<sup>42</sup> El carácter parasocial o social que deba atribuirse a un pacto estatutario determina importantes consecuencias materiales. 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 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. Sin embargo, se afirma por un sector de la doctrina que la publicidad legal no basta, por sí sola, para 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. A este respecto 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). Hoy se cuestiona 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.

<sup>43</sup> 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 accionario 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).

<sup>44</sup> 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. GROBFELD: *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 CR, vid. T. BALLARINO y A. BONOMI: «Materie escluse...», *cit.*, pág. 121; S. ZONCA: «Convenzione di Roma del 198...», *cit.*, pág. 214.

<sup>45</sup> Vid. G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, pág. 526-527. Desde una interpretación similar, el *Reichsgericht* 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 con 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 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.

<sup>46</sup> 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. También vid. H.G. KOPPENSTEINER: *Internationales Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Francfort 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 con 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.

<sup>47</sup> La autonomía conflictual sería admisible en relación con 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. BALLARINO y A. BONOMI: «Materie escluse...», *cit.*, pág. 120.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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. 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, sí que lo harían.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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*».

<sup>52</sup> M. SCHUBERT: «Internationale Verträge...», *cit.*, pág. 734, pág. 745, pág. 835.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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 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.

<sup>55</sup> *Vid.* G.A. RESCIO: «La distinzione...», *cit.*, pág. 642: De forma más clara que nuestra ley, el artículo 17.2 del *Código das sociedades* portugués dispone: «los acuerdos parasociales celebrados 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.

<sup>56</sup> *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: «Voz Pacto Parasocial...», *cit.*, pág. 4714.

<sup>57</sup> 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», *cit.*, 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, habría que 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.

<sup>58</sup> 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.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- 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: *Curso de Derecho Civil*, I, 3.ª edic., Barcelona, Bosch, 1983.
- 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 2.º, 2.ª edic, Madrid, Edersa, 1995, págs. 842-880.
- id.*: «Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa», *ADC*, vol. XLVI-III, 1993, págs. 1109-1151.
- S. ANNIBALE: «Art. 25», *Riforma del sistema italiano di Diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1997, págs. 148-159.
- 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 contratto 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), 2.ª 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*, 2.ª edic., Perú, 1993, págs. 185-249.
- L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations d'entreprises (joint-ventures) dans le commerce international*, 2.ª edic., París, LGDJ, 1991, (1.ª edic., 1986).
- Ch. VON BAR: *Internationales Privatrecht*, tomo II, Múnich, 1991.
- 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.
- J. BASEDOW: «Wirtschaftskollisionsrecht -Theoretischer Versuch über ordnungspolitischen Normen des Forumstaates», *RabelsZ*, vol. 52, 1988, págs. 8-40.
- id.*: «Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts», *NJW*, 1989, Heft 10, págs. 627-638.
- H. BATIFFOL: «La loi appropriée au contrat», *Le droit des relations économiques internationales*, *Études offertes à B. Goldman*, París, 1987, págs. 1-13.
- H. BATIFFOL y P. LAGARDE: *Droit international privé*, tomo II, 7.ª ed., París, LGDJ, 1983.

- A. BAUMANN: «§ 22 Joint Ventures», *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. 502-517.
- M. BAUS: *Treuepflichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen*, Frankfurt a.M., Bern, New York, París, 1991.
- G. BEITZKE: *Juristische Personen im internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, Múnich y Berlín, 1938.  
*id.*: «Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristischen Personen», *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts*, Tubinga, 1972, págs. 97 y ss.
- G.J. BELL: *Principles of the law of Scotland*, Edimburgo, The Clark Law Bookseller, 4.<sup>a</sup> edic, 1839.
- A. BERKEMEIER: «Technologietransfer-Verträge nach Brasilien im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und staatlicher Wirtschaftsintervention», *RIW*, 1986, Heft. 6, págs. 433-439.
- J.M. BLANCO FERNÁNDEZ: «La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDM*, 1992, núms.203-204, págs. 245-276
- U. BLAUROCK: «Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht - Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses», *ZEuP*, 1998, págs. 460-483.
- 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.
- 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*, n.º 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).
- 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*, 10.<sup>a</sup> 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 2.º, 2.<sup>a</sup> 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. 1.º, 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 pasasociales, autonomía privada e diritto privato», *Riv.dir.int.pr.proc.*, XXVII, 1991, págs. 885-894.
- 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.
- 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*, 8.ª 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 colegati nel diritto internazionale privato», *Riv.dir.int.pr.proc.*, XV, 1979, págs. 23-42.
- 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)», *RDAl*, 1996, n.º 8, págs. 939-960.
- CEE: «Encouragement of Cooperation between Undertakings: a new Policy for Cooperative Joint Ventures, (Communication of the EEC Commission)», *RDAl*, 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.
- 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.
- A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires dans la filiale commune», *RDAl*, 1988 n.º7, 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 interentreprises 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 disaccordo tra soci nelle joint ventures paritarie», *Dir.comm.int.*, 2, 1988, págs. 151-179.
- R. DÁVALOS FERNÁNDEZ: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, Tenerife, Ivercan Caribe, 1994.
- N. DAVID: «Les entreprises conjointes. Quelques problèmes pratiques», *Journ.dr.int.*, 115, 1988, págs. 37-64.  
*id.*: «Les clauses de stabilité dans les contrats pétrolieres», *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.
- Y. DERAINS: «L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés 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'urgence 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), 4.ª 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.

- U. DRAETTA: *Il diritto dei contratti internazionali. La cooperazione tra imprese*, Padua, Cedam, 1985.
- U. DROBNIG: «Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftliche Eingriffsnormen», *Festschrift für G. Kegel*, Stuttgart/Berlin/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.
- 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.
- 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, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristischer Verlag, 1987, págs. 187-198.
- A.A. EHRENZWEIG: «Recensión a G. Grassmann: System des internationalen Gesellschaftsrechts», *RabelsZ*, 35, 1971, págs. 347-349.
- 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 (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: «Aplicación del Derecho antitrust y técnicas de Derecho internacional privado»*, *RDP*, 1996, págs. 815-848.  
*id: «Arbitraje y Joint Venture»*, *RCEA*, 1997, págs. 89-125.
- G. ESTEBAN VELASCO: «La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación empresarial 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*, 2.ª 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*, 3.ª edic., Madrid, Civitas, 1996.  
*id: Curso de Derecho internacional privado*, 2.ª edic., Madrid, 1993.
- 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: Kritik 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*, 2.º ed., Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1994.
- M. FONTAINE: «La pratique du préambule dans les contrats internationaux», *RDAl*, 1986, núm. 4, págs. 343-369.
- P. FORSTMOSER: «Aktionärbindungsverträge», *Innominatverträge Festgabe zum 60. Geburtstag vom Walter R. Schlupe*, Zürich, 1989, págs. 359-381.
- W.G. FRIEDMAN y J.P. BEGUIN: *Joint International Business Ventures in Developing 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*, 2.ª 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 aplicable in mancanza di Scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma», *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2.ª edic, Milán, Giuffrè, 1994, págs. 17-33.
- 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 obbligazioni e i contratti, tomo I, obbligazioni in generale, contratti in generale*, Padua, Cedam, 1990.
- F.J. GARCÍA MÁZ: «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 VILLAVARDE: «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, I, 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 n.º 880/934 sur la loi aplicable 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 investissements 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 aplicable 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.
- 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.
- 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
- B. GROBFELD: *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.
- H. GUMMERT: «§ 9 Das Gesellschaftsvermögen», *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.
- M. HANNAPPEL: «Das Gesetz über ausländische Investitionen in Vietnam», *RIW*, 1998, 7, págs. 520-522.
- A. HEINI: «Vertrauensprinzip und Individualanknüpfung im internationalen Vertragsrecht», *Festschrift für F. Vischer*, Zurich, 1983, págs. 149-159.
- E. HERZFELD: *Joint venture*, 2.<sup>a</sup> 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, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristischer 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 chinesisches Außenwirtschaftsvertragsgesetz», *RIW*, 1985, Heft 9, págs. 688-693
- L. HUBER: *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Basilea/Francfort 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.
- 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.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)*, Amsterdam, 1982, págs. 33-45.
- 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, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristischer Verlag, 1987, págs. 311-318.
- id.*: «Betrachtungen zur dépeçage im internationalen Privatrecht», *Fest. Kegel*, zum 75. Geburtstag, 1987, págs. 253-268.
- id.*: «Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht -Ein Tagungsbericht-», *IPRax*, 7, 1987, págs. 63-64.
- id.*: «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes 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*, 1987.
- M. KELLER y K. SIEHR: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, 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, Berlín, München, 1966.
- F.E. KLEIN: «Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG», *Das Neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung, 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 anniversaire*, 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», *Festschrift 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*, 3. Auf., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1997.
- V. KRUSE: *Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG*, Berlín, Colonia Bonn, München, Heymanns, 1997.
- 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. 3.º, Contratos y Cuasicontratos, 2.ª 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 règles de conflit de lois appliquées 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. Geburtstag*, 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. LANGFELD-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 1.ª) 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 développement et entreprises multinationales dans le secteur 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», *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, págs. 402-414.
- I. LOJENDIO OSBORNE: «Las sociedades mercantiles», *Derecho mercantil, I*, Coordinación Guillermo J. Jiménez Sánchez, 3.ª 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 den 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, 2.ª edic, Milán, 1994, págs. 219-227.
- F. DE LY: «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises internationaux», *RDAL*, núm. 3, 1995, págs. 279-315.
- 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*, Milán, 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 détermination du droit applicable aux accord de cooperation économique et industrielle», *Annales études 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, 2.ª 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, 2.<sup>a</sup> 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, Múnich 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., Múnich, 1990, págs. 1514-1537.
- id.*: «Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht. Art. 28», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht), 2. Auf. Múnich, 1990, págs. 1537-1614.
- H. MATTHIES: «Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion», *Festschrift für Franz Böhm, Wirtschaftsordnung 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.
- M. MEDINA DE LEMUS: *Contratos de comercio exterior*, Madrid, Dykinson, 1998.
- 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 Derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- F. MESSINEO: «Voz Contratto collegato», *Enc. Dir.*, vol. X, 1962, págs. 48-55.
- id.*: «Voz contratto derivato - 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*, Francfort a.M., 1979, págs. 9-45.
- 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, 2.<sup>a</sup> 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, n.º 95, Madrid, martes, 4 de abril de 1995, págs. 1-6.
- id.*: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, Civitas, 1995.
- F. MIRANDA: «Problems of joint international business ventures» *International Lawyer*, vol. 4, 1969-70, págs. 550-556.
- C. MOLINA NAVARRETE: *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Zaragoza, 1995.
- 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, konzern- und andere unternehmerszusammenschlüsse*, tomo I, Zürich/Berlín, 1936 y tomo II, Zürich/Berlín, 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*, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristischer Verlag, 1987, págs. 17-28.
- id.*: «Instrumente der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträge», *RIW*, 1985, págs. 633-642.
- id.*: «Privatautonomie und Schiedsgerichtsbarkeit 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. Geburtstag*, 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 Recht*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.
- ONU: *Manual para la preparación de acuerdos de empresas mixtas en países en desarrollo*, publicación de la ONU, S. 71, II. B. 23, Nueva York, 1974.
- 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.
- C. OTT y H.B. SCHÄFER: «Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?», *JZ*, 43, 1988, págs. 213-223.
- 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.
- 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: «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 paesi (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) N.º 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.
- 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*, *Heidelberer Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, C.F. Müller. Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 119-150.
- A.B. PILCH: «Rechtliche Rahmenbedingungen für Ost-West-Joint ventures», *Osteuropa Recht*, 1993, págs. 42-57.
- R. PLENDER: *The European Contracts Convention (The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts)*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991.
- S. POILLOT-PERUZETTO: «Entreprises communes», *J-Cl. Eur*, Fasc. 1461, 3, 1994.
- M. PONCELA: «Hungria 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
- 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.
- 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.
- S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht. Die Art. 4, 5 und 6 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980. Eine rechtsvergleichende Analyse objektiver Vertragsanknüpfung*, Colonia/Berlin/Boon/München, 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 Republics 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.
- C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 5. Auf., Colonia, O. Schmidt, 1996.
- A. REMIRO BRONTÓNS: «Artículo 10.5 Cc», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1978, págs. 289-321.
- 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. Geburtstag von Walter R. Schlupe, 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'entreprise, 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 laissées 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 obbligazioni 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. 12889 y ss.
- 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.
- 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 ventennio 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, 2.ª 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*, 18.ª edic., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.
- S.A. SÁNCHEZ LORENZO: «Postmodernismo y Derecho internacional privado», *REDI*, XLVI, 1994, págs. 557-585.

- id.*: «La incidencia del principio comunitario de no discriminación por razón de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros», *RCEA*, 1996, págs.
- O. SANDROCK: «Versteinerungsklauseln in der Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge», *Ius Internationales, Fests. 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.
- H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, tecnos, 1991.
- E. SCHANZE: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1986.
- K.J. SCHIFFER: «Sonderanknüpfung ausländischen öffentlichen 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.
- J.C. SCHULTZ: «The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC Convention on Carriage of Goods», *Contract Conflicts, P.M. North (Ed.)*, Amsterdam, 1982, págs. 185-201.
- K. SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, Colonia/Berlín/Boon/Múnich, 1986.
- SCHUBERT: «Internationale Verträge und Eingriffsrecht -Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrecht», *RIW*, 33, 1987, págs. 729-746.
- I. SCHWANDER: «Die Behandlung der Innominatverträge im internationalen Privatrecht», *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag W.R. Schlupe*, 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 Vertragsverhältnisse*, 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 variété de close corporation», *Dr.pr.comm.int.*, 9, 1983, págs. 57-88.
- K. SIEHR: «Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts», *Festschrift für K. Firsching*, Múnich, C.H. Beck, 1985, págs. 269-294.
- id.*: «Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht», *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, Zürich, 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.
- 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.
- 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.
- P. TERRILE: «L'azione dell'Uncitral in materia di Build-Operate-Transfer Project Financing», *Dir. comm. int.* 9.2,1995, págs. 361-375.
- 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 Czechoslovakia», *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 entreprises 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*, Basilea, Francfort 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 Analysis 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-, -Kollisions 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.
- CH. UNGEHEUER: *Die Beachtung von Eingriffsnormen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Peter Lang, 1996.
- 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*, 22.ª 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*, 4.ª 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.
- 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*, 3.ª edic, tomo I, vol. 1.º, 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 Verlagsbuchhandlung, 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*, n.º 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*, 6.ª 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*, Zürich, 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», *IPRG Kommentar*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, págs. 1320-1412.
- F. VISCHER y B. von HOFFMANN: *Staatunternehmen im Völkerrecht 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*, Francfort a.M./Berna/Nueva York/París, Peter Lang, 1992.
- P. WEIL: «Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique», *Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, París, 1974, págs. 301-328.
- id: «Principes généraux du droit et contrats d'État», *Le droit des relations 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, Fests. für G. Kegel*, Frankfurt a.M., 1977, págs. 187-211.
- id: *Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I, Grundlagen*, München, 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./Berlín/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*, 2.ª edic., Milán, 1994, págs. 201-217.
- C. ZSCHOCKE: *Die Verträge unternehmerischer Zusammenarbeit des argentinischen Rechtes*, Hamburgo, Pro Universitate Verlag, 1995.
- K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: «Zur internationalen Joint Venture», *Fests. für Martin Luther zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von Ottoarndt Glossner und Walter Reimers, München, 1976, págs. 203-212.