

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Maestría en Derecho de la Empresa

**"NO LO TOMES PERSONAL, SON SOLO NEGOCIOS"
DEBERES FIDUCIARIOS EN EL CONTRATO DE JOINT VENTURE**

Tesis para optar el Título de Magíster en Derecho de la Empresa

Autor

Carlos Eduardo García Bojórquez

Lima, 2017

A mis abuelos Marina y Augurio.



ÍNDICE

§ I. Introducción	4
§ II. El Contrato de Joint Venture	12
A. Inversión Extranjera Directa	13
B. Alianzas Estratégicas	16
C. Definición de Joint Venture	19
1. Antecedentes	20
2. Definición	22
3. Contratos asociativos de la LGS	25
4. Modos de implementación	30
§ III. Naturaleza Fiduciaria del Joint Venture	32
A. Relación Fiduciaria	34
1. Tipología	35
2. Configuración	36
3. Definición	38
B. Deberes Fiduciarios	38
1. Oportunismo	39
2. Deber de lealtad y deberes fiduciarios	41
C. Buena Fe y Deberes de Protección	43
§ IV. Deberes Fiduciarios y Joint Venture (peruano)	48
A. Casos de fácil y difícil determinación de una relación fiduciaria	48
B. Casos Meinhard / Ross River	50
1. <i>Meinhard v Salmon</i>	50
2. <i>Ross River v Waveley</i>	53
3. Comentarios	55
C. Medidas contractuales contra el oportunismo	56
D. ¿El Joint Venture crea una relación fiduciaria?	59
1. Criterios que se apartan de la conexión joint venture y deberes fiduciarios	60
2. Legislación peruana	64
§ V. Conclusión	67
§ VI. Bibliografía	73

“No lo tomes personal, son solo negocios”
Deberes fiduciarios en el contrato de joint venture

§ I. Introducción

El título de este trabajo académico tiene como referencia a una obra maestra del cine: *El Padrino* de Francis Ford Coppola. Este clásico del séptimo arte es una de esas películas que uno ve cada cierto tiempo y descubre nuevos detalles que en un primer momento no había advertido. Asimismo, es de esas películas que tienen un sinnúmero de frases que se integran a la cultura o al día a día de las personas, frases como “sé cercano a tus amigos, pero más cercano a tus enemigos”, “le haré una oferta que no podrá rechazar”, “deja el arma, toma el cannoli”, entre otros. Precisamente, el título en mención proviene de una línea dicha por Al Pacino en su papel de Michael Corleone, aunque para ser más exactos, la línea reza “No es personal, Sonny, es estrictamente negocios”.

La frase identifica al mundo de los negocios como un ambiente frío, sin escrúpulos, en el cual las personas solo tienen el propósito de satisfacer su propio interés. Es correcto, en el marco de los negocios o de las relaciones comerciales, básicamente, las personas se unen por un fin económico o utilitario común: ganar dinero. Para esto, las partes, tras identificar un propósito en común, deciden intercambiar promesas o compromisos entre ellas, lo cual es protegido por el Derecho.

Así, el Derecho en estos casos resguarda el intercambio comercial, siendo los contratos el instrumento o cántaro donde las partes vierten libremente sus acuerdos comerciales. En otras palabras, el contrato es una herramienta económica, en tanto que, en este escenario, su objeto es un intercambio económico.

En ese sentido, el primer aspecto que debemos tener en mente cada vez que estemos frente a un contrato es el beneficio mutuo que las partes perciben de dicha relación.

Un segundo aspecto es el tiempo.

Efectivamente, el tiempo es un elemento complicado, pero también un factor por el cual las personas deciden confiar en el Derecho a través de un contrato. Así, del mismo modo que el tiempo es un factor ligado a nuestras vidas desde que nacemos, los negocios involucran tiempo y éste puede ser útil y beneficioso para las partes, pero también puede ocasionar su deceso o rompimiento de la relación contractual.

El elemento “tiempo” en el contrato puede ayudar a las partes a sentirse seguras y a planificar, a saber a ciencia cierta que en determinado momento las obligaciones de su contraparte van a estar vigentes y que pueden ejecutar sus prestaciones a favor de éste y recibir los beneficios del mismo. No obstante, el tiempo también puede jugar en contra de la relación contractual, en tanto que las cosas cambian, las circunstancias del mercado pueden variar y el negocio entre los socios dejar de ser rentable, o incluso las preferencias y objetivos buscados por las partes pueden ser reemplazados por nuevas o mejores metas.

En efecto, todo tiene su final, las relaciones, de uno u otro carácter, terminan, por uno u otro motivo. Las relaciones contractuales no son la excepción. La terminación de un contrato puede producirse de mutuo disenso o de forma unilateral, por causas al momento de su celebración (nulidad o rescisión) o por razones posteriores al mismo (resolución).

No obstante, durante todo el tiempo que dure la relación, las partes deben seguir un principio del ordenamiento jurídico de cualquier nación o Principio General del Derecho: el principio de buena fe¹.

Evidentemente, razonar en términos de principios implica deliberar en términos de razón práctica², en tanto que los mismos van a ser guía de las decisiones o acciones

¹ Este principio se encuentra reconocido en el artículo 1362 del Código Civil peruano, el cual reza: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

² Ver Hintikka, J., Mackie, J. L., & Sánchez, A. (1976). Razón práctica versus razón teórica: un legado ambiguo. Teorema: Revista Internacional de Filosofía, p. 213; sin ánimos de extendernos en el tema, entenderemos por “razón práctica”, en términos simples, lo señalado por dichos autores, esto es, “la razón en tanto que se ocupe de la acción humana, del actuar y del hacer humanos, y lo de los resultados de esta acción”.

humanas.

Así es, dicen que el filósofo es necesariamente un hombre de su tiempo, sin embargo, necesariamente debe hacerse un símil de dicha locución con las tareas y roles de los actores del Sistema Jurídico, léase, legisladores, jueces, abogados, etc., para esto, el Derecho debe concebirse como un instrumento, como una entelequia creada por el Hombre con la finalidad de regular las actividades humanas y generar un ambiente pacífico. En otros términos, se debe partir de la función relacional del Derecho³, lo cual significa, a su vez, que el carácter esencial de la obligación es ser relacional (Morales Hervias, R., 2014)⁴.

En ese sentido, los actores referidos deben prestar atención a su entorno, el cual, hoy por hoy, está dominado por la globalización, fenómeno que, en el ámbito del Derecho, facilita el intercambio de ideas, figuras y esquemas jurídicos entre sistemas distintos.

Así, en nuestro país, se puede apreciar una práctica legislativa, doctrinaria y contractual de “importación” de conceptos jurídicos no solo pertenecientes a nuestro sistema de Derecho Continental o *Civil Law*, sino también ajenos al mismo y ubicados dentro de la esfera del sistema anglosajón o *Common Law*.

Cuando el concepto proviene del *Common Law*, usualmente, la reacción de los doctrinarios es un ligero rechazo a la adopción del mismo y sugieren su “acomodación” al sistema jurídico nacional, sin desarrollar con mayores detalles a qué se refieren con ello.

No obstante, es nuestra perspectiva, sobre la base de lo indicado anteriormente (esto

³ Ver Fernández, A. (2005). Derecho y evolución: La naturaleza humana y la función adaptativa del comportamiento normativo. *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, (11), 21; en el cual se indica lo siguiente: “...Y porque todo el derecho y todo el ‘orden’ tiene un carácter relacional, aquí reside, en último análisis, la tarea de realización del derecho que, desde una perspectiva instrumental, pragmática y dinámica, pasa a ser concebido como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos relativos a la conducta en interferencia intersubjetiva de los individuos (Atienza, 2003)”.

⁴ “Es este carácter relacional el que, en el momento en que caracteriza la obligación, con o sin prestación, resulta ser el aspecto constante, el marco dentro del cual la prestación se inscribe solo como una posible variable. Así, la relación obligatoria deja de ser en su esencia deber de prestación y pasa a ser esa relación constante (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizada por Herholz y acogida por Mengoni.” Castronovo, Carlo. «La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione y della responsabilità contrattuale». En Europa e diritto privato, 1. Milán: Giuffrè, 2011, pp. 55-76, pp. 66-67, y «La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual». César E. Moreno More (trad.) y Javier Rodríguez Olmos (rev.). *Revista de Derecho Privado*, 23 (julio-diciembre 2012), pp. 47-64, p. 57.

es, que el Derecho debe ser entendido como un instrumento), que el ordenamiento jurídico de cada país no debe ser concebido como un sistema cerrado, rígido e inmutable; por lo contrario, consideramos que es saludable que las personas, en el ejercicio de su libertad, se nutran de las ideas que se producen alrededor del globo y, así, estudiar y utilizar aquellas que ayuden a mejorar la función relacional del Derecho, esto es, las relaciones jurídicas creadas entre ellas, y asimismo, contribuir con aportes académicos o prácticos a partir de dicho estudio e implementación.

En relación a esto último, el sistema jurídico peruano es abierto a la innovación contractual entre privados y, ciertamente, este es un valor que debe destacarse con mayor ahínco.

Al respecto, los artículos 1353⁵, 1354⁶ y 1356⁷ del Código Civil peruano, estipulados dentro de las Disposiciones Generales (Título I) respecto a Contratos en General (Sección Primera) del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones), recogen un valor fundamental de la actividad humana: la libertad.

Fíjense en la relevancia de este asunto. La normativa peruana favorece la autonomía privada: el Código Civil y la Constitución Política del Perú recogen y patrocinan la libertad contractual⁸ en sus dos manifestaciones, es decir, en la libertad de decidir la celebración de un contrato y, sobre todo, en la libertad de determinar su configuración interna.

En otras palabras, tras pasar un umbral de licitud, el contrato prevalece sobre las demás

⁵ “Régimen legal de los contratos

Artículo 1353.- *Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato*”.

⁶ “Libertad contractual

Artículo 1354.- *Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo*”.

⁷ “Carácter supletorio de las normas sobre contratos

Artículo 1356.- *Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas*”.

⁸ También reconocida en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993:

“Artículo 62. - Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

(...)”.

normas del ordenamiento jurídico nacional, es decir, antes de las normas establecidas en el Código Civil, la naturaleza de la relación jurídica contractual creada por los privados guía las disposiciones del contrato. Por consiguiente, en caso de vacío, el contrato será interpretado e integrado según su naturaleza o sus reglas particulares, las cuales pueden no pertenecer al esquema jurídico en el cual se encuentra nuestro sistema legal.

Nuevamente, las normas citadas son evidencia clara de la predisposición del ordenamiento peruano a la innovación jurídica. Así, a partir de lo establecido en el artículo 1353, podemos imperturbablemente afirmar que cuando otras normas hagan mención a figuras atípicas en nuestro sistema, queda en manos de las partes y de los demás actores jurídicos, dotar de contenido y de sentido al concepto que busca ser implementado o al que habiendo sido regulado, dicha regulación es exigua o guarda estrecha relación con figuras afines.

Específicamente, nos estamos refiriendo al contrato de joint venture, el cual, según algunos autores⁹, no se encuentra regulado por el ordenamiento peruano, y otros¹⁰ sostienen que se esconde bajo el ropaje del contrato de consorcio, postura que, adelantamos, compartimos; pero, de una u otra manera, es mencionado en distintas normas jurídicas¹¹, incluso con características o requisitos especiales, como es el caso

⁹ Ver SIERRALTA p. 81 (“Se ha trastocado con frecuencia el joint venture con el contrato de cuenta en participación o con la asociación en participación, con las cuales se ha dicho que son similares. Pero las diferencias saltan a la vista”), p.93 (“En tanto que el joint venture, como se ha señalado tiene un plazo preciso y los sujetos actúan en la gestión y control de la empresa pudiendo comprometer a los otros para que actúen en su representación; circunstancia que no podría darse en el consorcio pues lo desvirtuaría”); ELIAS LAROZA p. 698 (“tanto en la LGS anterior como en la actual, ha prescindido de la denominación joint venture, que proviene del Derecho anglosajón, pues ella no responde a la naturaleza de los contratos asociativos que se deseaba regular”); HERNÁNDEZ GAZZO p. 266 (“Si bien existe legislación peruana sobre joint venture, no creemos que exista una regulación legal propiamente dicha”).

¹⁰ Ver MOREYRA GARCIA-SAYÁN pp. 770-771 (“Current Peruvian legislation contained in the General Corporation Law No. 26887 has refrained from using the form ‘joint venture’. Instead, it refers to what it calls contratos asociativos, that is, association contracts. The terms joint venture and association contract may, for all practical purposes, be deemed to express the same concept. The Law considers, in addition to various forms of stock and limited liability corporations, the possibility of doing business through two specific forms of association contracts: the asociación en participación and the consortium”); ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE p. A2 (“gran parte de la doctrina nacional e internacional ha considerado a los contratos de joint venture como una forma de clasificación del contrato de consorcio”); UNIDO p. 21 (“In some sources, consortia or consortium are identified as ‘joint ventures where more than two organizations participate’, and in the classic literature we often find the term ‘contractual joint ventures’ as another way of designating consortia”); PICÓN GONZÁLEZ Themis 41 artículo Un acercamiento al tratamiento tributario de los contratos asociativos en la Legislación Peruana (“En lo referente al joint venture, consideramos que es una definición incluida en la actual definición de consorcio de la LGS”).

¹¹ Ver (i) Decreto Supremo N° 010-88-PE del 23 de marzo de 1988, el cual introduce por primera vez el término *Joint Venture*; (ii) Decreto Legislativo N° 662 del 02 de setiembre de 1991, Ley de Promoción de la

del TUO de la Ley General de Minería (Decreto Supremo 014-92-EM).

En consecuencia, la adopción de una figura extranjera, si bien es lícita y protegida por la legislación nacional, puede comprender un conjunto de nociones inherentes a su naturaleza o a la práctica legal que en las latitudes de donde proviene son usuales.

Dentro de ese complejo de nociones, nos llama la atención uno en especial del contrato de joint venture: la naturaleza fiduciaria de este tipo de contrato.

Efectivamente, el autor Aníbal Sierralta refiere que dicho aspecto “*es un elemento basado en la confianza entre los socios, en la reunión de factores personales que escapa a términos legales y que se traduce en la buena fe, la confianza, la fidelidad y la integridad (good faith, confidence, fidelity and integrity) que son los emblemas o el escudo nobiliario de esta figura*”¹².

Más aún, es importante no confundir lo que aquí se entiende o entenderá como relación fiduciaria (*fiduciary relationship*) o deberes fiduciarios (*fiduciary duties*) con el fideicomiso u otros negocios fiduciarios afines, tal como lo explica el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos en su resolución N° CJI/Res.I-7/92 (CJI, 1992):

“A fin de evitar confusiones terminológicas entre las relaciones y los deberes fiduciarios que se dan en el terreno de los negocios en Estados Unidos las fiduciary relations y los fiduciary duties, es útil tener presente que esta clase de relaciones no son las que apareja o conlleva forzosamente el fideicommissum en América Latina o el trust anglosajón sino, que corresponden al área de los principios de la buena fe, de la certeza y las seguridades y la confianza recíproca que deben existir entre quienes tienen relaciones de negocios basadas

Inversión Extranjera; (iii) Reglamento de la Ley de Impuesto a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo; (iv) Decreto Legislativo N° 674 del 27 de setiembre de 1991, Ley de Crecimiento de la Inversión Privada; (v) Decreto Legislativo N° 708 del 14 de noviembre de 1991, Ley de Promociones de Inversiones en el Sector Minero; (vi) Decreto Legislativo N° 757 del 13 de noviembre de 1991, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que establece garantías aplicables a los que concurren en una co-inversión; (vii) Decreto Supremo N° 014-92-EM del 04 de junio de 1992, que incluye normas referentes al contrato de riesgo compartido; (viii) Decreto Supremo N° 162-92-EF del 12 de octubre de 1992, Reglamento de los Decretos Legislativos N° 662 y N° 757.

¹² SIERRALTA (1997), p. 78

en ellos, por lo que las partes confían y esperan el fiel cumplimiento de los deberes que corresponden al negocio que llevan adelante”.

Así es, como será materia de análisis en el Capítulo III, la relación fiduciaria a la cual haremos mención vendría a ser una relación con ciertas características, de la cual surge el deber (fiduciario) de lealtad y otros deberes más, no obstante, a partir de dicha relación no se constituye necesariamente un patrimonio autónomo como sucede en el fideicomiso.

Del mismo modo, sin perjuicio de extendernos sobre el tema en las siguientes páginas, *Meinhard v. Salmon*¹³ es quizás uno de los casos judiciales más citados en la historia de los Estados Unidos en torno al asunto en mención, cuyo fallo emitido por la Corte Apelaciones de Nueva York sostuvo que los socios en un negocio (*joint venture*) se deben *fiduciary duties* el uno al otro mientras la empresa continúe y a su vez cuando surja una oportunidad de negocio en el transcurso de la misma.

Por consiguiente, sobre la base de lo desarrollado hasta el momento, surge la duda respecto a la aplicación de las nociones referidas a relaciones de *joint venture* contractual, de modo global o general, aunque, sobre todo, en aquellas cuya ley aplicable sea la peruana.

En efecto, muchas interrogantes pueden nacer del panorama expuesto, como por ejemplo: ¿acaso los *fiduciary duties* están incluidos dentro del concepto de buena fe?, ¿esto significa que son de orden público?, ¿pueden ser excluidos del contrato?, entre otros.

El aporte del presente trabajo académico radica, por un lado, en la actualización respecto del concepto que se tiene de la figura contractual de *joint venture*, en tanto que el desarrollo de la doctrina nacional al respecto se ha visto superada por lo avanzado en el extranjero.

Así, aún en obras recientes de la doctrina nacional (ver pie de página 37), se continúa aseverando que el contrato de *joint venture* es por naturaleza fiduciario, no obstante,

¹³ 164 N.E. 545 (N.Y. 1928)

como se demostrará, la naturaleza fiduciaria de una relación no depende de la forma jurídica adoptada por las partes, sino de otros aspectos.

Asimismo, este trabajo académico comporta un estudio a los deberes fiduciarios en el contrato de joint venture, los cuales casi no han sido abordados por la doctrina nacional, tarea que consideramos relevante realizar, dado que implica la incorporación de elementos foráneos a nuestro ordenamiento jurídico.

Efectivamente, a partir de las fuentes consultadas y de nuestro propio análisis, en esta tesina nuestra hipótesis consiste en que el joint venture es un negocio jurídico que, según sus características, puede involucrar una relación fiduciaria, lo cual significa que, a diferencia de lo señalado por la doctrina nacional, no es *per se* un contrato de carácter fiduciario.

No obstante, si sobre la base de los hechos presentes en una relación de joint venture se determina que es una relación de naturaleza fiduciaria, será menester prestar atención a los deberes fiduciarios que surgen del mismo, los cuales, a nuestro parecer, sí podrían ser aplicados en nuestro ordenamiento jurídico; esto es, sí podrían ser exigidos por los tribunales judiciales o arbitrales; justamente, porque nuestro sistema tiene una predisposición por aceptar las reglas particulares de los contratos que suscriben los privados, lo cual implica tanto aquellas incluidas en las cláusulas del contrato como aquellas que surgen de la naturaleza de la relación jurídica.

Evidentemente, la justificación de nuestra postura será revelada en el Capítulo V - Conclusiones -, sin perjuicio de que las razones vayan siendo detalladas en los capítulos venideros, los cuales, finalmente, servirán de cimiento para lo que en este trabajo académico se concluya.

Por lo demás, el presente trabajo académico prosigue de la siguiente manera. El Capítulo II describe los aspectos relacionados al contrato de *joint venture*, el entorno en el cual ordinariamente es usado, su relación con el concepto de alianza estratégica, su definición y su identidad con los contratos asociativos de la Ley General de Sociedades (LGS).

El Capítulo III explica sobre la naturaleza fiduciaria del contrato de *joint venture*, qué es una relación fiduciaria, cuándo se configura, y por qué surgen los *fiduciary duties*, así como el carácter y alcance de los mismos desde la doctrina y cortes extranjeras.

El Capítulo IV provee un acercamiento a dos casos muy comentados sobre la conexión entre *joint ventures* y deberes fiduciarios, un repaso por las medidas contractuales que pueden sustituir a tales deberes, una discusión en torno a las posibilidades de alejamiento por las partes respecto a los *fiduciary duties* y un breve análisis a la legislación peruana en torno a estos deberes.

Por último, el Capítulo V contiene nuestra conclusión sobre el tema.

§ II. El Contrato de Joint Venture

Para conocer una figura contractual, es importante, primero, determinar en qué supuestos o escenario será necesaria su implementación y debemos percatarnos de los intereses que las personas buscan regular y optimizar a través de la misma.

Por ejemplo, si lo que busca una empresa es ingresar a un país extranjero con la finalidad de crear una red de distribución, las opciones son múltiples, no obstante, la elección dependerá de cuáles son los intereses; *v.gr.*, si lo que busca es comercializar los bienes que produce en México para ser vendidos en Francia, puede celebrar un contrato de agencia internacional, si es de su interés que la forma de pago por el servicio brindado por el agente sea uno de comisión o podría contratar con una empresa distribuidora, si espera que ésta compre sus productos para luego ganar la utilidad en la reventa.

En esa línea, para conocer el *joint venture*, su regulación e implementación en el Perú es importante, primero, tener presente que es una figura que se desenvuelve sobre todo en un ámbito privado de carácter internacional, puesto que, como contrato asociativo que es, suele ser tomado como una herramienta de alianza estratégica entre las empresas extranjeras (*MNE*) y nacionales (*Host country*).

No obstante, evidentemente, esto no significa que el *joint venture* sea exclusivo de las relaciones de comercio internacional, también se pueden producir entre empresarios de un mismo país; que según lo señalado anteriormente, en nuestro país se encuentra bajo el ropaje del contrato de consorcio. Ambas situaciones, en todo caso, implican una visión estratégica de los negocios.

En ese orden de ideas, a continuación se dará un mejor vistazo al ámbito de aplicación del *joint venture*, el cual consideramos es el escenario de la inversión y de las alianzas estratégicas; razón por la cual se atenderá a las formas de inversión en el extranjero, a la formación de alianzas y se esbozará una definición de la figura bajo análisis y exploraremos sus modalidades según el contexto en mención.

A. Inversión Extranjera Directa

Entendemos *invertir* como la acción de emplear tiempo, dinero, capital o mano de obra en una determinada actividad o bien para satisfacer un interés particular o colectivo, propio o ajeno. Así, en el ámbito de los negocios, por inversión extranjera entenderíamos el acto de utilizar recursos para el desarrollo de actividades comerciales en un país ajeno al de nuestro domicilio principal o en bienes ubicados en el extranjero.¹⁴

Efectivamente, como nos enseña el autor Mike W. Peng (2009), hay dos tipos principales de inversión internacional: inversión extranjera directa (IED o *FDI – foreign direct investment*) e inversión extranjera de portafolio o de cartera (IEP o *FPI – foreign portfolio investment*). La diferencia entre una y otra se encuentra en el manejo o control de los activos o actividades en las que se invierte.

Así, la inversión será directa cuando el inversionista tome acción en el manejo, control o

¹⁴ Valga precisarse que no es intención del presente artículo profundizar sobre la definición de inversión, la cual forma parte de un rico debate a nivel internacional a partir de arbitrajes internacionales inversionista-Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), destacando el *Salini Test* del caso *Salini et al. v. Marruecos*, donde se atribuyen básicamente los siguientes elementos a una inversión: (i) contribución de dinero o activos, (ii) cierta duración de la operación, (iii) riesgo y (iv) que contribuya al desarrollo económico del país huésped.

administración de activos que se ubiquen en o destine al extranjero¹⁵; y será indirecta cuando no implique alguna de dichas acciones¹⁶.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) considera acertado prestar atención a la inversión extranjera directa, al considerarla un catalizador importante del desarrollo o, en otras palabras, como *"una fuente de desarrollo económico y de modernización, de crecimiento de la renta y del empleo en países en vías de desarrollo, economías emergentes y países en transición"* (2002)¹⁷.

En esa misma línea, algunos autores resaltan la importancia de la IED por el flujo financiero que genera, tanto desde una perspectiva del inversionista como por parte del destinatario¹⁸, y por el intercambio de conocimientos¹⁹, lo cual, finalmente, genere mayor riqueza y beneficio social.

Así, tras lo desarrollado, se entiende que la IED es la decisión empresarial de invertir en

¹⁵ Ver PENG (2009), p. 155, quien considera que la inversión directa extranjera comprende "(...) la acción de invertir, controlar y administrar actividades de valor agregado en países distintos al país de origen del inversionista". [Traducción libre]

¹⁶ *Ibid.*, Peng entiende por inversión extranjera de portafolio "(...) a la inversión en una cartera de valores extranjeros, tales como acciones y bonos que no impliquen la gestión activa de los activos extranjeros" [Traducción libre]

¹⁷ OCDE (2002) *"Inversiones extranjeras directas en desarrollo: un máximo de beneficios por un costo mínimo"*, p. 3, en: <https://www.oecd.org/investment/investmentfordevelopment/1959795.pdf> (última revisión: 15 de setiembre, 19:41hrs.). A propósito de ello, la OCDE construyó una definición marco de inversión extranjera directa con la finalidad de constituir un estándar mundial para la elaboración de estadísticas de inversión directa: *"La inversión extranjera directa (IED) refleja un interés duradero por parte de una empresa residente en una economía (el inversor directo) en otra empresa (la empresa de inversión directa) residente en una economía distinta de la del inversor directo. El interés duradero implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversor directo y la empresa de inversión directa y un grado significativo de influencia en la dirección de la empresa. La propiedad, directa o indirecta, del 10% o más del poder de voto de una empresa residente en una economía por parte de un inversor residente en otra economía, es evidencia suficiente de que este tipo de relación existe. Se puede argumentar que, en algunos casos, la propiedad de solo el 10% del poder de voto puede no ser suficiente para garantizar una influencia significativa en la empresa participada, y que, por otro lado, un inversor puede ser propietario de menos del 10% y, sin embargo, tener voz efectiva en la dirección de una empresa. No obstante, la metodología recomendada no deja margen para la valoración del criterio del umbral del 10% y recomienda su aplicación estricta para garantizar la consistencia estadística entre países."* (OCDE, 2011)

¹⁸ Ver LIPSEY, Robert E. (2006) *"Measuring Foreign Direct Investment"*, Paper Prepared for the 29th General Conference of the International Association for Research in Income and Wealth, quien refiere: *"La medición de la inversión extranjera directa tiene dos propósitos generales. Uno, que es el tradicional, ve a la inversión extranjera directa como un flujo financiero, como una de las formas en que los países de origen utilizan sus excedentes de ahorro y, por parte de los destinatarios, como una de las formas en las que su formación de capital o adquisición de otros activos pueden ser financiados"*. [Traducción libre]

¹⁹ *Ibid.* Lipsey destaca: *"(...) Creo que, para la mayoría de los economistas de ahora, el papel de la inversión directa en el flujo de capital financiero es una pequeña parte de lo que hace la IED. La gran importancia de la IED es fungir de vehículo para la trasmisión de ideas, conocimientos tecnológicos, conocimiento organizacional y conocimiento del negocio. Esta transmisión se lleva a cabo a través de las operaciones de inversión extranjera directa, la producción, el empleo, la inversión de capital, y la investigación y el desarrollo"*. [Traducción libre]

el extranjero con la finalidad de iniciar, estructurar, manejar, dirigir o administrar un negocio, el cual puede ser completamente nuevo o ser una extensión del creado en el país de origen, con lo cual consigue expandir su mercado, ya sea mediante la incursión al mismo nivel de la cadena de valor empresarial o en distintas etapas de esta.

Al respecto, apoyándonos en las enseñanzas del autor Mike W. Peng (2009), las principales opciones de entrada a un mercado extranjero son (1) exportación, (2) licencia y (3) IED.

En la exportación lo que existe es una relación contractual de compraventa, un comerciante ofrece un producto y otro está dispuesto a pagar un precio por él.

Varios aspectos concernientes a la exportación, junto con otros más, son tomados en consideración si el empresario decide licenciar (Head, 2012). Así, por este contrato, el licenciado compra y vende los productos del licenciante o utiliza la marca o la tecnología de éste, a cambio de, usualmente, una regalía.

El IED puede ser horizontal o vertical. Es horizontal si la inversión se produce al mismo nivel de la cadena de valor empresarial y será vertical si se incursiona *aguas arriba* o *aguas abajo* de dicha cadena. En otros términos, la IED horizontal implica producir los mismos productos u ofrecer los mismos servicios en un país distinto al de la empresa, del mismo modo que ésta lo realiza en su establecimiento original²⁰; en cambio, la IED vertical involucra un desarrollo del producto o servicio en una etapa de la cadena de valor²¹.

Ahora, sin perjuicio de los modos referidos anteriormente, los autores Yigang Pan y David K. Tse (2000) dividen las opciones de ingreso a un mercado extranjero en dos: negocios de carácter participativo y no participativo, propiamente, *equity* y *non equity modes*.

²⁰ Ver PENG (2009) p. 155, el autor da el siguiente ejemplo: "BMW ensambla automóviles en Alemania. A través del FDI horizontal, hace lo mismo en países receptores como Rusia, Tailandia y los Estados Unidos de América". [Traducción libre]

²¹ Ver Ibid. p. 155-156, el autor nos enseña que, verbigracia, si BMW ensambla sus autos en Alemania pero en Estados Unidos se dedica a fabricar los componentes del vehículo, entonces, estaríamos ante una IED producida en una etapa río arriba de la cadena de valor del producto; por otro lado, si BMW invirtiera en el proceso de marketing de sus autos en Egipto, estaríamos ante una IED producida en una etapa río abajo de la cadena de valor del producto.

No obstante, la división en solo dos modos de ingreso no significa que el inversionista tiene para elegir entre blanco o negro, cada uno de esos modos contiene una gama de opciones; así, por el lado del modo no participativo, se encuentran la exportaciones (directas e indirectas) y mecanismos contractuales como son la licencia, la franquicia, los proyectos llave en mano, contratos R&D (contratos de investigación y desarrollo) y co-marketing. Y, en cuanto a las formas participativas de entrada tenemos a los *joint ventures* y a las empresas subsidiarias, siendo éstas últimas formadas, entre otras maneras, a partir de la adquisición de una compañía (Pan & Tse, 2000).

Respecto a las diferencias entre uno y otro modo, el factor relevante es el grado de compromiso asumido por el inversionista en la relación²².

Desde la perspectiva de Peng (2009), las herramientas contractuales y los *joint ventures* se encuentran dentro de una clasificación mayor en la cual se consideran a estas dinámicas de acuerdos comerciales entre privados como alianzas estratégicas.

B. Alianzas Estratégicas

En relación a la formación de una alianza, de acuerdo al documento académico de los autores Stephen B. Tallman y Oded Shenka (1994), las alianzas se generan luego de un proceso complejo que no solo implica el acuerdo final con la contraparte, sino previamente la decisión interna de cada empresa o inversionista de involucrarse en una dinámica cooperativa.

Así, los mencionados autores son de la opinión que este proceso formativo transita por tres etapas. Una primera etapa en la cual ocurre la decisión concerniente a cooperar o no; una segunda decisión relacionada a los modos de entrada a un mercado: uso de

²² “Por lo tanto, al confrontar los modos participativos con los no participativos [equity modes versus non-equity modes], para la formación de aquellos las empresas necesitan evaluar el riesgo de la inversión y el retorno de la misma, la elección del lugar, el tiempo de adaptación a la localidad y la gestión, control de operaciones, y así sucesivamente. Por otro lado, los modos no participativos no requieren el establecimiento de una organización independiente. La relación entre las partes se pueden especificar y ser fijado en el contrato. En resumen, los modos participativos difieren drásticamente de los no participativos tanto en lo que respecta a recursos comprometidos, riesgo, retorno, control, entre otras características.” (Pan & Tse, 2000)

mecanismos contractuales o participativos (concretamente, *joint venture*); y una última etapa, referida a las especificaciones de la relación jurídica comercial.

Como fuese la perspectiva de Peng (2009), el autor Lluís G. Renart comparte dicho enfoque y afirma que las alianzas, o esquemas de cooperación entre empresas, estarían a medio camino entre la pura transacción de mercado y la fusión o la adquisición de una empresa por otra (Renart, 2008).

Así, las alianzas estratégicas son acuerdos voluntarios entre empresas que involucran el intercambio, compartir o co-desarrollo de productos, tecnologías o servicios (Gulati, 1998).

Los fines con que se asocian las empresas son de distinta índole, no obstante, a efectos de este documento, nos centraremos en los intereses comerciales. De esta manera, *"una alianza estratégica constituye un acuerdo formal entre dos o más empresas para alcanzar un conjunto de intereses privados y comunes a base de compartir recursos en un contexto de incertidumbre sobre los resultados que se obtendrán"* (Ariño, 2008: 55).

No obstante, no todos comparten la posición de Peng y Renart. Fernando Agulló (2000) si bien explica que no pueden considerarse alianzas estratégicas a las fusiones, absorciones o adquisiciones, ni a la relación entre las multinacionales y sus filiales extranjera, lo cual es conforme con el pensamiento de los dos autores mencionados, es de la opinión que los acuerdos para conceder licencia y franquicias no son alianzas estratégicas.

También existe una discrepancia entre la idea de alianza estratégica propuesta por Peng (2009) y la noción que defienden los demás autores citados como son Agulló (2000), Ariño (2008) y Renart (2008). Efectivamente, para Peng, estas uniones de empresas involucran el establecimiento de una nueva entidad legal, independiente, cuyas participaciones están conformadas por ambas empresas asociantes. Sin embargo, el resto de autores citados coincide en que se trata de *"un proceso de colaboración en el tiempo, desarrollado por dos o más organizaciones que conservan sus propios órganos de gobierno y su propio balance y cuenta de resultados"* (Renart, 1999), esto es, *"cada una con su propio programa, su propia estrategia, y su propia*

cultura para generar un mayor valor en su actividad manteniendo un grado de equilibrio entre competencia y cooperación" (Agulló, 2000), en definitiva, "cada compañía participante mantiene su propia soberanía" (Ariño, 2008).

Ahora bien, respecto a los propósitos de las alianzas estratégicas, naturalmente, las empresas se juntan para generar valor, esto es, generar riqueza a partir de una actividad económica en un periodo de tiempo determinado. Al coordinar con un propósito común, por lo general, comparten costos, riesgos, utilidades, información confidencial sobre procesos, *know how*, tecnología, productos, servicios, entre otras cuestiones.

Precisamente, a partir de lo que enseña Peng (2009), entendemos que existen cuatro aspectos que las empresas deben dilucidar antes de involucrarse en una alianza estratégica: (i) la necesidad de compartir y aprovechar las capacidades mutuas; (ii) la importancia de monitorear y controlar el negocio; (iii) la posibilidad de posponer la formación de la alianza para una segunda etapa operativa, tras la consolidación de las relaciones comerciales entre las partes; y (iv) la obligación legal de inversión en determinado país bajo una modalidad de cooperación (ej. China – sector automotriz).

Ciertamente, no es propósito del presente documento definir el concepto de “alianza estratégica” o tomar partido por una u otra postura desarrollada, toda vez que concierne en mayor medida al campo de la administración, antes que al Derecho. No obstante, nuevamente, es importante conocer las intenciones y objetivos de los actores en el tráfico internacional, a efectos de que las partes puedan regular apropiadamente sus relaciones con respaldo del ordenamiento jurídico.

En resumen, las alianzas estratégicas se forman con la finalidad de generar valor a las empresas asociantes, las cuales mantienen su personería jurídica o independencia, esto es, no son parte de una modalidad de M&A. De esta manera, no descartamos o tachamos ninguna de las posturas expuestas, entendemos, por el contrario, que la alianza puede surgir con la finalidad de, por un lado, generar una nueva entidad o, por otro lado, mejorar u optimizar los procesos propios de las empresas, no obstante, siempre en el marco de un negocio determinado.

En consecuencia, por este mecanismo estratégico, las empresas participantes controlan de una u otra manera el negocio que proyectan (dirección, administración, fiscalización, etc.), contribuyen con sus recursos y comparten los beneficios del negocio, así como demás aspectos relevantes para la consecución del objeto de la alianza o para las actividades de la misma.

Por lo demás, a modo de exposición del abanico de opciones con que cuentan los inversionistas con este tipo de alianzas, cabe agregarse que según las áreas donde se desenvuelva la alianza (i-iii) o la estructura que guarde la misma (iv-vi) pueden encontrarse las siguientes tipologías: (i) alianzas comerciales, (ii) alianzas tecnológicas, (iii) alianzas de producción, (iv) alianzas contractuales o de mercado, (v) proyectos conjuntos y (vi) participación accionarial²³.

C. Definición de Joint Venture

A pesar de que se han generado diversos estudios sobre la figura del *joint venture*, la doctrina puede llegar a ser contradictoria, ya sea respecto de las características del contrato como en relación a su. Más aún, muchos países no tienen regulado este mecanismo contractual, por lo que la legislación existente tampoco será de mucha ayuda al menos para este apartado.

En esta sección repasaremos brevemente los orígenes del *joint venture*, continuaremos con las definiciones hechas al término en la doctrina nacional e internacional, luego contrastaremos lo descrito con la noción del contrato de consorcio presente en la normativa peruana y terminaremos con los modos de implementación de la figura.

²³ Ver Aguiló (2000), p. 14. (i) Alianzas comerciales.- con fines de ventaja competitiva en el campo de la comercialización y distribución de bienes o prestación de servicios. (ii) Alianzas tecnológicas.- obtención de ventaja competitiva bien compartiendo el *know how* de cada partícipe o bien los riesgos en I+D (R&D, en inglés). (iii) Alianzas de producción.- buscan generar ventajas competitivas bien para el desarrollo conjunto de nuevos productos o bien a través de integraciones cliente-proveedor. (iv) Acuerdos contractuales o de mercado.- se limita a una actividad perfectamente definida, sin trascendencia notable con otras áreas del negocio. (v) Proyectos conjuntos.- si la existencia de ventajas competitivas diferenciales entre los partícipes en la alianza promete una resultante de la unión de superior entidad para ambas partes. (vi) Participación accionarial.- debido a la cantidad de aportaciones, tanto de recursos tecnológicos como de información, el socio busca protegerse de un posible competidor futuro al tomar la administración de la alianza o de sus procesos.

1. Antecedentes

El autor Aníbal Sierralta Ríos (1997) nos comenta que los orígenes del *joint venture* se encuentran en el inicio del comercio, aunque aparece nítida en los institutos asociativos mercantiles italianos del siglo XIII.

No obstante, el mencionado autor continúa:

“(...) La noción del joint venture salta luego al Támesis con el nombre de Gentleman Adventures, que con sentido práctico limita el riesgo individual de los operadores en las expediciones de mercancías hacia las grandes ferias de la Europa Continental. El vínculo que los adventurers asumían era sólo limitado a cada expedición (...)” (Sierralta Ríos, 1997)

El autor indica que, con el tiempo, la figura se fue perfeccionando hasta configurarse en lo que hoy se conoce como *partnership*.

Actualmente, en Estados Unidos, se entiende por *partnership* al contrato que celebran por lo menos dos personas, denominadas socias (*partners*), para desarrollar un negocio. Cada socio tiene derecho a tomar las decisiones gerenciales del negocio y las utilidades que arroje el mismo serán repartidas equitativamente. Asimismo, un aspecto relevante del contrato es la responsabilidad ilimitada que asumen sus integrantes por las obligaciones contraídas por el negocio, pese a que el *partnership* sea independiente de ellos.

Así, no obstante, los *partnerships* habían sido creados para personas naturales, por lo cual, cuando las *corporations* (forma de empresa del derecho americano) contrataban entre ellas bajo una modalidad similar al *partnership*, a efecto de evitar la prohibición de la *Uniform Partnership Act* (1914), las cortes americanas decidieron darle el nombre de *Joint Ventures*, según nos comenta César Ramos Padilla, citado por Jorge Conde Granados:

“Le Pera dice que cuando los tribunales se encontraron con Corporations que habían entrado en una relación que debía calificarse de partnership recurrieron, para evitar la aplicación que prohibía tal participación, a una distinción. Para ello utilizaron la expresión Joint Venture, la relación que resulta de la co-participación en un proyecto específico, a la que se le aplican las reglas de la partnership pero respecto de la cual al no llamarse ‘partnership’ sino de otro modo, por tanto la norma prohibitiva no es aplicable. De este modo la incompatibilidad entre partnership y corporation quedaba derogada cuando la partnership era limitada en su propósito, es decir, cuando se trataba de una ‘partnership para un único proyecto’, la participación en una común específica aventura.” (Conde Granados, 2014)

Un dato que resulta interesante a efectos de conocer la naturaleza del *joint venture* y sus diferencias con el *partnership* es el hecho que las cortes americanas han sido reacias a aceptar como *partnership* un acuerdo que no establece un negocio que envuelve varias transacciones y que, en cambio, está limitado a un proyecto en específico, como por ejemplo, la compra, desarrollo y venta de un bien inmueble (Mallor et al., 2013). El juez americano identifica al acuerdo como un *joint venture*.

La presente investigación no tiene como propósito indagar o exponer sobre los orígenes de la figura bajo análisis, sin embargo, en resumidas cuentas, el *joint venture* como lo conocemos hoy en día deriva del *partnership* americano, no obstante, se diferencia de ésta, básicamente en el hecho de que el objeto del *joint venture* es un proyecto específico y no es considerado una persona jurídica. Así, por ejemplo, en la legislación del Estado de Delaware, el *joint venture* no es una entidad legal, sino un acuerdo contractual por el dos o más personas se unen para emprender u operar un proyecto determinado. Sin perjuicio de ello, haremos referencia a la legislación norteamericana cuando abordemos los conceptos de deberes fiduciaros²⁴.

2. Definición

²⁴ Ver por ejemplo, notas a pie de página n° 66, 107, 110 y 111.

Definir al *joint venture* puede parecer una tarea sencilla: es un contrato entre dos o más personas (naturales o jurídicas) por el cual se comprometen a realizar un esfuerzo conjunto para determinado negocio, actividad o empresa, debiendo compartir las utilidades y asumir las pérdidas del mismo.

Si bien el *joint venture* es usualmente considerado una herramienta contractual por la que dos personas naturales o jurídicas se unen sin crear un ente abstracto como sería una sociedad o compañía, también puede involucrar la creación de una persona jurídica como consecuencia o parte del acuerdo.

En principio consideramos que es acertado tener una aproximación dilatada a la locución *joint venture*, a efectos de no ignorar la vasta práctica comercial en torno al término referido, y sobre todo, con la finalidad de no entorpecer las mismas prácticas comerciales en tecnicismos fútiles.

Sin embargo, lo expresado no significa que el *joint venture* sea un asunto que pueda ser tomado a la ligera, por el contrario, como reza el dicho *“quien mucho abarca, poco aprieta”*, es menester de las partes o *venturers* brindar contenido a su relación en aspectos importantes como son la determinación de la responsabilidad, el control sobre el negocio, ya sea a través de la administración o por medio de una atribución fiscalizadora, la confidencialidad, los modos de ingreso y de salida del *joint venture*, entre otros.

Sin perjuicio de lo desarrollado, por el momento, dejemos a un lado las vicisitudes del *joint venture* y repasemos las definiciones que anteriores autores a nosotros han esbozado al término.

Así, de acuerdo a los autores españoles Diego Gómez Cáceres y Gregorio Cristóbal Cárle, el *joint venture* es un contrato atípico, con fines cooperativos y duradero:

“El término joint venture, abreviatura de ‘International Joint Business Venture’ designa ‘cualquier tipo de acuerdo contractual, ya sea de asociación o de colaboración, realizado entre empresas cuyo objetivo sea la cooperación con carácter duradero en los planos técnico, productivo, financiero o comercial y

cuya formalización se realiza bien mediante la constitución de una nueva empresa, o a través del desarrollo de un contrato privado'. La figura puede proyectarse en la práctica de muy variadas formas, por lo que, en lo referente a su regulación legal, nos encontramos ante un contrato de carácter atípico, donde cobran especial relevancia los aspectos fiscales de la inversión de capital realizada en un Estado extranjero. (...)" (Gómez & Cristóbal, 2004)

En similares términos, Eduardo Chuliá Vicént entiende al *joint venture* como una sinergia de operaciones comerciales que crea una nueva capacidad de empresa a partir de la reunión de compañías no vinculadas, esto es, independientes:

"Una integración de operaciones entre dos o más empresas independientes donde se encuentran las condiciones siguientes: el joint venture está sujeto al control común de las sociedades matrices, que no se hallan sujetas a un control relacionado; cada empresa matriz hace una contribución importante al joint venture; el joint venture existe como una empresa comercial independiente de sus sociedades matrices; y finalmente el joint venture crea una capacidad de empresa importante y nueva, por lo que se trata de una nueva capacidad de producción, nueva tecnología y nuevo producto, o una nueva entrada a un mercado nuevo". (Chuliá & Beltrán, 1996)

Por su parte, según el diccionario "Black's Law Dictionary" define el *joint venture* como la combinación de recursos empresariales para el ejercicio de una empresa común y consecución de utilidades sin necesidad de crear una sociedad o persona jurídica:

"Cualquier asociación de personas para llevar a cabo una empresa particular que produzca utilidades, para lo cual ellos combinan bienes, dinero, efectos, experiencia y conocimientos. Un joint-venture existe donde hay una especial combinación de dos o más personas unidas conjuntamente para lograr utilidades en alguna empresa específica sin una sociedad o denominación de sociedad" (citado por Gómez & Cristóbal, 2004)

Finalmente, en su libro "OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera", la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2011) construyó una

extensa definición de *joint venture*, por la cual, en primer lugar, lo identifica como un proyecto conjunto:

"Un proyecto conjunto o joint venture es un convenio contractual entre dos o más partes con la finalidad de ejecutar un proyecto empresarial en el cual las partes acuerdan compartir las ganancias y las pérdidas resultantes, al igual que la formación de capital y la aportación de factores productivos o los costes operativos de la empresa."

La OCDE, en segundo lugar, diferencia al *joint venture* de una asociación por, precisamente, estar relacionado a un solo proyecto y no contar con una personalidad jurídica:

"Un proyecto conjunto es similar a una asociación, pero difiere en el sentido de que generalmente no existe la intención de continuar la relación una vez finalizado el proyecto que da origen a la misma. Un proyecto conjunto puede que no implique la creación de una nueva entidad legal."

Por consiguiente, ordenemos las ideas expuestas y partamos de tres puntos cardinales para entender el *joint venture*: en primer lugar, el *joint venture* es un acuerdo entre dos o más partes, compuestas por personas, naturales o jurídicas; en segundo lugar, el *joint venture* es una forma de negocio, una alternativa para asociarse y perseguir fines de lucro de riesgo; y, en tercer lugar, el *joint venture* es usualmente una ventana a un nuevo mercado o, en otras palabras, un modo de ingreso a un mercado extranjero.

Efectivamente, con lo anterior consideramos que cumplimos con responder la primera pregunta que debemos responder cuando enfrentamos cualquier elemento de la naturaleza: qué es; pues, bien, el *joint venture* es un contrato y es una forma de negocio, *i.e.*, en términos generales, el *joint venture* es una forma de negocio efectuada a través de un contrato, el cual puede generar una persona jurídica o permanecer como instrumento contractual; no obstante, discutiremos sus modos de realización en líneas ulteriores.

3. Contratos asociativos de la LGS

Se ha indicado en el Capítulo I del presente trabajo que el *joint venture* es considerado por algunos autores²⁵ como una figura no regulada o atípica en nuestro ordenamiento jurídico; mas otros autores²⁶, en cambio, consideran que se encuentra presente por su mención en distintas normas jurídicas²⁷, por ejemplo, el autor Hernández Gazzo (1995, 265-266) señala distintas normas que existen en el sistema jurídico peruano y que (i) no mencionan el término *joint venture* pero que aluden a él, sin definirlo; (ii) no mencionan el término *joint venture* pero que aluden a él, definiéndolo igual que la asociación en participación; (iii) solo mencionan la figura del *joint venture* pero sin definirla y (iv) mencionan la figura *joint venture* y la definen. Y otros autores, inclusive, lo consideran presente por cómo está redactado el Libro Quinto de la Ley General de Sociedades, referido a los contratos asociativos, específicamente, en lo que respecta al contrato de consorcio.

Ahora, no obstante, autores como Francisco Moreyra García-Sayán²⁸ refieren que la legislación contenida en la Ley No. 26887 (LGS) se ha abstenido de utilizar el término *joint venture* y, en cambio, ha empleado el término *contrato asociativo*. Así, para dicho autor el contrato de asociación en participación (previsto en el artículo 440 de la LGS)²⁹ también sería de carácter equivalente al contrato de *joint venture*.

Al respecto, compartimos su apreciación, sobre todo por los casos que expondremos en el Capítulo IV (*Meinhard y Ross River*), donde las cortes de Estados Unidos e Inglaterra califican como *joint venture* a un contrato donde básicamente solo una de las partes "da la cara"³⁰ en la operación y manejo del negocio, razón por la cual, las Cortes refieren que han de recaer sobre ella deberes de orden fiduciario.

²⁵ Ver *supra* 9.

²⁶ Ver *supra* 10.

²⁷ Ver *supra* 11.

²⁸ Ver *supra* 10.

²⁹ "Artículo 440.- Contrato de asociación en participación

Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución".

³⁰ Ver Hernández Gazzo (1997), pp. 263-265 ("*Las diferencias más saltantes, entre una figura y otra, serían: i. el asociante es el único que 'da la cara' a terceros en la asociación en participación, mientras los asociados no establecen relación jurídica alguna con los mismos; por el contrario, es típico en el joint venture que todos sus contratantes 'den la cara' del negocio frente a terceros, estableciendo relaciones con ellos; y, ii. el manejo del negocio en una asociación en participación lo tiene el asociante, generalmente, de manera exclusiva; por otro lado, el negocio objeto del joint venture es controlado por todas las partes contratantes, es decir, todos tienen a su cargo la gestión del negocio. ...concluimos que la asociación en*

Sin perjuicio de ello, consideramos que existe una mayor similitud entre el contrato de joint venture y el contrato de consorcio, razón por la cual merece de un examen y pronunciamiento por nuestra parte.

Así, sobre el particular, el legislador peruano decidió incorporar al contrato de consorcio en el artículo 445 de la LGS, según el tenor literal siguiente:

"Artículo 445.- Contrato de Consorcio

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato".

Para un mejor entendimiento del contrato de consorcio en los términos de la LGS, debemos recordar que se encuentra ubicado dentro del libro denominado "Contratos Asociativos", lo cual lo define como un contrato *"que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro"*³¹.

Entonces, en primer lugar, el consorcio es un contrato asociativo, en el sentido que supone la unión de al menos dos personas, para satisfacer un interés común a través de relaciones de participación e integración, sin generar una persona jurídica.

*participación y el joint venture son figuras mercantiles distintas y que pese a tener muchas similitudes no pierden su independencia"). Al respecto, debemos precisar que, como habíamos adelantado, el joint venture puede ser implementado de distintas maneras, siendo la asociación en participación y el contrato de consorcio dos modos dentro de un amplio abanico; así, por ejemplo, en el joint venture no necesariamente todos los *venturers* "dan la cara", en tanto que en la configuración interna del acto jurídico, se puede producir la designación de un directorio o de un representante para efectos de la relación con terceros.*

³¹ Ver Artículo 438 LGS.

Lo señalado en el párrafo anterior se encuentra muy relacionado a lo desarrollado por el autor peruano Aníbal Sierralta (1997). Este autor refiere que el contrato de *joint venture* no puede confundirse con el de consorcio, en tanto que los objetivos de éste último *"forman un conglomerado y podemos entenderlo como una asociación permanente de empresas cuyo objetivo principal es agrupar ofertas o demandas de productos y/o servicios. Eventualmente, su objetivo puede ser el de aumentar la capacidad técnica o financiera de sus miembros, sin que éstos pierdan su individualidad. Estas empresas pueden unirse en forma horizontal, cuando negocian los mismos productos o servicios, o en forma vertical, cuando ofrecen productos o servicios complementarios"*³².

Ciertamente, si nos quedamos con lo afirmado en el párrafo anterior como primera aproximación al contrato de consorcio, podríamos estar de acuerdo con lo expresado por el autor citado. Inclusive, en esta oportunidad, no nos atreveremos a cuestionar la noción de consorcio que ha construido sobre la base de su investigación³³, sino que desaprobaremos dicha noción solo para efectos de la legislación peruana, en tanto que, indudablemente, puede que existan disposiciones de países extranjeros que sean coherentes con el enunciado del autor en mención. Sin embargo, el autor pierde de vista los límites establecidos por la ley.

Así, en segundo lugar, la LGS refiere expresamente que el consorcio tendrá como objeto la realización de un determinado negocio, o lo que es lo mismo, una empresa particular o un proyecto específico. Efectivamente, la ley delimita los alcances del consorcio y en lugar de ser concebido como un instrumento de asociación permanente de colaboración empresarial, debe ser entendido como una herramienta por el cual los privados puedan regular estratégicamente sus intereses en relación a un proyecto o empresa en particular. En otras palabras, como se ha expresado en líneas previas, no existe la intención de continuar la relación una vez finalizado el proyecto que da origen a la misma (OCDE, 2011). Evidentemente, la implementación de esta herramienta contractual puede ser producida de distintas maneras y por distintos motivos, no obstante, dicho aspecto lo trataremos en las líneas ulteriores.

³² SIERRALTA (1997), pp. 91.

³³ Para mayor información respecto a las referencias doctrinales y legislativas que dan contenido a la postura del autor en mención: Ver SIERRALTA (1997), pp. 91-94.

Aunado a lo indicado hasta el momento en este acápite, tenemos que la LGS también refiere que el consorcio no significa la creación de una nueva entidad dotada de personalidad jurídica, por lo contrario, cada parte mantiene su autonomía, sin que ello signifique que no se genera una nueva capacidad de valor en los términos de Chuliá & Beltrán (1996). Lo cual sucede exactamente igual en el *joint venture* contractual y ha sido recogido por las definiciones citadas en el numeral 2 de esta sección.

Asimismo, la LGS refiere que cada parte se encargará de realizar las actividades concernientes o propias al consorcio, esto es, a su objeto y aquellas actividades a las que se hayan comprometido, lo cual, leído conjuntamente con la obligación de realizar contribuciones en dinero, bienes o servicios³⁴, nos recuerda las definiciones brindadas en el numeral 2 de esta sección, como por ejemplo, la consignada en el *Black's Law Dictionary*: "Cualquier asociación de personas para llevar a cabo una empresa particular que produzca utilidades, para lo cual ellos combinan bienes, dinero, efectos, experiencia y conocimientos (...)".

De esta manera, podemos afirmar que el legislador peruano ha configurado al consorcio con características equivalentes al *joint venture* contractual: (i) ambos son contratos asociativos y nominados, (ii) ambos regulan relaciones de participación o integración en un negocio que realizan en conjunto los socios, en interés común de todos ellos, (iii) no están sujetos a formalidad, (iv) no suponen la creación de una persona jurídica, (v) el plazo del contrato puede ser determinado o determinable o se puede deducir del objeto del negocio, (vi) sus cláusulas están libradas a la autonomía privada de las partes (ya sea en lo que respecta a la toma de decisiones, poderes y actividades de los socios, distribución de utilidades y asunción de pérdidas, destino y propiedad de los bienes asignados, responsabilidad frente a terceros, etc.).

Por consiguiente, las características dadas por el legislador peruano al contrato de consorcio son idénticas a las del contrato de *joint venture*, siendo evidente la

³⁴ "Artículo 439.- Contribuciones de dinero, bienes o servicios
Las partes están obligadas a efectuar, las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades.
La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables".

equivalencia entre uno y otro dispositivo contractual; razón por la cual concluimos que el *joint venture* sí se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, no solo en los términos referidos en las notas a pie de página número 10 y número 26, sino también y sobre todo en lo establecido en el Libro Quinto de la LGS y más específicamente a lo regulado en torno al contrato de consorcio³⁵.

Es más, no es una infidencia revelar que en la práctica legal de nuestro medio, cuando la elaboración de un contrato de *joint venture* es solicitada, se puede terminar por entregar un documento con denominación "contrato de consorcio", nuevamente, sin diferencias entre una y otra figura, solo quizás por la comodidad del lenguaje.

Sobre el particular, el autor J. M. de Caldas Lima, en su informe para la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO, 2008) refiere que al *contractual joint venture* también se le denomina consorcio (*consortia o consortium*). Siendo que lo que caracteriza a esta modalidad de *joint venture* es su implementación para proyectos de tiempo determinado o determinable, esto es, alianzas de corto a mediano plazo.³⁶

En consecuencia, debemos atender a la realidad o al fondo antes que a la forma³⁷, tanto a nivel contractual como a nivel legislativo, por lo que, cada vez que hallemos el vocablo *consorcio* o el término *joint venture* (o similares) debemos asimilarlos y tener presente la normativa comercial (LGS). Y si bien podría cuestionarse esta afirmación en el sentido de que el legislador no deseó igualar el contrato de consorcio al *joint venture*³⁸, dicha

³⁵ Ello sin perjuicio que el legislador pueda establecer características especiales para determinados sectores, como es el caso de la minería, donde a diferencia de lo regulado en la LGS (artículo 438), el contrato de *joint venture* o de riesgo compartido debe formalizarse por escritura pública e inscribirse en los registros públicos (artículo 204 *in fine*, TUO de la Ley General de Minería – Decreto Supremo N° 014-92-EM). Es más, por dichas características propias, autores como Martín Belaunde Moreyra (2011) refieren que la LGS no es aplicable ni siquiera supletoriamente al *joint venture*. No obstante, discrepamos que las normativas en mención difieran radicalmente como afirma el citado autor y, contrariamente a lo que éste señala, el artículo 162 del TUO de la Ley General de Minería no niega la posibilidad de aplicar la LGS para un mejor entendimiento del contrato minero, sino que establece una solución a una posible antinomia, donde prevalece la normativa especial (minera) a la general (comercial).

³⁶ Precisamente, el autor J. M. de Caldas Lima, en su informe *Patrones de Internalización para Empresas de Países en Desarrollo* y elaborado para la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), refiere que en países en vías de desarrollo, los *joint ventures* contractuales son denominados consorcios o *consortium* (Ver https://www.unido.org/fileadmin/user_media/Publications/documents/Patterns_of_internationalization_for_developing_country_enterprises_contents.pdf).

³⁷ Como establece el artículo 168 del Código Civil: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

³⁸ Ver *supra* 8.

argumentación, si bien útil en determinados casos, no se condice con la opinión de la doctrina nacional y extranjera que al referirse al consorcio, inevitablemente, tienen que referirse al *joint venture* y viceversa. En ese sentido, corresponde conocer los modos de implementación del *joint venture*.

4. Modos de implementación

De acuerdo al autor Sierralta Ríos (1997), (i) el *joint venture* puede dar vida a una empresa autónoma (*corporate joint venture*) o ser netamente contractual, con lo cual las partes acuerdan el desarrollo de una actividad en común (*contractual joint venture*); (ii) el *joint venture* no deberá superar una distribución del riesgo en 60-40%, puesto que, de lo contrario, el *joint venture* sería, en términos más rigurosos, un *venture capital* o un financiamiento; (iii) el *joint venture* puede ser gestionado de manera independiente, puede tener una gestión coindivisa, puede ser de cogestión o de gestión dominada; (iv) el *joint venture* puede darse entre empresas de un mismo nivel (*joint venture* horizontal) o de diferentes niveles de la cadena de producción (*joint venture* vertical); (v) por último, el *joint venture* podrá ser nacional o internacional, dependiendo de si se encuentran involucradas personas de un mismo país (nacional) o de distintas nacionalidades (internacional).

La posición del autor citado no es la única en lo que respecta a la distribución del riesgo, ya que, por otro lado, Mike Peng (2009) nos habla del *joint venture* mayoritario, *joint venture* equitativo y *joint venture* minoritario. Evidentemente, la existencia de uno u otro dependerá del grado de participación de los *venturers* o, en términos de negocios internacionales, del inversionista extranjero o empresa multinacional (MNE).

Sin embargo, la doctrina sí distingue entre *equity joint venture* y *contractual joint venture*. Así, conforme a Head (2012), un *equity joint venture* implica la creación de una entidad, la cual adopta una de las formas de empresa que se encuentra regulada en el país donde se desarrollarán las actividades (*host-country*); por su parte, un *contractual joint venture*, también denominado *non equity joint venture* involucra un proyecto, acuerdo o un conjunto de acuerdos de cooperación entre las partes.

El autor John W. Head (2012) también nos ofrece una clasificación, pero esta vez sobre las diferentes estructuras del *joint venture*, siendo que existe, primero, un modelo tradicional, según el cual, una multinacional pacta con una empresa local la organización de un negocio en común, siendo que dicho acuerdo contendrá el establecimiento o no de una compañía, las inversiones de las partes, la designación de los órganos de control, la opción de compra o la terminación del *joint venture*; segundo, también se emplea bajo un esquema de *hub and spoke*, esto es, una vez identificado un negocio, el cual puede ser la producción o servicio de marketing, se constituye un *joint venture* para este propósito, así, el *joint venture* ofrece y da dichos servicios a las partes contratantes; y, tercero, el *joint venture* puede ser empleado como una red de contratos, siendo que las partes proveerán de bienes y servicios al *joint venture* creado, negociándose la relación del *joint venture* con cada proveedor, mas cada parte también tendrá derecho a las ganancias del *joint venture* y serán responsables conjuntamente.

En consecuencia, es fácil apreciar por qué empezamos el anterior acápite aseverando que no era tarea sencilla definir al *joint venture*. Sin embargo, si acaso nos debemos aventurar a formular una definición, la misma solo resaltaría los caracteres generales y diferenciales de dicha figura, quedando en manos de las partes involucradas en el acto jurídico, autorregularse y dotar de contenido al mismo.

Así, el *joint venture* es una forma de negocio, el cual se origina a partir de un acuerdo o contrato entre dos o más partes, pudiendo contener la obligación de constituir una sociedad o permanecer como instrumento contractual. Dicho contrato implica el desarrollo de una actividad o proyecto determinado y es de carácter cooperativo, en tanto que las partes involucradas destinan recursos y comparten los riesgos y utilidades del negocio. En principio, es de carácter temporal, sin embargo, nada obsta que el negocio sea a plazo indeterminado. Del mismo modo, en principio, el control o manejo gerencial del negocio recae en las partes y sus responsabilidades son de carácter solidario. Por las características mencionadas, el *joint venture* es generalmente utilizado como modo de entrada a un mercado extranjero, la creación de una nueva marca, producto o empresa o para mejorar u optimizar los procesos de cada *venturer*.

§ III. Naturaleza Fiduciaria del Joint Venture

Entre las muchas características que se le atribuyen al *joint venture*³⁹, la doctrina nacional e internacional, en su mayoría, coincide en que guarda una naturaleza fiduciaria.

En palabras del autor Aníbal Sierralta, ello significa que existe una estrecha confianza entre los socios, quienes *"se deben la más alta lealtad y muchos actos o formas de conducta posibles en otra relación contractual están prohibidos para los sujetos vinculados a esta operación"* (Sierralta, 1997).

Por su parte, el autor Le Pera también advierte que debido a la naturaleza fiduciaria del *joint venture* existen entre los socios conductas que no pueden realizar:

"Los Joint Adventures, al igual que los partners, se deben el uno al otro, mientras la empresa continúa, ese 'deber' se convierte en la más delicada lealtad. Muchas formas de conducta permisibles en el mundo cotidiano para aquellos que actúan sin ninguna especial vinculación entre sí están prohibidas para aquellos atados por lazos fiduciarios. No solamente honestidad, sino también el puntillo del honor más delicado es aquí una pauta de conducta" (Le Pera, 1998).

No obstante, pese a dicha concurrencia de opiniones similares, en la mayoría de obras que hemos tenido la oportunidad de leer para esta tesis, al menos en aquellas de habla hispana no existe un desarrollo extenso al respecto⁴⁰, menos aún en lo que respecta a

³⁹ En la doctrina nacional, según Sierralta Ríos (1997), los elementos constitutivos del *joint venture* son: naturaleza contractual, objeto específico, plazo, gestión mutua, control conjunto, distribución de resultados, *intuitu personae*, naturaleza fiduciaria, responsabilidad ilimitada; por su parte, Conde Granados (2014) señala como características estructurales: contrato con prestaciones plurilaterales autónomas, ejecución continuada y periódica (tracto sucesivo) o de temporalidad, contribuciones y comunidad de intereses (*community of interest*), recíproca facultad para representar y obligar al otro (*mutual agency*), onerosidad de la prestación, control conjunto de la empresa, carácter consensual, contrato atípico e innominado, naturaleza fiduciario o lealtad entre las partes, carácter *ad hoc* u objeto específico, concurrencia en las utilidades y pérdidas en general, conmutativo, fin lucrativo, no es sujeto de derecho, riesgo común, contrato de colaboración empresarial; y como características funcionales: colaboración horizontal y colaboración vertical.

⁴⁰ La doctrina extranjera (especialmente la norteamericana) ha dirigido sus esfuerzos a definir las características de las relaciones y deberes fiduciarios, siendo su aplicación en contratos o relaciones de *joint venture* solo un ámbito en el cual se aplican dichos conceptos jurídicos. Parte de ese desarrollo es mencionado en este trabajo. No obstante, en lo que respecta a autores de habla hispana, la peculiaridad fiduciaria del *joint venture* es solo una mención, Ver Benítez Caorsi, Juan J. (2013), quien refiere que *"...la naturaleza fiduciaria es un elemento caracterizante del joint venture. (...) En sustancia, este método de cooperación entre empresas independientes, tiene como nota distintiva la exigencia de la más estricta"*

obras nacionales⁴¹, lo cual consideramos un error, dado que implica la importación de nociones jurídicas que nacen del sistema anglosajón, específicamente, de la jurisprudencia norteamericana (ver *supra* 13) y que por la negociación, celebración y ejecución de contratos de *joint venture* o consorcio⁴² se aplicarían dichos conceptos a nuestra realidad o práctica jurídica.

Así, aun cuando ambos autores citados hablan de una naturaleza fiduciaria, no explican lo que significa una relación de dicho carácter, del mismo modo, pese a que de ésta relación se desprende un deber de lealtad, no definen los alcances del mismo y tampoco mencionan los actos que estarían prohibidos de cometer los *venturers* en razón de este deber.

Al respecto, el autor Aníbal Sierralta precisa que en la idiosincrasia jurídica latinoamericana se presta mayor atención a las normas positivizadas antes que a la verificación de quebrantamientos a la lealtad de una de las partes:

"Las relaciones fiduciarias en el sistema anglosajón aun cuando son similares a lo que en el Derecho Latinoamericano se conoce como los principios de la verdad sabida y la buena fe; pero, el acento y el grado de obligatoriedad con que se imponen y defienden en los tribunales es bastante diferente ya que es mucho más marcado en los Estados Unidos de América que en América Latina, donde se le da mayor importancia al derecho aplicable al caso en concreto que a la determinación de si hubo mala fe, abuso de confianza o falta de fidelidad de una

lealtad entre los copartícipes del contrato en ejecución, lealtad propia de los empresarios de alto nivel moral y que obran bien siempre, no dejarlo de hacerlo en caso alguno", p. 221.

⁴¹ En lo que respecta a la naturaleza jurídica del *joint venture*, todos los autores nacionales consultados coinciden en resaltar el rasgo fiduciario de dicha figura, sin embargo no dan mayores alcances sobre el particular. Ver Montoya Alberti (2004) quien repasando las principales características del *joint venture* refiere lo siguiente: "7.17 Relación fiduciaria. Por el hecho de asociarse los *ventures* establecen un deber de lealtad. Este deber de lealtad se circunscribe al proyecto específico durante el tiempo que dure este. Aunque tiene libertad para competir en otro rubro o negocio para los cuales no se han vinculado, nada impide que si dos empresas constructoras se vinculan para construir una autopista, puedan competir en licitaciones" [sic], p. 38; Conde Granados (2014) quien además de citar a Le Pera refiere que "El *Joint Venture*, es de naturaleza fiduciario porque se constituye entre los *ventures* o *coventures* dos hechos muy marcados y que son el de mutua confianza y el de estricta lealtad. Cabe indicar que tanto la confianza como la lealtad nace desde el primer momento en que los futuros *ventures* deciden juntarse para llevar adelante la tarea en común, esto es intercambiando voluntades, esfuerzos, recursos de todo tipo, etc., descansando todo esto no sólo en el ánimo de lucro, sino también en las buenas intenciones es decir, en las 'relaciones de buena fe'" [sic], p61.

⁴² En adelante, cuando nos refiramos al contrato de *joint venture* también nos estaremos refiriendo al contrato de consorcio, bajo la premisa desarrollada en la sección II.3 anterior.

de las partes" (Sierralta, 1997).

Sin embargo, como explica Lorenzetti (2000), *"el contrato ha 'ensanchado' su contenido, ya que son pocos los vínculos en los que se estudian solamente las obligaciones nucleares, proliferando los deberes secundarios de conducta, obligaciones accesorias, precontractuales, poscontractuales, garantías y cargas. De hecho, la mayoría de los conflictos se basan en estos nuevos deberes, que si bien muestran una 'accesoriedad típica', presentan una 'sustancialidad práctica'"*⁴³.

En las siguientes líneas de este acápite, desde la doctrina y jurisprudencia internacional abordaremos lo que significa una relación fiduciaria (letra A), cuáles son los deberes que surgen de ella (letra B) y una breve comparación con los deberes de protección en el Derecho Civil continental y la buena fe (letra C). De esta manera, como se puede advertir, la premisa de la cual se parte es que en la configuración de la relación fiduciaria nacen deberes adicionales a los fijados contractualmente.

A. Relación Fiduciaria

Lo señalado en el anterior párrafo respecto a este punto es una tarea difícil. De acuerdo a la doctrina internacional, la rama del Derecho que versa, trata o estudia las relaciones fiduciarias – *Fiduciary Law* – es confusa y desordenada⁴⁴. No obstante, exploraremos la tipología bipartita de la relación fiduciaria, sus elementos y ensayaremos una definición de la figura.

1. Tipología

Para empezar, se puede calificar de relación fiduciaria tanto a aquella que (de modo

⁴³ Ver Lorenzetti (2000), el autor explica que *"a pesar de que en la descripción del tipo legal estos deberes ocupan un lugar subalterno, en la realidad práctica son esenciales. - La lectura de las sentencias judiciales es una buena muestra de ello; prácticamente no existen fallos en los que no se haga una referencia a la buena fe, los deberes de información, seguridad, protección, al orden público"*, p. 27.

⁴⁴ Para otros autores, el concepto "fiduciario" es uno de carácter esquivo: Ver Smith, G. (2002), p. 37, quien sobre el particular cita a Peter J. Hammer (*El término fiduciario es un concepto resbaladizo*), y también a Andrew D. Shaffer (*"Pese a su larga historia, los exactos contornos del concepto se han mantenido elusivos"*). (Traducción libre)

formal) nace explícitamente de un contrato como a aquella que (de carácter informal) se entiende que existe por los hechos del caso y las características propias de la relación.⁴⁵

En otras palabras, la tipología de una relación fiduciaria puede ser formal (o vía contractual) o informal (determinada por los hechos del caso).

Entendemos que cuando la doctrina se refiere a que el origen de la relación fiduciaria o de los deberes fiduciarios es de índole contractual, se pueden producir dos corolarios: (i) las partes han declarado o especificado en el contenido del contrato que el mismo se rige por deberes fiduciarios; y (ii) el contrato es por naturaleza de carácter fiduciario.⁴⁶

Por otro lado, a falta de contrato o existiendo uno que no calza en los supuestos descritos en el párrafo anterior, corresponde volcarse sobre los elementos que dotan de contenido a la relación para determinar si es acaso una relación fiduciaria. En ese orden de ideas, existirá una relación fiduciaria (informal) cuando concurren dos elementos: (i) la confianza⁴⁷ puesta en una persona por otra⁴⁸; y (ii) la resultante dominación⁴⁹, superioridad⁵⁰ o influencia indebida⁵¹ de aquélla sobre ésta (Smith, 2002).⁵²

⁴⁵ Ver *Daniels v. Army Nat. Bank*, 249 Kan. 654, 655, 822 P.2d 39 (1991) ("*Hay dos tipos de relaciones fiduciarias, aquellas creadas por contrato y aquellas implícitas en la ley a partir de los hechos y la relación entre las partes*") (Traducción libre).

⁴⁶ Esto significa que el ordenamiento jurídico ha tomado una decisión en ese sentido, como refieren Butler & Ribstein (1990)

⁴⁷ Para ser precisos, el autor Gordon Smith (2002) utiliza los términos *trust* y *confidence*, p. 6, ("*'trust' or 'confidence' reposed by one person in another*"), sin embargo, desde un prisma jurídico, los términos tienen connotaciones distintas. Ver Mallor et al. (2013), p. 742 ("*A trust is a legal relationship in which a person who has legal title to property has the duty to hold it for the use or benefit of another person*"); en cambio, *confidence* sería un significante equivalente al término confianza, acorde con las normas sociales de convivencia. Entendemos, no obstante, que el autor no se refiere específicamente a la relación conocida como *trust* sino a la noción de confianza en términos generales.

⁴⁸ La confianza es quizás el componente central de la relación fiduciaria, apareciendo en numerosas resoluciones judiciales sobre el particular. Ver *Swenson v. Bender*, 764 N.W.2d 596, 601 (Minn. Ct. App. 2009) ("*Fiduciary relationships arise when one person trusts and confides in another who has superior knowledge and authority.*"); *Freifield*, 64 A.D.3d at 739, 883 N.Y.S.2d at 308 ("*A fiduciary relationship may exist when one party reposes confidence in another and reasonably relies on the other's superior expertise or knowledge...*"); *Dalton v. Camp*, 353 N.C. 647, 651, 548 S.E.2d 704, 708 (2001) ("*A fiduciary duty is one in which there has been a special confidence reposed in one who in equity and good conscience is bound to act in good faith and with due regard to the interests of the one reposing confidence...*").

⁴⁹ Al respecto, Smith cita el caso *Union State Bank v. Woell*, 434 N.W.2d 712, 721 (N.D. 1989) ("*party reposing the confidence must be in a position of inequality, dependence, weakness, or lack of knowledge*"); y *Lowrance v. Patton*, 710 P.2d 108, 111 (Okla. 1985), donde se indica que existe una relación fiduciaria donde hay confianza... ("*there is confidence reposed on one side and resulting domination and influence on the other*").

⁵⁰ Sobre este atributo, el autor considera que no es tan apropiado, en tanto que el hecho que una de las partes tenga una mayor habilidad o experiencia sobre una materia en comparación con su contraparte, no significa que se forme una relación fiduciaria; lo cual coincide con el criterio jurisprudencial del caso *Hi-Ho*

Sobre el particular, nos llama la atención el origen de la calificación de una relación determinada como una de orden fiduciario, toda vez que, en caso de no ser explícita en un documento o contrato⁵³, implicaría un análisis de las circunstancias dadas, lo cual, a su vez, nos lleva a interrogarnos, entre otras cosas, si por el solo hecho de que exista un contrato de joint venture se crea una relación fiduciaria; si acaso sería plausible alejarse de los deberes que en principio nacen de una relación de este tipo; o cuáles son los supuestos y alcances de los deberes que nacen de ella. No obstante, antes de absolver dichas preguntas, debemos determinar lo que se entiende por una relación fiduciaria.

2. Configuración

Sin perjuicio de los elementos señalados, en tanto que la conjunción de todas las piezas nos permite armar el rompecabezas de la relaciones fiduciarias y los deberes que nacen de ellas, su configuración transita por otros aspectos.

Ciertamente, para que exista una relación fiduciaria al menos una de las partes debió depositar su confianza en la otra, siendo que esta decisión o situación específica coloca al otorgante en una posición que permite a su contraparte poder afectar o influir discrecionalmente en su esfera jurídica patrimonial. En consecuencia, bajo ese escenario, corresponde a la parte con dicho poder ejercerlo de manera leal u honorable, esto es, sin tomar ventaja de las circunstancias en beneficio de sus propios intereses, sino por lo contrario, velar por los intereses de quien confió en él.

Tower, Inc. v. Com-Tronics, Inc., 761 A.2d 1268, 1280 (Conn. 2000) ("Superior skill and knowledge alone do not create a fiduciary duty among parties involved in a business transaction").

⁵¹ En relación a este aspecto, Smith cita el caso *Young v. Kaye*, 279 A.2d 759, 763 (Pa. 1971) en el cual se establece que una relación confidencial (fiduciaria) existe cuando una de las partes en la relación tiene poder y medios para tomar ventaja o ejercer influencia indebida sobre la otra ("exist[s] whenever the relative position[s] of the parties is such that one has power and means to take advantage of or exercise undue influence over the other").

⁵² Un criterio similar se aprecia en *Craggett v. Adell Ins. Agency*, 92 Ohio App. 3d 443, 451, 635 N.E.2d 1326, 1331 (Ct. App. 1993) ("A fiduciary relationship is one in which special confidence and trust is reposed in the integrity and fidelity of another and there is a resulting position of superiority or influence, acquired by virtue of this special trust").

⁵³ Ver *Barrett v. Freifeld*, 64 A.D.3d 736, 739, 883 N.Y.S.2d 305, 308 (App. Div. 2009) ("La creación de un deber fiduciario no depende de la existencia previa de un acuerdo o contrato entre las partes, sino que resulta de la relación entre el fiduciario y el beneficiario"). (Traducción libre)

Así, desde la perspectiva unificadora de G. Smith, una relación se torna fiduciaria o se configura como una, cuando una parte (el fiduciario) (i) actúa en nombre o representación de otra parte⁵⁴ (el beneficiario) mientras (ii) ejerce discrecionalidad⁵⁵ (iii) con respecto a un recurso crítico⁵⁶ perteneciente al beneficiario⁵⁷ (Smith, 2002).

Otro autor, más radical, considera que solo existe una relación fiduciaria allí donde una de las partes haya otorgado un poder abierto y amplio a la otra, con lo cual, una relación fiduciaria es necesariamente uno de agencia en el sentido económico del término, dado que está caracterizado por la separación de propiedad y control; no obstante, no toda relación de agencia origina una relación fiduciaria (Ribstein, 2005).

Precisamente, coincidimos con la opinión del autor G. Smith, en tanto que la relación de fiducia ha de configurarse a partir de la conjunción de elementos de carácter especial, esto es, que identifiquen a la relación como una a la cual hay que prestar mayor atención y dotarla de mayor relevancia, en tanto que involucra el manejo discrecional por una de las partes de un recurso crítico perteneciente a la otra o al beneficiario.

3. Definición

⁵⁴ Ver Ribstein (2005), p. 15 (*"One who represents another in transactions with third parties certainly satisfies the requirement... The drafters of the Restatement (Second) of Agency often used the phrase 'primarily for the benefit of' as a synonym for 'on behalf of'"*). Así, quien actúa en nombre de otro lo hace para beneficio de éste y no en beneficio propio del representante.

⁵⁵ Ver Ribstein (2005), pp. 18-19; por "discreción" o "discrecionalidad", el autor se refiere al control sobre el recurso antes que al mero acceso a éste, debiendo destacarse que el fiduciario ejerce esta discreción sobre un recurso de propiedad del beneficiario, a diferencia de otro tipo de relación en la cual la discrecionalidad versa con respecto a la ejecución del contrato. Pero, sobre todo, la facultad discrecional implica el poder de usar o trabajar con el recurso crítico de una manera que exponga al daño al beneficiario de un modo que no pueda evadir a través de esfuerzos personales.

⁵⁶ Ver Ribstein (2005), pp. 15-18; extraemos como idea que los términos "bien" o "propiedad" son limitados, debiendo emplearse el término "recurso", con lo cual se incluyen aspectos como, por ejemplo, la información confidencial que la fiduciaria recabe y maneje del beneficiario (*"The most important category of potential 'critical resources' for purposes of fiduciary duty analysis is confidential information"*); no obstante, ello no significa que el "propietario" de la información no guarde mínimos derechos de control residual sobre el recurso (*"The 'owner' of critical resources need not have legally enforceable rights in the same way that an owner of property has such rights, but she must have residual control rights that, at a minimum, provide practical control over the resources. For example, a lawyer's client may not have property rights in the confidential information conveyed to the lawyer, but the client nevertheless controls the initial disclosure of that information"*).

⁵⁷ Ver Ribstein (2005), p. 17 (*"Whether the existence of a particular thing justifies the imposition of fiduciary duties, therefore, depends on whether that thing provides the fiduciary with the occasion to act opportunistically. And whether that thing provides the fiduciary with the occasion to act opportunistically will depend in large part on whether society has made a normative decision that the thing belongs to the beneficiary"*).

A partir de las fuentes consultadas, podemos ensayar una definición y aseverar que una relación fiduciaria es aquella basada en la lealtad o confianza que una de las partes le debe a la otra por actuar en su nombre o representación, lo cual se traduce en resguardar a la contraparte de riesgos o perjuicios procedentes de la actuación del fiduciario, y sobre todo en que éste no anteponga sus propios intereses a los de su contraparte de modo que le acarree un perjuicio, sino que debe dirigir sus esfuerzos al beneficio de los intereses de éste último. Así, el *deber de lealtad* es el deber fiduciario por antonomasia en una relación fiduciaria, siendo la raíz de todos aquellos otros deberes que se imponen al fiduciario.

Ello no obsta a que, debido a la evidente cercanía que existe entre las partes, las cortes americanas observen un cúmulo de deberes que rodean el deber de lealtad; habiendo señalado en distintas resoluciones, por ejemplo, que la relación fiduciaria es equiparable a una de carácter confidencial⁵⁸, teniendo como atributos la intimidad, la revelación de información o la confianza en el poder.⁵⁹

B. Deberes Fiduciarios

Los deberes fiduciarios son las obligaciones que surgen del escenario descrito en la sección anterior (letra A). Su finalidad es, entonces, evitar que la parte que se sitúa en una posición privilegiada frente a su contraparte realice actos que perjudiquen a ésta y favorezcan los intereses de aquélla.

Los autores al desarrollar los alcances del término "deber fiduciario" lo han caracterizado como un deber de *unselfishness* o de desprendimiento (Ribstein, 2005), o como una obligación del fiduciario de comportarse como si hubiese adoptado una actitud o función que coloca al beneficiario por delante de aquél o en un lugar

⁵⁸ Aunque ciertos autores comentan que son nociones jurídicas distintas, se superponen (Frankel, 1983); y otros consideran a las relaciones confidenciales una forma y una extensión de las relaciones fiduciarias (Madoff, 1997).

⁵⁹ Ver *Standard Chartered PLC v. Price Waterhouse*, 190 Ariz. 6, 24, 945 P.2d 317, 335 (Ct. App. 1996) ("*fiduciary relationship is a confidential relationship whose attributes include great intimacy, disclosure of secrets, or intrusting of power*"; en esa misma línea, *Fipps v. Stidham*, 174 Okla. 473, 476, 50 P.2d 680, 683 (1935) ("*Relaciones fiduciarias y confidenciales son sinónimos bajo la ley, y existen cada vez que la confianza de una persona se reposa en la integridad y fidelidad de la otra*"); del mismo modo, *Rieger v. Rich*, 163 Cal. App. 2d 651, 664, 329 P.2d 770, 778 (Ct. App. 1958) ("*Relaciones confidenciales o fiduciarias... son sinónimos bajo la ley*"). (Traducción libre)

preferencial⁶⁰. En otros términos, los deberes fiduciarios se imponen como cargas u obligaciones para evitar el oportunismo.

Como habíamos adelantado, aunque el aspecto caracterizante de una relación fiduciaria es el deber de lealtad, la jurisprudencia y la doctrina han atribuido otros deberes (deber de cuidado y buena) fiduciarios a dicha relación, ya sea entendiéndoseles de manera independiente al deber de lealtad o como productos del mismo.

Sin embargo, antes de explorar dicho aspecto, consideramos pertinente ampliar respecto a la problemática que se menciona en el segundo párrafo de esta sección: el oportunismo; y, posteriormente, describir los alcances que la doctrina y la jurisprudencia le han dado al deber de lealtad y a los deberes fiduciarios en general.

1. Oportunismo

La Real Academia Española define *oportunismo* como "*actitud que consiste en aprovechar al máximo las circunstancias que se ofrecen y sacar de ellas el mayor beneficio posible*". Para Oliver Williamson (1985), *oportunismo* es el "*interés propio que se busca con astucia*" (otros autores traducen la oración y reemplazan el término astucia por dolo). Por su parte, George M. Cohen define al oportunismo como "*cualquier conducta contractual de una parte que contraria a las expectativas razonables de la otra parte sobre la base del acuerdo, las normas contractuales, o de la moral convencional*".

La actitud descrita se puede presentar en distintos medios, realidades o circunstancias, y el contexto empresarial no es la excepción.

Sobre esta problemática, el autor G. Smith⁶¹ nos resume perfectamente el derrotero de la teoría económica sobre las compañías o empresas, y resalta dos problemas que se producen como consecuencia de la interacción entre socios: el problema de atasco (o *holdup problem*) y el oportunismo al interior de la empresa (o *intrafirm opportunism*).

⁶⁰ Ver Blair & Stout (2001) ("*obligation to behave as if [the fiduciary] has adopted an other-regarding preference function*").

⁶¹ Ver Smith (2002), pp. 12-14.

Así, en primer lugar, Smith refiere que Ronald H. Coase en *Nature of the Firm* (1937) sugiere que las organizaciones (o más específicamente, las empresas) existen por su habilidad para economizar costos de transacción.

A partir de allí, Oliver Williamson en *The Economics Institutions of Capitalism* (1985) afirma que las compañías se crean con la finalidad de eliminar el problema de atasco (*holdup problem*) que se produce como consecuencia de contratos incompletos que fallan en proteger el valor de los activos de una relación específica, lo cual deja a los propietarios de dichos activos abiertos o vulnerables al oportunismo de su contraparte, en tanto que ésta puede amenazar con terminar la relación contractual salvo que se realicen nuevas concesiones a su favor. Así, a través de la integración se resolvería el problema mencionado, el cual es ocasionado dentro de una relación contractual independiente.

Al respecto, Smith pone como ejemplo el caso de un negocio de pastelería en el cual una de las partes ("A") era la parte con experiencia en preparar *cheesecakes*, siendo reconocida por su exquisita receta; estando a decisión de la otra parte ("B") la adquisición de un equipo de horneado especial para *cheesecakes* o uno más general que pueda ser empleado en otros usos. De elegir el primer equipo, estaríamos ante un potencial problema de atasco: B estaría abierto a ser "atascado" por A, en tanto que dependería de A para desarrollar el negocio. Dado que elegir el segundo equipo sería ineficiente, la solución para que B pueda evitar el problema señalado es adquirir tanto el equipo de repostería como la receta. Sin embargo, aquí surge un nuevo problema, en tanto que A podría recordar la receta y venderla a la competencia, lo cual es evidencia del problema intrafirma que exponen Sanford Grossman, Oliver Hart y John Moore. Sobre el particular, la respuesta a este problema radicaría en los derechos de propiedad, entendidos como derechos de exclusión (Grossman & Hart) y acceso (Rajan & Zingales): por un lado, el propietario de un activo posee el derecho de excluir a otros del uso de dicho activo y, por otro lado, tiene el poder para otorgar acceso, lo cual se traduce en la capacidad de usar o trabajar con un recurso crítico.

2. Deber de lealtad y deberes fiduciarios

En el caso *Emerald Partners v. Berlin*⁶², la Corte Suprema de Delaware (EE.UU.) reiteró aquello que había señalado respecto de los deberes fiduciarios que guarda un director dentro de una compañía en el caso *Malone v. Brincat*⁶³, esto es, que existe una tríada de deberes fiduciarios primarios que recaen sobre dicho cargo: i) debido cuidado, ii) lealtad, y iii) buena fe.

Este es un buen punto de partida para el presente acápite, sin perjuicio de mencionar otros deberes que son calificados como fiduciarios o vinculados a una relación fiduciaria, como son el deber de revelación de información, el deber de reserva ante conflicto de intereses, el deber de confidencialidad, el deber de no competencia, el deber de honestidad, entre otros.

Así, en lo que respecta al deber de cuidado, éste vendría a definirse como el deber de comportarse con diligencia o como el deber de comportarse como una "*persona razonable de ordinaria prudencia se comportaría bajo las mismas o similares circunstancias*" (Mallor et al., 2013).

No obstante, si bien algunos autores sugieren que en una relación fiduciaria el fiduciario está obligado a guardar un deber de cuidado (o deber de diligencia), lo cual no deja de ser cierto; también lo es que este deber está presente en otras relaciones jurídicas y no es propio de uno de carácter fiduciario.

Diferente situación se presenta cuando abordamos el deber de lealtad, el cual en este documento hemos reconocido como el deber fiduciario por antonomasia a partir de pronunciamientos jurisprudenciales⁶⁴ y doctrinarios, empero no está de más agregar la legislación nacional⁶⁵ e internacional⁶⁶.

⁶² Ver *Emerald Partners v. Berlin*, 787 A.2d 85 (Del. 2001).

⁶³ Ver *Malone v. Brincat*, 722 A. 2d 5 - Del: Supreme Court 1998.

⁶⁴ Las cortes americanas inclusive relacionan y reservan el término "lealtad" a la comisión de acciones egoístas; por lo que, si el fiduciario que no está motivado por intereses propios realiza actos que benefician a un tercero a expensas del beneficiario estaría actuando negligentemente, por lo que estaría quebrando su deber de cuidado y no el deber de lealtad (Smith, 2002).

⁶⁵ Ver Artículo 171 LGS ("*Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal*").

⁶⁶ Por dar un ejemplo, en el RUPA (Revisited Uniform Partnership Act) (EE.UU.), se establecen restricciones respecto al deber de lealtad, prohibiciones respecto a reducciones irrazonables en torno al deber de cuidado, entre otros. Ver RUPA 103(b)(2)-(4).

Sobre el particular, en un artículo reciente el autor Cándido Paz-Ares (2015) explora el contenido del deber de lealtad, tomando como premisa que conocer los alcances de este deber es de suma importancia, en tanto que en un sistema de gobierno corporativo no se necesita tanto de regulaciones de estructura, sino de normas de conducta.⁶⁷

Así, para Paz-Ares el deber de lealtad comprende o actúa por medio de obligaciones afirmativas y prohibiciones: (i) prohibición de desviación de poder, (ii) obligación de confidencialidad, (iii) obligación de abstenerse de participar en decisiones en las que tenga un interés propio, (iv) obligación de independencia y (v) la obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de intereses.

Naturalmente, lo mencionado en el anterior párrafo debe ser tomado como guía, dado que hay que tener en consideración que el análisis realizado por Paz-Ares se efectúa desde la perspectiva del administrador o representante dentro de una sociedad (el cual también guarda un deber de lealtad).

Sin perjuicio de ello, el listado de prohibiciones que Paz-Ares recoge de la ley española se aplican tranquilamente para la presente materia de estudio; así, a partir de la última obligación mencionada ("obligación de evitar ponerse en una situación de conflicto de intereses"), la cual considera crucial⁶⁸, surgen las siguientes prohibiciones: (i) prohibición de realizar operaciones vinculadas, (ii) la prohibición de prevalerse del cargo en beneficio propio, (iii) la prohibición de utilizar activos sociales con fines privados, (iv) la prohibición de explotar oportunidades de negocio de la sociedad, (v) la prohibición de competencia⁶⁹ y (vi) la prohibición de remuneraciones externas.⁷⁰ Nuevamente, la perspectiva que se ofrece es desde el representante de una sociedad.

Sobre la base de lo desarrollado, consideramos que el deber de lealtad es el deber del fiduciario de obrar o comportarse de manera transparente, reservada y considerada, evitando actuar en interés propio y en detrimento de los derechos o expectativas

⁶⁷ Ver Paz-Ares (2015), p. 47, ("...en él [deber de lealtad] se sitúa el corazón de un derecho de sociedades reflexivo o de fondo, el motor que en última instancia permite asegurar 'la permanente evolución del derecho de sociedades'").

⁶⁸ La misma apreciación tiene el autor Alberto Díaz Moreno en *Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)*, Análisis GA&P, diciembre 2014.

⁶⁹ Ciertamente este aspecto es compartido por joint ventures y partnerships.

⁷⁰ Un listado similar lo realiza el autor José Antonio Payet en *Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías*, Themis, No. 46, Lima, pp. 88-89.

razonables basadas en la confianza que el beneficiario ha creado.

En resumidas cuentas, los deberes fiduciarios son la contrapartida o la otra cara de la moneda de un derecho discrecional que nace de la confianza depositada por una o ambas partes en una determinada relación jurídica; así, la finalidad de dichos deberes sería el impedimento o eliminación del oportunismo, en los términos expresados en las primeras líneas del numeral anterior.

Valga indicarse que sabemos que al ir ensayando definiciones podemos perder de vista algunas características que enriquecen los conceptos jurídicos hasta aquí mencionados, más aún si hemos advertido que cada una de tales figuras son parte de un debate extenso, desordenado e inagotable; sin embargo, consideramos que nuestras definiciones recogen los aspectos principales de dichas nociones.

C. Buena Fe y Deberes de Protección

El tercer deber fiduciario, según las sentencias de la Corte Suprema de Delaware antes citadas, es la buena fe.

Hablar de buena fe y de deber fiduciario parece, entonces, redundante, o de una conexión género-especie, sin embargo, si bien esto es así, debemos recordar que los deberes fiduciarios nacen ante determinados supuestos (véase Literales A y B de esta sección III) y, en cambio, la buena fe es un principio del Derecho.

No obstante, las similitudes son ineludibles. Es copiosa la cantidad de opiniones que consideran a la buena fe y al deber fiduciario (lealtad) como *gap-fillers* o como figuras que ayudan a cubrir vacíos dentro de una relación contractual, partiendo de la premisa elemental que ningún contrato es completo y que, inclusive, las partes pueden dejar de lado del contenido del documento contractual aquello que consideran obvio (Smith, 2002). En otras palabras, el resultado de una interpretación al amparo de la buena fe es la inclusión de términos implícitos (*implied terms*) en el contrato (Súmar & Velarde, 2015). Del mismo modo, consiguientemente, ni las reglas de buena fe ni los deberes fiduciarios pueden ser excluidos o limitados hasta un límite razonable (Pargendler,

2008; RUPA), esto es, que no comprometa la dinámica contractual, el funcionamiento del contrato y la obtención del resultado económico (Uda, 2004).

Asimismo, podemos encontrar definiciones donde ambas palabras confluyen: en las que se indica que actuar de modo leal es proceder de buena fe⁷¹ y también en las que se expresa que la buena fe propugna una conducta leal⁷² o está definida por los principios de lealtad y honestidad en toda la mutación contractual (Patti, 2013).

De igual manera, tanto la buena fe como la lealtad limitan la discrecionalidad y buscan impedir actos oportunistas o la generación de un daño a la parte opuesta a quien debe guardar dichos deberes, lo cual supone, además, actuar razonablemente de acuerdo a ciertas expectativas o con la finalidad de satisfacer las mismas⁷³.

Ciertamente, las similitudes saltan a la vista, en tanto que, al igual que el deber de lealtad, el deber contractual de buena fe reside en la confianza, la cual es finalmente la base sobre la cual se construye cualquier sistema u organización. Para explicar la buena fe se han usado fórmulas positivas y negativas. Por ejemplo, Fernando De Trazegnies (2009) refiere que actuar de buena fe supone mantener un comportamiento coherente y no contradictorio. Por otro lado, Summers (1982) es un escéptico de la buena fe y su aproximación es desde la mala fe, esto es, a partir de la afirmación que actuar de buena fe es actuar sin incurrir en alguna categoría de mala fe.⁷⁴

Sin perjuicio de lo señalado, distintos autores establecen diferencias entre el deber fiduciario (lealtad) y el deber de buena fe. Por un lado, como habíamos adelantado, se afirma que los deberes fiduciarios se configuran a partir de la estructura de la relación,

⁷¹ Ver Morales Hervias (2013), p. 66 (*"El concepto de lealtad es una variante del principio de buena fe"*).

⁷² Ver Súmar & Velarde (2015), p. 145, (*"La 'buena fe' es un concepto muy difícil de definir. Diremos que, aplicado como principio, tiene una clara unión con la moral, propugnando una conducta leal y muchas veces hasta solidaria entre los contratantes"*).

⁷³ Ver Smith (2002), p. 33, (*"Ciertamente las cortes usan el deber de buena fe para hacer cumplir razonables o justificables expectativas de las partes contratantes"*) (Traducción libre); aunque la aplicación del deber de buena fe por parte de los jueces puede ir más allá del acuerdo, Ver Gergen, Mark P., *A Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, 71 Ind. L.J. 45, 78 (1995); también Ver Van Alstine, Michael P., *Of Textualism, Party Autonomy, and Good Faith*, 40 Wm. & Mary L. Rev. 1223, 1253 (1999) (*"el deber de buena fe puede derivar no solo de los mismos acuerdos formales entre las partes, sino también de expectativas sociales de justicia y conducta razonable"*) (Traducción libre).

⁷⁴ Como sintetiza Smith (2002), p. 34, las categorías de mala fe, según Summers, son seis: (i) evasión del espíritu del acuerdo; (ii) falta de diligencia y desatención de las prestaciones; (iii) ejecución deliberada de solo prestaciones esenciales; (iv) abuso del poder para especificar términos del contrato; (v) abuso del poder para determinar conformidad con la prestación ejecutada; y, (vi) interferir (o no cooperar) en el desempeño o ejecución de obligaciones de la otra parte. (Traducción libre)

en cambio el deber de buena fe emana del contrato (Smith, 2002); o se entiende que el deber de buena fe centra su atención en los preceptos de una relación contractual con la finalidad de evitar que una de las partes emplee de modo oportunista la ambigüedad del lenguaje en detrimento de las legítimas expectativas contractuales de su contraparte (Mitchell, 1996). Por otro lado, en cuanto a la limitación del elemento discrecional, la diferencia entre una y otra relación radica en que mientras los contratantes ejecutan discrecionalmente las prestaciones a su cargo, el fiduciario ejerce discreción respecto a un recurso crítico (Smith, 2002). En líneas generales, la mayoría de autores coinciden en que el deber fiduciario es más estricto, firme o riguroso que el de buena fe; como refiere Pargendler (2008), en tanto que la buena fe aplica para un amplio rango de relaciones contractuales, en las relaciones fiduciarias, los deberes fiduciarios son valores anchos que las partes hubieran acordado desde un plano hipotético a la luz de un alto grado de generalidad, en cambio, la buena fe apunta a llenar los vacíos de un acuerdo desde un plano más específico⁷⁵.

Sobre el particular, coincidimos con las opiniones de Pargendler (2008) y Smith (2002), en el sentido que la diferencia principal entre el deber de lealtad y la buena fe radica en el mayor grado de rigurosidad que existe en el deber de lealtad respecto a la protección y beneficio de la parte que ha depositado su confianza en la otra, toda vez que aquella ha otorgado a ésta la facultad de manejar a discrecionalidad un recurso de carácter crítico para sus intereses. No obstante, ello no significa que la buena fe sea de menor importancia, en tanto que, como se colige de lo expuesto en esta sección, la buena fe colabora en la definición de los otros dos deberes fiduciarios aquí mencionados (deber de cuidado y deber de lealtad).

Precisamente, conforme a Castronovo (2011), la buena fe es también fuente de los denominados *deberes de protección*⁷⁶; que para efectos de este trabajo tiene especial

⁷⁵ Ver Pargendler (2008), p. 1353 ("*Fiduciary duties are untailored defaults that strike the hypothetical bargain to decide what most parties would have wanted at a higher level of generality-that of a fiduciary category. Good faith aims to fill the gaps based on what the parties would have wanted for the specific deal before the court*").

⁷⁶ Ver Morales Hervías (2013), p. 58 ("*...una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana, considerada como núcleo de la obligación. La prestación secundaria depende de la prestación principal. Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas o en su patrimonio, y protegen a los terceros, que con la obligación, tengan un especial contacto. Estos deberes accesorios son denominados deberes de protección o deberes funcionales*").

relevancia lo señalado por una doctrina nacional respecto al deber de diligencia:

"Pero, además, pocos han reparado en que, al referirse el artículo 1314 al deber accesorio de diligencia, brinda fundamento legal al acogimiento contractual integral de los deberes de protección, los cuales, a saber, pueden ser de dos clases:

a) Los que coadyuvan a la realización del deber central (a la realización del deber primario de prestación), contribuyendo en mayor o menor medida a precisar la forma particular de ejecución de la prestación debida en función del tipo de utilidad comprometida en el deber de prestación.

Aquí, los deberes de protección están destinados, pese a todo, a tutelar el interés de prestación (Ej.: en el transporte, trasladar a los pasajeros a destino, sanos y salvos; en las prestaciones médico- quirúrgicas, vigilar el desenvolvimiento de la propia conducta de manera tal que se le procure al paciente la utilidad inmaterial de mejorar su posición de salvamento, etcétera).

En esta hipótesis, al vincularse necesariamente el deber de protección de la obligación con la utilidad comprometida en el deber central, la ejecución de la diligencia debida no puede significar otra cosa que la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento del deber central; es decir, el cumplimiento de la obligación.

b) Los que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación.

Es decir, que también el artículo 1314[Código Civil] (concordado con el artículo 1362 del mismo) recoge la protección contractual del respeto a la esfera jurídica del acreedor (deberes de seguridad), recogándose la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por qué 'sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación'. Empero, a diferencia de los deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central, aquí el deber accesorio de diligencia, encarnado en un deber de seguridad, tutela, no ya el interés de prestación, sino exclusivamente el interés de protección, cuya lesión puede dar también lugar, sin duda, a una responsabilidad contractual.

En esta hipótesis, entonces, el cumplimiento del deber de diligencia no conlleva el cumplimiento del deber central y, por lo tanto, no representa una prueba del

cumplimiento de la obligación, sino, tan solo, la satisfacción de un interés de protección autónomamente considerado en sede contractual" (Fernández Cruz, 2005)

Pese a que un sector de la doctrina italiana rechaza al deber de diligencia como uno de carácter autónomo o accesorio, calificándolo como un criterio de responsabilidad (Rodotá, 1969), consideramos que la segunda acepción o clase del deber de diligencia señalada por Fernández Cruz tiene una estrecha vinculación con las características de un deber fiduciario, en tanto que el comportamiento del fiduciario deberá ser diligente no solo para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, sino de todos aquellos aspectos que, en cuanto a las circunstancias de su posición, el beneficiario espere no ser dañado.

Por su parte, en torno a la lealtad, como explica Rodotá citado por Morales Hervias (2013), *"el criterio de lealtad se especifica en dos direcciones: 'como criterio idóneo para permitir la formación de una norma contractual que haga posible la realización completa de la operación económica perseguida por las partes', y 'como criterio que, compatiblemente con el tipo de reglamento de intereses perseguido por las partes, permite la formación de una norma contractual adecuada a las finalidades del orden social perseguidas por el ordenamiento'"*.

En consecuencia, los deberes fiduciarios aquí mencionados se interrelacionan complementándose unos a otros, a raíz de un origen común y un objetivo también compartido: dotar de contenido a la relación fiduciaria sobre la base de parámetros superiores y sensatos, a efectos de no generar espacios irrazonablemente dañosos en la dinámica contractual.

§ IV. Deberes Fiduciarios y Joint Venture (peruano)

Plasmado nuestro entendimiento sobre el joint venture y las relaciones fiduciarias en líneas previas, el presente capítulo busca responder si del joint venture necesariamente derivan deberes fiduciarios tal como sugiere la doctrina nacional y cuáles serían las consecuencias de ello; para dicho propósito, se exploran las aristas que conciernen al

tema, tanto desde la óptica jurisprudencial y académica como desde la norma positiva.

Este acápite guarda la siguiente estructura: primero presentaremos las relaciones jurídicas en las que usualmente es fácil o difícil identificar una relación fiduciaria (letra A); continuaremos con la exposición de los casos *Meinhard v. Salmon* (1928) y *Ross River v. Waveley Commercial Ltd. et al.* (2013), los cuales han sido muy comentados en la doctrina internacional por su razonamiento entorno a la conexión entre joint venture y deberes fiduciarios (letra B); seguidamente, abordaremos los problemas de oportunismo y su mitigación a partir del contenido del joint venture (letra C); finalmente, trataremos de responder a la interrogante de si el joint venture (y especialmente, el joint venture con legislación aplicable peruana) crea una relación fiduciaria (letra D).

A. Casos de fácil y difícil determinación de una relación fiduciaria

A continuación, mencionaremos aquellos casos que, a criterio de Smith (2002), son de fácil y difícil determinación de una relación fiduciaria, con la finalidad de conocer en qué supuesto se encuentra el joint venture, según dicho autor.

Así, según este autor, el joint venture se encontraría junto con el *trust*, la guardianía, la agencia, los *partnerships*, corporaciones y *counseling*, entre los casos de fácil determinación de una relación fiduciaria.

El autor en mención coloca en la misma categoría al *partnership* y al joint venture, e indica que las cortes imponen deberes fiduciarios en estructuras o contextos de negocio.

Ahora bien, curiosamente, en este trabajo hemos hecho mención a las alianzas estratégicas, en tanto que el joint venture es justamente una herramienta por la cual las empresas pueden plasmar dicho diseño comercial; y, al respecto, Smith considera dentro de los casos de difícil determinación de una relación fiduciaria a las alianzas estratégicas, a las relaciones de confidencialidad, al *venture capital* y a la franquicia.

Por consiguiente, nos encontramos ante una encrucijada, en tanto que, por un lado,

efectivamente, las cortes extranjeras suelen identificar a un joint venture como una relación a partir de la cual surgen deberes fiduciarios⁷⁷, y por otro lado, según refiere Smith, cuando se trata de alianzas estratégicas, mucho depende de los hechos para calificar a dicha relación como una de carácter fiduciario, como es el caso, nos comenta, de la controversia surgida en el joint venture entre *Tellabs Operations* y *Riverstone Networks*, en el cual el primero alegaba que el segundo guardaba deberes fiduciarios (i) de revelar a Tellabs toda información importante relacionada a contactos o comunicaciones con clientes de Tellabs; (ii) de abstenerse de explotar ventajas potenciales de negocios de Tellabs para propio beneficio de Riverstone; y (iii) de abstenerse de utilizar información confidencial de precios de Tellabs para propio beneficio económico de Riverstone.⁷⁸

Entonces, ¿esto significa que pueden existir supuestos en los cuales un joint venture no genere deberes fiduciarios?, ¿cuál es la regla y cuál es la excepción?, como nos habíamos preguntado en la introducción de este trabajo, ¿es el joint venture en principio una relación fiduciaria o solo lo es en determinadas circunstancias?

El camino a la respuesta a estas preguntas ha sido largo, veremos que el caso que da origen a la discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto a deberes fiduciarios en contratos de *joint venture* es el sucedido entre Walter J. Salmon y Morton H. Meinhard, a inicios del siglo XX, en el cual, precisamente, se llegó a la conclusión que los participantes de un *joint venture* se guardan esa clase de deberes, pese a que no estén especificados en el contrato. Sin embargo, de jurisprudencia más reciente surgen dos nuevas posturas, por un lado, una que refiere que los *venturers* pueden o no mantener deberes fiduciarios dependiendo de los hechos del caso, y otra que aboga por que no se deba presumir que los *venturers* guardan estos deberes.

En nuestra opinión, el contrato de *joint venture* contendrá deberes fiduciarios si la relación jurídica que regula es una relación fiduciaria, en los términos desarrollados

⁷⁷ Ver secciones IV.B y IV.D de este trabajo; además, Ver *L. M. White Contracting Co. v. Tucson Rock & Sand Co.*, 11 Ariz. App. 540, 545–46, 466 P.2d 413, 418–19 (Ct. App. 1970), donde la corte refirió que cuando dos *joint venturers*, por su acción concertada, con voluntad y conocimiento actúan el uno para el otro de manera que se imponga una confianza mutua, nace una relación fiduciaria; *Brown v. Richards*, 840 P.2d 143, 153 (Utah Ct. App. 1992), en el cual se señala que un acuerdo entre *joint venturers* puede constituir una relación fiduciaria.

⁷⁸ Ver Smith, *op. cit.*, p. 29.

líneas arriba. Efectivamente, el juzgador deberá atender a las características que guarda la relación entre los *venturers*, involucrando en dicho análisis todas las aristas posibles, esto es, los actos, hechos y cláusulas contractuales.

B. Casos Meinhard / Ross River

A continuación, se expondrán los hechos y análisis jurídico de cada caso y, luego, se procederá con unos comentarios al respecto.

1. *Meinhard v. Salmon*⁷⁹

Es quizás el caso más citado⁸⁰ en lo que respecta a deberes fiduciarios y joint ventures; no hay artículo académico que no se refiera a la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Nueva York y al razonamiento plasmado por el juez Cardozo, el cual, por ejemplo, ha inspirado los comentarios de los autores citados con anterioridad⁸¹.

Brevemente, el caso⁸² es el siguiente: en abril de 1902, Louisa M. Gerry dio en arrendamiento a favor de Walter J. Salmon, por un plazo de veinte años, el local conocido como Hotel Bristol, para que el arrendatario cambiara el uso del hotel por tiendas y oficinas. A su vez, Salmon estaba negociando con Morton H. Meinhard, a efectos de obtener los fondos necesarios para dicha implementación. Las negociaciones terminaron con la creación de un joint venture, por el cual Meinhard se comprometía a dar a Salmon la mitad del dinero requerido para reconstruir, alterar, administrar y operar la propiedad y, por su parte, Salmon entregaría a Meinhard, por los primeros cinco años, cuarenta por ciento de las utilidades netas, luego de los cuales se

⁷⁹ Ver *supra* 13, *Morton H. Meinhard v. Walter J. Salmon et. al.*; es interesante ver que este caso fue resuelto en mayoría, con el voto a favor del razonamiento de Cardozo, por parte de los jueces Pound, Crane y Lehmann, estando disconformes con dicho discurso, los jueces Andrews, Kellogg y O'Brien.

⁸⁰ *Meinhard v. Salmon* es considerado un *landmark case* o caso que genera un precedente en el *common law* americano. En el texto académico para estudiantes, *Business Law, Text and Summarized Cases* (Miller & Cross, 2013), los autores refieren que el impacto de dicha decisión judicial a la fecha consiste en la imposición del más alto nivel de lealtad a los miembros de joint ventures, los cuales, antes de dicho fallo, solo tenían el deber de abstenerse de subvertir activamente los derechos de los demás socios.

⁸¹ Por ejemplo, en el acápite §III se ha citado a Sierralta y a Le Pera sobre el particular.

⁸² La relación de hechos y las opiniones de los jueces pueden ser encontrados en el siguiente enlace web: https://www.nycourts.gov/reporter/archives/meinhard_salmon.htm (último ingreso: 18:44 del 24 de junio de 2016).

incrementaba a cincuenta por ciento, por los años restantes del arrendamiento. Las pérdidas iban a ser asumidas en proporciones iguales.

Pocos meses antes de la terminación del contrato referido, Elbridge T. Gerry, propietario de otros inmuebles cercanos al Hotel Bristol (uno inclusive colindante), se había vuelto el propietario de la reversión y quería desarrollar un proyecto, donde el hotel era la pieza clave en el mismo. Dado que no consiguió inversionistas interesados, negoció con Salmon, lo cual seguidamente dio como resultado la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento con Midpoint Realty Company, empresa controlada por Salmon, en enero de 1922. Enterado de ello, Meinhard demandó tener participación en el negocio.

A partir de esos hechos, el juez Cardozo expresa sus famosas líneas⁸³ en torno al deber de lealtad que guardan mutuamente los *joint adventurers*, y a través de las cuales eleva la relación a un estándar de comportamiento más estricto que el de la moral del mercado, a uno del honor más sensible, del cual se ha desarrollado una tradición inflexible e inveterada.

El aspecto resaltante para el juez Cardozo fue que, conforme al contrato, Salmon tenía poder absoluto para administrar, arrendar, subarrendar y operar el edificio. Entonces, si bien tanto Salmon y Meinhard guardaban deberes fiduciaros⁸⁴, sobre Salmon recaía una carga más pesada de dicho deber, en tanto que también era el administrador.

Justamente, el juez refiere que para Gerry, y para el ojo de cualquier observador, Salmon mantenía el arrendamiento por derecho propio, para sí mismo y nadie más, sin embargo, en la realidad, lo mantenía en calidad de fiduciario, para sí y para otro; por consiguiente, si Gerry hubiese conocido esta situación fáctica, se puede suponer que se hubiese acercado a ambos socios y no solo a uno de ellos.

⁸³ Ver supra 13; las famosas líneas son "*Joint adventurers, like copartners, owe to one another, while the enterprise continues, the duty of the finest loyalty. Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arm's length are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. As to this there has developed a tradition that is unbending and inveterate. Uncompromising rigidity has been the attitude of courts of equity when petitioned to undermine the rule of undivided loyalty by the 'disintegrating erosion' of particular exceptions (Wendt v. Fischer, 243 N. Y. 439, 444). Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd. It will not consciously be lowered by any judgment of this court*".

⁸⁴ Más precisamente, Cardozo refiere que ambos al ser coadventureros están sujetos a los deberes fiduciaros similares a los de dos socios en una *partnership*, y hace mención al caso *King v. Barnes*, 109 N.Y. 267.

Así, según el juez Cardozo, al guardar en silencio o secreto sus conversaciones con Gerry, Salmon excluyó a Meinhard (su socio) de la oportunidad para competir por la realización del proyecto, la cual, estaba en obligación de otorgar sobre la base de expectativas y un deber de revelación.

Efectivamente, de acuerdo al razonamiento judicial en mención, por un lado, en tanto que la fecha de término del arrendamiento se avecinaba, Meinhard tenía expectativas razonables de que el mismo podía ser extendido por el propietario; y, por otro lado, dado que Salmon tenía control y exclusiva competencia sobre el arrendamiento, le correspondía un deber de *disclosure* a favor de su socio, ya que solo a través de la revelación de información podrían ambos tener iguales oportunidades.

Ahora, si bien se ordena la modificación del fallo materia de apelación en favor de Meinhard, curiosamente, Cardozo no considera que haya existido mala fe⁸⁵ por parte de Salmon e incluso sugiere que, en caso la propuesta de Gerry se hubiese referido a un terreno lejos del en ese momento arrendado, Salmon pudo haber mantenido para sí el privilegio.

En ese sentido, se puede apreciar una clara diferencia entre mala fe y el deber de fiducia, donde en la presente operación no existió mala fe, pero sí un deber fiduciario, lo cual implica la imposición de una obligación sobre la base de una situación ventajosa para una de las partes, en tanto que mantenía control exclusivo de un recurso crítico del negocio. Así, para estos efectos resulta irrelevante determinar si hubo un ánimo de causar daño, en tanto que lo relevante radica en determinar si por las características de la relación jurídica existen deberes fiduciarios en la misma.

2. *Ross River v Waveley*⁸⁶

⁸⁵ Justamente, el juez Andrews (quien expone la posición disidente a la de Cardozo) considera que no hubo nada injusto en la conducta de Salmon, entre otras razones, porque el nuevo arrendamiento contaba con distintas condiciones al suscrito anteriormente y porque el *venture* entre las partes tenía un objeto y tiempo limitados, *i.e.* la explotación de un arrendamiento en particular por un determinado número de años, sin intención aparente de extenderlo por muchos más años (el nuevo arrendamiento suscrito por la empresa de Salmon y Gerry podía ser renovado hasta por un máximo de ochenta años).

⁸⁶ *Ross River Ltd. and Blue River Ltd. Partnership v Waveley Commercial Ltd. et. al.*, [2013] EWCA Civ 910.

Es un caso mucho más reciente, en el cual, la resolución dada por la Corte de Apelaciones de Londres fue ampliamente comentada⁸⁷ en tanto que confirmaría la presencia de deberes fiduciarios implícitos en un joint venture.

De acuerdo al fallo⁸⁸, Barnett y Harney iniciaron un proyecto inmobiliario en Amptill, Bedfordshire. No obstante, debido a que era fundamental adquirir una parcela de tierra para que el proyecto pudiera continuar, en 2004, Waveley (empresa controlada por Barnett y Harney) se asoció con Ross River mediante un contrato de joint venture, a efectos de que ésta última proporcione el financiamiento para dicha compra, lo cual le daba derecho a una participación sobre las utilidades del proyecto.

Si bien el proyecto finalizó el 2007, su realización tomó demasiado tiempo, siendo que en 2008, Ross River estaba disconforme con la falta de progreso y la falta de información por parte de Waveley, por lo que tuvo sospechas respecto de los manejos de esta empresa. Efectivamente, los últimos elementos del proyecto no se terminaron de vender sino hasta el 2011, durante el juicio que entabló Ross River contra Waveley y los señores Barnett y Harney.

En el proceso judicial, los aspectos principales en discusión fueron (i) el monto correspondiente a las utilidades netas del proyecto, (ii) respecto a los efectos de una adenda al contrato, por el cual Ross River tenía prioridad en el pago de las utilidades netas, (iii) si Barnett debía deberes fiduciarios a Ross River y a Waveley como director de dicha empresa, (iv) así como sobre aquellos deberes que guarda Waveley en favor de Ross River en virtud del contrato de joint venture.

La defensa de Barnett refiere que, conforme al caso *Lord Walker in Cobbe v Yeoman's Row Management Ltd.*, como cuestión de principio general, las cortes deben ser muy lentas en introducir incertidumbre en transacciones comerciales mediante el uso de

⁸⁷ Ver Entre otros, los comentarios de Simon Hart y Sarah Trimmings en <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03ad883d-964d-448b-92c6-9ad3e9be8cd9> (último ingreso: 04:04 del 24 de enero de 2016); Jeremy Garson y Gareth Keillor en <http://hsfnotes.com/litigation/2013/09/06/court-of-appeal-confirms-implicit-fiduciary-duty-in-joint-venture-arrangement/> (último ingreso: 04:05 del 24 de enero de 2016).

⁸⁸ El texto completo del fallo puede ser ubicado en el siguiente enlace web: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/910.html> (último ingreso: 18:47 del 24 de junio de 2016).

conceptos de equidad como son las obligaciones fiduciarias, en tanto que la regulación de la vida comercial debe mantenerse dentro de los límites apropiados. Así, señala la defensa, aunque existan casos en los que se ha determinado que de un contrato con naturaleza de joint venture se imponen deberes fiduciarios sobre una parte o sobre un individuo que está detrás de una de las partes, las circunstancias del caso no justifican dicho proceder.

Al respecto, sin embargo, la Corte consideró lo contrario, esto es, que tanto Barnett como Waveley debían a Ross River deberes fiduciarios, toda vez que Waveley administraba todos los activos relevantes materia del joint venture y Barnett a su vez controlaba la manera como Waveley explotaba dichos activos, sin que Ross River tuviera acciones en Waveley ni la facultad de nombrar directores en esta empresa. Así, los activos debían ser utilizados y explotados para el beneficio común de las partes.

Asimismo, la Corte indica que el fiduciario tiene un deber de justificar (o como señalan Simon Hart y Sarah Trimmings en su comentario⁸⁹ al caso, un "deber de dar cuenta") cualquier pago en cualquier caso donde haya una duda respecto a si el pago ha sido hecho correctamente. Para el juez *ad quem* no habría vulneración a los deberes fiduciarios si el pago se debe a un gasto para efectos del desarrollo del proyecto o a uno acordado con el beneficiario. Más precisamente, para el juez *ad quem*, cuando una persona está sujeta a una obligación fiduciaria en relación a su manejo con activos, entonces le corresponde a esa persona justificar la administración de los mismos si hay alguna objeción, en lugar de ser el beneficiario (la persona a quien se le debe la obligación) quien deba demostrar que el pago no fue justificado. Por consiguiente, Waveley no estaba autorizado para realizar pagos con los ingresos del joint venture sin antes haber cancelado las utilidades netas que correspondían a Ross River.

Por lo demás, la Corte concluyó que Barnett también infringía los deberes fiduciarios que guardaba a favor de Ross River, en tanto que empleaba los recursos del joint venture para su defensa, siendo él quien en realidad podría salir ganando o perdiendo de esta controversia, ya que Waveley era insolvente y no tenía motivos para defenderse de la demanda.

⁸⁹ Ver *supra* 82.

3. Comentarios

En relación al caso *Meinhard*, este parece contradecir un aspecto mencionado con anterioridad a este acápite que es la restricción por parte de los *venturers* de competir entre ellos, en tanto que según el juez Cardozo, al guardar en silencio o secreto sus conversaciones con Gerry, Salmon excluyó a Meinhard (su socio) de la oportunidad para competir por la realización del proyecto. Sin embargo, se puede entender también que a partir de la falta al deber de revelación (*disclosure*) se configura un escenario de oportunismo, donde solo uno de los socios, precisamente, quien maneja el activo en calidad de fiduciario, se ve beneficiado. Así, tomando en consideración las circunstancias, somos de la opinión que el juez Cardozo, sin decirlo en estos términos, ataca al oportunismo de Salmon.

Casi un siglo después del caso *Meinhard*, la característica fiduciaria del joint venture sigue teniendo vigencia en las cortes extranjeras. Sobre todo en este caso observamos que la imposición de dichos deberes se da de acuerdo a las circunstancias de la relación, lo cual, consideramos es de suma importancia para futuras conclusiones, en tanto que deja abierta la posibilidad que existan supuestos en los cuales la característica mencionada no sea aplicable.

En otras palabras, el hecho que el análisis de la judicatura, tanto en el caso *Meinhard* como en el caso *Ross River*, transcurra por la naturaleza de la relación o sus características, nos revela que el instrumento que ha servido de vía para dicha relación (contrato de joint venture) tiene, justamente, ese carácter: instrumental; siendo igual de importante atender al acuerdo de las partes como a los aspectos que rodean al mismo. En otros términos, es tras el estudio integral de la relación que se puede determinar si ésta contiene o no deberes fiduciarios en favor de una u otra parte.

Adicionalmente, destacamos que en ambos casos, a criterio de las cortes, el deber de divulgación era fundamental para la relación, ya sea para equilibrar la misma y otorgar igualdad de oportunidades a las partes (*Meinhard*) o para dar cuenta de las actividades comerciales y administrativas del fiduciario y así no perjudicar la esfera patrimonial del beneficiario (*Ross River*).

Finalmente, es menester tener presente que, en *Ross River*, el juez *ad quem* va más allá de las partes del contrato y los deberes fiduciarios que la Corte identifica se extienden al director (Barnett) de la parte que maneja el activo (Waveley), nuevamente, atendiendo a las circunstancias del caso arriba expuestas. Así, los deberes en mención no solo recaen sobre las partes del contrato, sino – quizás más precisamente – sobre aquellos que tienen de manera legal o fáctica la administración sobre los activos relevantes del contrato, pudiendo alcanzar a individuos que están detrás de las partes (como son sus directores).

C. Medidas contractuales contra el oportunismo

En el acápite III nos hemos referido al oportunismo y el problema que puede ser el mismo para la buena marcha del negocio conjunto o para los intereses de una de las partes.

Básicamente, los problemas que surgían del oportunismo, según lo desarrollado, eran dos: el problema de atasco (*holdup problem*) y el oportunismo al interior de la empresa (*intra firm problem*).

Así, conforme se ha estudiado, los deberes fiduciarios vendrían a contrarrestar los riesgos dentro de un joint venture, siendo que los mismos son impuestos a los socios, a los administradores del joint venture e inclusive a los directores de los *venturers* (*Ross River*), estableciendo un estándar de comportamiento que involucra términos como *lealtad, buena fe, deber de dar cuenta, deber de revelación, no competencia, equilibrio, igualdad, honor*, entre otros.

Ahora bien, para sortear el primer problema (*hold-up problem*) dimos un ejemplo, por el cual, entre un activo especializado y otro más general, se podía preferir el segundo, a efectos de no depender de nuestro socio, quien era el único que sabía manejar la maquinaria dada como primera opción. Sin embargo, este no es el único escenario o forma de mitigar el problema, también el socio minoritario que aporta capital al joint venture puede establecer a su favor un derecho de veto, de modo que las decisiones

del mayoritario necesariamente deberán pasar por su aprobación.

Evidentemente, el problema no es del todo solucionado, en tanto que establecer la unanimidad como requisito para que un acto o medida del joint venture sean válidos puede significar eventualmente una situación de punto muerto o *deadlock*. Ante dicho supuesto, existen distintas soluciones que no son materia del presente trabajo, entre las cuales se encuentran, sin embargo, encargar a un tercero (administrador) o a un colegiado (directorio) la decisión, intercambiar periódicamente quien tiene un voto mayor o decisión final sobre el tema, entre otros.

En lo que respecta al segundo problema (*infra firm problem*), también se dio un ejemplo, a propósito de la posibilidad de que una de las partes recuerde la receta (propiedad intelectual) de su socio y comercialice el producto por su cuenta. En este caso, la solución también puede transcurrir por la voluntad de las partes, pactando cláusulas de confidencialidad (*non disclosure agreements*) y de no competencia (*covenants not to compete*)⁹⁰.

Como afirma el autor Sarath Sanga⁹¹, la cláusula de no competencia puede tener hasta tres razones por las cuales resulta conveniente su implementación: (i) mitiga el *holdup problem* al reducir el valor de la inversión hecha fuera del joint venture, esto es, el socio no podrá utilizar su inversión para su propio interés fuera de la relación o al menos no sin un costo; (ii) genera compromisos pro competitivos⁹²; (iii) regula el deber de lealtad, la cual se encarga de determinar qué oportunidades pertenecen al joint venture y cuáles otras pueden ser tomadas solo por una de las partes.

En un sentido similar, pero desde otro punto de vista, los autores Zenichi Shishido, Munetaka Fukuda y Masato Umetani⁹³ identifican tres aspectos de conflicto dentro de un joint venture, los cuales consideramos están relacionados al oportunismo: contratos

⁹⁰ Ver Sanga, Sarath, *The Contract Frontier: A Study of the Modern Joint Venture* (22 de setiembre de 2015), disponible en el siguiente link de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2646932> (último ingreso: 25 de enero de 2016), quien apunta respecto del caso que estudia que un acuerdo de no competencia puede referirse tanto a obligarse a no competir entre socios sobre un determinado mercado, como comprometerse a no contratar al personal de la otra parte; p. 24.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 25-26.

⁹² En tanto que esta cláusula puede generar que el joint venture reduzca la competencia en el mercado, para que la autoridad acepte la misma, ésta solicitó a los *venturers* implementar políticas pro competitivas.

⁹³ Ver Shishido, Zenichi et. al. (2015), *Joint Venture Strategies. Design, Bargaining and the Law*, Cheltenham: Edward Elgar Pub. Ltd., p. 12.

entre un socio y el joint venture (*self-dealing*), oportunidades de negocio y revelación de información.

Así, respecto a los contratos entre uno de los socios y el joint venture (considerando que probablemente sea quien maneja el activo y quien represente al joint venture), los autores sugieren redactar una lista de transacciones que necesariamente deben ser notificados a la otra parte o establecer que esta otra parte tenga un derecho a veto o a consentir el negocio.⁹⁴

Por otro lado, respecto a las oportunidades de negocio que podrían presentárseles a los *venturers* a lo largo de la vida de la relación, las partes pueden acordar notificar las oportunidades que se les presentan o respecto de actos del *joint venture* que pueden alejarse de su objeto, limitar dichas oportunidades o esclarecer las competencias de cada parte (es decir, en la línea de lo expuesto por el autor Sanga, determinar qué oportunidades serán aprovechadas en conjunto y cuáles individualmente), renunciar a reclamar por el aprovechamiento dichas oportunidades, no competir de manera directa o indirecta con el socio, entre otras cosas, como por ejemplo, obligarse a reinvertir las utilidades (digamos, por un determinado número de años), con lo cual se evitan conflictos respecto a la continuación del financiamiento del negocio.⁹⁵

Por último, es importante que en el joint venture se indique que las partes han de guardar el más alto secreto o confidencialidad respecto de la información revelada por sus socios, lo cual puede ser hasta cierto punto ser especificado o determinado su alcance por los mismos *venturers*, ya sea por la naturaleza de la información o por sus intereses en el negocio.

De este modo, en este acápite quisimos destacar que los deberes fiduciarios no son la única solución al problema del oportunismo, en tanto que de manera anticipada, en el ejercicio de su libertad contractual, las partes pueden pensar un poco más en estas contingencias y establecer en el contrato unas cuantas estipulaciones al respecto, para así evitar controversias y el fin del negocio conjunto, como suelen manejarlo la mayoría de las veces.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 14-16.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 16-20.

No obstante, como manifiestan Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel (1993), “ningún contrato puede cubrir todas las contingencias... sobre todo al inicio de las negociaciones cuando el problema contractual es intratable”. Lo cual, entendemos, se refiere a supuestos donde las partes deciden u omiten abordar ciertos deberes u obligaciones con el fin de no entorpecer las negociaciones o las mismas son solo fijadas a favor de una de las partes, la cual se habría encargado de elaborar la versión preliminar del contrato.

D. ¿El Joint Venture crea una relación fiduciaria?

Esta es justamente la pregunta fundamental del presente trabajo. A lo largo de este documento hemos expuesto las opiniones y decisiones judiciales que consideran que, efectivamente, de un joint venture nacen deberes fiduciarios. Sin embargo, como también se ha plasmado en líneas anteriores, en el ámbito jurídico no existe unanimidad respecto a dicha postura, por consiguiente, para responder la pregunta formulada, expondremos brevemente algunos criterios y supuestos planteados por la doctrina extranjera y de la jurisprudencia canadiense, que se apartan de la inmediata conexión entre joint venture y deberes fiduciarios. No obstante, además de ello, volcaremos nuestro análisis sobre la legislación peruana para arribar a una posición a la luz del ordenamiento jurídico nacional.

1. Criterios que se apartan de la conexión joint venture y deberes fiduciarios

Según refieren los autores Reiter y Shishler⁹⁶, las cortes canadienses han adoptado tres enfoques respecto a la imposición de deberes fiduciarios a las partes en un contrato de joint venture: (i) los *venturers* siempre guardan deberes fiduciarios⁹⁷, (ii) dependiendo de los hechos del caso, los *venturers* pueden o no mantener deberes fiduciarios, y (iii) no

⁹⁶ B.J. Reiter y M.A. Shishler (1999), *Joint Ventures: Legal and Business Perspectives*, Toronto: Irwin Law, p. 122.

⁹⁷ Ver *Wonsch Construction Co. v National Bank of Canada* (1990) y *Capannelli v Muroff* (2003-2004).

se debe presumir que los *venturers* guardan estos deberes⁹⁸.

De los tres enfoques, compartimos los dos últimos, los cuales consideramos deben ser leídos de manera conjunta y no separada. Efectivamente, distinto es leer el punto (ii) sin que le siga la oración del punto (iii), porque podría darse a entender que, si bien depende de los hechos la determinación de una relación fiduciaria entre socios, en caso de duda, se ha de presumir a favor de la inexistencia de dicha relación.

Es un denominador común de las cortes o los jueces de todo el mundo atender a las circunstancias del caso y no solo a la herramienta, vía o estructura que las partes han elegido para regular conjuntamente sus intereses. De ahí que surgiera la idea de imponer deberes a las partes para equilibrar las posiciones de las mismas, frente a los vacíos de regulación, pero sobre la base de los derechos y obligaciones que se desprenden del contrato y del contexto, hechos y actuaciones a lo largo de la relación.

No obstante, existen autores que ponen por encima de los hechos a lo acordado oportunamente por las partes y al mecanismo que implementaron para llevar a cabo el negocio conjunto.

Así, por ejemplo, Flannigan⁹⁹ indica que cuando los *joint ventures* se estructuran como *corporations* (lo cual asimilaremos, para efectos prácticos, a una sociedad anónima) no existen deberes fiduciarios entre los socios (accionistas), con lo cual, continúa, sería correcto afirmar que los *joint ventures* no atraen responsabilidad fiduciaria de manera automática.

El mismo criterio es explicado por Sanga¹⁰⁰, quien considera que la creación de una entidad o persona jurídica distinta a las partes es una respuesta innovadora y simple a la contingencia fiduciaria, en tanto que focaliza el deber de lealtad en los agentes de

⁹⁸ Ver *International Corona Resources Ltd. v LAC Minerals Ltd.* (1989), *Chitel v Bank of Montreal* (2002) y *Arcelor Mittal Dofasco Inc v US Steel Canada Inc.* (2008); es de anotar que en el caso *Chitel* la corte tomó en cuenta el nivel de sofisticación de las partes para negar que haya un deber fiduciario.

⁹⁹ Flannigan, Robert, *The Legal Status of the Joint Venture* (20 de agosto de 2009), *Alberta Law Review*, Vol. 46, p. 737.

¹⁰⁰ Ver Sanga, art. cit., pp. 21-22.

cada parte involucrada y no entre los *venturers*: en el caso que analiza¹⁰¹, los agentes de Boeing son leales a Boeing, los agentes de Lockheed son leales a Lockheed y los agentes de ULA son solo leales a ULA. De esta manera, los agentes del joint venture (ULA) aíslan y protegen a las oportunidades del negocio de los *venturers* (accionistas) y de que los mismos aprovechen las oportunidades para beneficio propio, lo cual, como se ha indicado líneas arriba, es un gran riesgo para la vigencia del joint venture, más aun si antes de su suscripción, ambas empresas competían en el mismo mercado donde ULA ahora opera.¹⁰²

Así, según los autores mencionados, la incertidumbre que pueden generar los deberes fiduciarios entre socios se ve mermado y reducido o, quizás en términos más amigables, enfocado a los agentes del joint venture para con el joint venture, cuando este es de uno de carácter corporativo (*corporate joint venture*)¹⁰³. Al respecto, el criterio nos parece razonable, sin embargo, otros autores plantean supuestos de fiducia entre socios aun en este supuesto.

Efectivamente, según refiere Shishido¹⁰⁴, conforme a la jurisprudencia estadounidense incluso cuando un joint venture está organizado como una *corporation*, a una empresa matriz se le puede imputar deberes fiduciarios para con su socio si los actos de aquella afectan los intereses de éste último. Asimismo, como el mismo autor Sanga indica, su análisis (y por ende sus conclusiones) pueden cambiar en el caso de accionistas activistas¹⁰⁵. Nuevamente, lo importante es determinar si existe una relación fiduciaria entre los involucrados, sin tener a las formas en demasiada estima.

No obstante, esa no sería la única salida que han pensado los que abogan por la restricción en los usos y alcances de los deberes fiduciarios, quienes consideran, en lo que respecta al joint venture contractual, que la voluntad de las partes es la que debe de primar en la interpretación y ejecución de la relación que han creado, en tanto que

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 20-21, el autor explica que las empresas Boeing y Lockheed canalizaron el joint venture mediante la creación de una *Limited Liability Company (LLC)* que denominaron *United Launch Alliance (ULA)*.

¹⁰² *Ibid.*, p. 24.

¹⁰³ Ver numeral 4 de la letra C del acápite II.

¹⁰⁴ Ver numeral 4 de la letra C del acápite II.

¹⁰⁵ Ver Anabtawi, Iman and Stout, Lynn (2008). *Fiduciary duties for activist shareholders*. 60 Stanford Law Review 1255, quienes defienden la imposición de deberes fiduciarios a los accionistas cuando éstos utilizan su condición de accionistas para iniciar una *corporate action* que les da un beneficio económico personal, en detrimento o exclusión de otros accionistas.

ellos conocen mejor sus intereses, razón por la cual, las partes podrían optar por excluir voluntariamente (*opt out*)¹⁰⁶ a los deberes fiduciarios de su relación jurídica.

Sobre el particular, dicha posición resulta muy controversial, en tanto que, por un lado, si tomamos la *Revised Uniform Partnership Act* (RUPA) como referencia, observamos que en la sección 103 de dicha norma¹⁰⁷ el deber de lealtad, el deber de cuidado, la buena fe y la honradez son de carácter obligatorio para las *partnerships*, lo cual nos haría suponer que lo mismo podría ser considerado por las cortes en el caso de los joint ventures. Asimismo, no olvidemos que, de acuerdo a nuestro Código Civil¹⁰⁸, la buena fe, la cual está estrechamente vinculada al deber de lealtad y es un deber fiduciario, según hemos podido apreciar en el Capítulo III, es un concepto de orden público y, por tanto, obligatorio para las partes, del cual, valga la redundancia, no pueden apartarse.

Aunque controversial, la posición referida no es ajena a la realidad, toda vez que en un caso relativamente reciente la Corte de Apelaciones de Nueva York respaldó la renuncia a deberes fiduciarios entre miembros de una LLC (*Limited Liability Company*)¹⁰⁹. Inclusive, esta posibilidad de renuncia es acogida por las normas relacionada a LLCs de los Estados de Delaware¹¹⁰ y Nueva York¹¹¹. Como se aprecia, sin embargo, dicha renuncia ha de ser expresa y sin ambigüedades (no abierta a interpretaciones). Es más, en la práctica, es recomendable, primero, establecer el

¹⁰⁶ Shishido, et. al., op. cit., p. 12.

¹⁰⁷ Específicamente, RUPA §103 (b)(3)-(5).

¹⁰⁸ "Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

¹⁰⁹ Se trata del proceso *Pappas v. Tzolis* (2012), el cual versó sobre tres socios que formaron una LLC para adquirir y administrar un *leasing* de largo plazo de un edificio en Manhattan. Sin embargo, los socios tuvieron serias discrepancias y uno de ellos (Tzolis) compró la participación (*buy-out*) de sus dos socios por un monto 20 veces mayor a su aporte. No obstante, seguidamente, Tzolis transfirió el *leasing* a un desarrollador inmobiliario por US\$ 17.5 millones, lo cual representaba una suma 200 veces mayor al aporte inicial de los socios. Ante esto, los socios de Tzolis decidieron demandarlo aduciendo que había violado sus obligaciones fiduciarias al no revelar las negociaciones que había sostenido con la inmobiliaria. Sin embargo, la Corte de Apelaciones referida desestimó la demanda en tanto que los documentos del *buy out* se estipuló que (i) las partes contrataban con debida diligencia, (ii) han recibido asesoría legal para ello y (iii) el señor Tzolis no guardaba frente a sus socios deberes fiduciarios por aspectos relacionados al *buy out*. De esta manera, la Corte de Apelaciones respaldó la renuncia a deberes fiduciarios.

¹¹⁰ Ver Delaware LLC Act Section §18-1101 (c) y (e), en el cual se establece que el acuerdo entre los socios puede limitar o eliminar responsabilidades por incumplimiento de contrato o de deberes fiduciarios, siempre y cuando el acto u omisión en cuestión no implique un quebrantamiento a la buena fe y al *fair dealing*. No obstante, en caso de silencio, las reglas concenientes a deberes fiduciarios serán aplicables (§18-1104). Por lo demás, disposiciones similares están incluidas en el Limited Partnerships Act secciones §17-1101 (d) y §17-1105.

¹¹¹ Ver New York LLC Law Section §417 (a), en el cual se establece que el acuerdo entre los socios puede limitar o eliminar responsabilidades de los administradores por cualquier quebrantamiento de deber, siempre y cuando el acto en cuestión no implique un quebrantamiento a la buena fe.

estándar de cuidado y las personas que deben observar (ej. indicando que las personas en mención son responsables por fraude, negligencia grave y actos de mala fe) y, luego, indicar que cada una de las personas referidas renuncian a deberse deberes fiduciarios.

En lo que respecta a nuestro país, no obstante, del trabajo de investigación realizado para este documento académico, no hemos hallado en la doctrina nacional mayor desarrollo respecto a los deberes fiduciarios que nacen del *joint venture*; siendo que, contrariamente a lo que consideramos, todos los autores consultados¹¹² refieren que la naturaleza del *joint venture* es fiduciaria sin mayores justificaciones que la sentencia recaída en el caso *Meinhard*.

Precisamente, sobre la base de lo desarrollado hasta el momento, no nos resulta convincente que todo contrato de *joint venture* cree *per se* deberes fiduciarios entre los socios, toda vez que consideramos que, en principio, no compete al legislador ni a las cortes o tribunales imponer obligaciones que las partes no han previsto. Efectivamente, para que ello suceda la situación en particular debe ser especial: ha de involucrar una relación fiduciaria, es decir, una basada en la lealtad o confianza que una de las partes le debe a la otra por actuar en su nombre o representación en el manejo discrecional de un recurso crítico perteneciente a ésta última.

Asimismo, tomando en consideración las características del *joint venture* determinadas en este trabajo, justamente, a nuestro juicio, la libertad con que cuentan las partes para establecer su propio sistema de responsabilidad entre socios y frente a terceros, supone la posibilidad de que los socios limiten o excluyen obligaciones o deberes de tipo diferente a las relacionadas a las prestaciones del contrato, con excepción del deber de buena fe, el cual forma parte del orden público nacional.

Ahora bien, nuestra postura implica que, en caso de determinarse que existe una relación fiduciaria, nacen deberes fiduciarios, los cuales habrán de ser reconocidos por los actores dentro del sistema jurídico peruano.

¹¹² Ver *supra* 38 y 40.

2. Legislación peruana

Efectivamente, en la introducción de este trabajo habíamos comentado que el ordenamiento jurídico peruano es uno que está abierto a la innovación jurídica gracias a su Constitución y a los artículos 1353, 1354 y 1356 del Código Civil.

Ciertamente, tras una revisión a dichas normas, es nuestra opinión que luego de pasar un umbral de licitud, los acuerdos entre las partes tienen plena vigencia, lo cual implica que el contrato se incorpora íntegramente al sistema nacional, cualquiera sea su contenido y naturaleza legal.

Precisamente por esta razón consideramos importante conocer las verdaderas dimensiones de la - tantas veces aludida por la doctrina nacional - naturaleza fiduciaria del *joint venture*; porque, al ser asimilado al ordenamiento jurídico, es menester conocer los alcances de dicha característica, la cual, insistimos, prácticamente no ha sido estudiada en nuestro medio.

En ese sentido, consideramos pertinente prestar particular interés al artículo 1353 del Código Civil, en tanto que su contenido habilita a los operadores del Derecho y del comercio a implementar figuras contractuales no específicamente regulados en nuestro sistema jurídico; puesto que prescribe que *“todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección [Contratos en General], salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”*.

Así, desde nuestra perspectiva, el artículo citado legitima la implementación de reglas u obligaciones contenidas en contratos atípicos, sea por la configuración interna de dichos instrumentos jurídicos (cláusulas contractuales) o por la naturaleza jurídica que revisten los mismos.

En efecto, pese a que el *joint venture* se trataría de una figura ajena a nuestro ordenamiento, en virtud de la norma bajo mención, los operadores del Derecho pueden asignar a dicho contrato la figura legal de los deberes fiduciarios, en tanto que el *joint venture* incorporado al sistema jurídico vigente por la voluntad de las partes, bajo ciertas

circunstancias (descritas líneas arriba), reviste una relación de naturaleza fiduciaria.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, en el Capítulo II hemos indicado que si bien el término *joint venture* no fue adoptado por el legislador nacional, compartimos la opinión de Francisco Moreyra García-Sayán, quien señala que dos tipos de dicho instrumento contractual están regulados en la Ley General de Sociedades: el contrato de asociación en participación y el contrato de consorcio; en tanto que, a nuestro criterio, guardan muy similares características a las que hemos señalado en relación al *joint venture*.

Asimismo, hemos adelantado que, conforme a la normativa civil, la buena fe es una noción elemental en las relaciones jurídicas, imperativa e ineludible para las partes; por lo cual, corresponde averiguar si, más allá de la naturaleza del *joint venture*, el deber de lealtad (deber fiduciario por antonomasia) es también mencionado en nuestro sistema legal o si es completamente ajeno a nuestro ordenamiento.

Así, apoyándonos en la Ley General de Sociedades, encontramos que el primer párrafo de su artículo 171 establece los deberes de diligencia y lealtad del director, en tanto que a la letra prescribe lo siguiente: "*Los directores desempeñan el cargo con la diligencia¹¹³ de un ordenado comerciante y de un representante leal*".

También, como muestra Payet, la LGS incluye obligaciones específicas en las que el deber de lealtad de los administradores se concreta: artículos 161¹¹⁴, 171¹¹⁵, 173¹¹⁶,

¹¹³ Ver Payet Puccio, José Antonio, *Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías*, en Revista Themis, No. 46, Lima: 2003, p. 88; quien acertadamente señala que la diligencia referida no es la misma que la culpa leve recogida en el Código Civil, por lo contrario, en su artículo 177, la LGS excluye la presunción de culpa, de modo que, como señala afirma el autor, "*quien quiera hacer responsables a los miembros del directorio deberá probar la violación del deber de cuidado...*" con lo cual el director no será responsable por el hecho que una persona crea que las decisiones de negocio debieron tomarse de otra manera, sino que "*lo será sólo si prácticamente nadie en su sano juicio hubiera adoptado la decisión que tomó el administrador*".

¹¹⁴ "Artículo 161.- Impedimentos

No pueden ser directores:

1. Los incapaces;
2. Los quebrados;
3. Los que por razón de su cargo o funciones estén impedidos de ejercer el comercio;
4. Los Funcionarios y Servidores Públicos, que presten servicios en entidades públicas cuyas funciones estuvieran directamente vinculadas al sector económico en el que la sociedad desarrolla su actividad empresarial, salvo que representen la participación del Estado en dichas sociedades."
5. Los que tengan pleito pendiente con la sociedad en calidad de demandantes o estén sujetos a acción social de responsabilidad iniciada por la sociedad y los que estén impedidos por mandato de una medida cautelar dictada por la autoridad judicial o arbitral; y,

179¹¹⁷, 180¹¹⁸ LGS; en esa misma línea, el autor señala que *"la ley establece en forma general el deber de anteponer los intereses sociales a los propios"*¹¹⁹.

De esta manera, sin ánimos de entrar a una discusión respecto a si los directores guardan deberes fiduciarios en las sociedades peruanas, en tanto que no es materia de esta tesina, no obstante, consideramos importante señalar que de las normas citadas se pueden advertir ciertas características propias del deber de lealtad señalados en el Capítulo III de este trabajo: prohibición de desviación de poder (arts. 173 y 179 LGS), obligación de confidencialidad (art. 171 LGS), obligación de abstenerse de participar en decisiones en las que tenga un interés propio (art. 180 LGS), obligación de independencia (arts. 161 y 180 LGS) y obligación de evitar ponerse en una situación de

6. *Los que sean directores, administradores, representantes legales o apoderados de sociedades o socios de sociedades de personas que tuvieren en forma permanente intereses opuestos a los de la sociedad o que personalmente tengan con ella oposición permanente*".

¹¹⁵ "Artículo 171.- Ejercicio del cargo y reserva

Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal.

Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones".

¹¹⁶ "Artículo 173.- Información y funciones

Cada director tiene el derecho a ser informado por la gerencia de todo lo relacionado con la marcha de la sociedad. Este derecho debe ser ejercido en el seno del directorio y de manera de no afectar la gestión social.

Los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes y su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron".

¹¹⁷ "Artículo 179.- Contratos, créditos, préstamos o garantías

El director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concerten en las condiciones del mercado. La sociedad sólo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.

Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas.

Los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en este artículo".

¹¹⁸ "Artículo 180.- Conflicto de intereses

Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director".

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 89.

conflicto de intereses (art. 180 LGS). Así, a partir de la regulación mencionada, podemos apreciar que el deber de lealtad (deber fiduciario por antonomasia) no es del todo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico y forma parte de la normativa comercial.

Por consiguiente, consideramos que si una determinada relación jurídica regulada por un contrato de *joint venture* guarda una relación fiduciaria según las características del caso concreto, dicho contrato genera deberes fiduciarios para uno o todos los socios, siendo que los mismos pueden ser aplicables dentro de nuestro marco jurídico como se ha justificado en líneas previas, lo cual incluye a las relaciones de asociación en participación y contrato de consorcio.

Como seguro advertirá el lector, lo anterior esboza ligeramente nuestra posición sobre la relación entre *joint venture* y deberes fiduciarios, la cual terminará de desarrollarse en el siguiente acápite.

§ V. Conclusión

Como hemos mencionado en la Introducción de esta tesina, uno de los propósitos del presente trabajo académico es actualizar las nociones relacionadas al contrato de *joint venture*, razón por la cual hemos hecho una breve exposición respecto de su objeto, el ámbito en cual usualmente se ejecuta y sus modos de implementación; no obstante, nuestro análisis se ha centrado en la supuesta naturaleza fiduciaria de este tipo de contrato, la cual es una característica aceptada por unanimidad en la doctrina nacional, no obstante, sin mayores explicaciones ni precisiones sobre el particular.

Así, de lo analizado y demostrado en la presente tesina, la relación existente entre *joint ventures* y deberes fiduciarios no es tan sencilla de abordar, razón por la cual descartamos de plano la afirmación absoluta plasmada en la doctrina nacional que refiere que dicha figura contractual es de naturaleza fiduciaria.

Efectivamente, consideramos que tal apreciación se ha quedado estancada en un

pensamiento de hace casi cien años atrás¹²⁰, el cual, si bien aún está vigente, no es el único enfoque desarrollado a la fecha¹²¹.

Así, hace casi cien años se cree (al menos en una cantidad importante de círculos académicos) que los socios que conforman un joint venture se deben la más alta lealtad y honestidad, afirmación de la cual nacen una serie de deberes que son impuestos a los *venturers* como contrapartida o la otra cara de la moneda de un derecho discrecional que es forjado a partir de la confianza depositada por una o ambas partes en una determinada relación jurídica.

La historia de la figura contractual bajo análisis determina hasta cierto punto su naturaleza, razón por la cual aún hay artículos en torno a la problemática de los deberes fiduciarios en el joint venture (*ver Sanga*). No obstante, creemos firmemente que el Derecho no debe ser estático, si bien debe ser una manifestación de su tiempo, también ha de ser innovador y visionario, motivo por el cual consideramos que si bien es inevitable asociar deberes fiduciarios al joint venture, ello no es impedimento para analizar si dichas obligaciones han de estar presentes en todo contrato de este tipo.

La finalidad de dichos deberes es el impedimento o eliminación del oportunismo; el cual, si bien tiene un término vil, a nuestro criterio, no necesariamente implica mala fe por parte de la parte que cae en dicho supuesto.¹²² Por ejemplo, y aquí atropellamos contra la sentencia que más influencia tiene sobre este tema, el caso *Meinhard v Salmon* es uno donde, efectivamente, se presentó una oportunidad de negocio a quien administraba el joint venture en calidad de fiduciario (y no solo por propio derecho), pero la decisión de Salmon no perjudicaba en lo absoluto a Meinhard.

Como atinadamente señaló el juez disidente, el joint venture entre Salmon y Meinhard se había implementado en virtud de un contrato de arrendamiento, esto es, como refiere la misma definición de joint venture, para un determinado negocio.

Así, salvo que la decisión afecte al joint venture o a uno de los socios de alguna manera distinta a la sola pérdida de la chance, sin haber un pacto de por medio que obligue a

¹²⁰ Nos referimos al criterio del juez Cardozo en el caso *Meinhard v Salmon*.

¹²¹ Recuérdese los otros dos enfoques adoptados en la jurisprudencia canadiense sobre el particular.

¹²² Evidentemente, si se tratara de mala fe, la responsabilidad sería inmediata.

informar cada oportunidad de negocio que se le presente, consideramos que no habría una afectación al deber de lealtad.

Distinto escenario sería si para aprovechar la oportunidad de negocio, el socio deba de alguna manera hacer uso de los activos del joint venture o de su socio. En dicho caso, consideramos que deberá informar de su proceder y buscar la aprobación de su socio, aun cuando se le haya otorgado plenas facultades para actuar, en tanto que se entiende que dicha amplitud de representación es con la finalidad de beneficiar a quien representa y al negocio en común, y no para actuar únicamente en beneficio propio.

Entonces, ¿el joint venture es fuente de deberes fiduciarios? No necesariamente.

Por un lado, respecto a la teoría que el *corporate joint venture* no generaría estos deberes, nos resulta una solución razonable. Sin embargo, corresponde a los tribunales judiciales o arbitrales corroborar la misma, dado que, finalmente, aunque el joint venture genere una entidad distinta a las partes, dicha relación excede los márgenes de un estatuto social, ya sea como una especie de contrato marco, convenio de accionistas o porque en la realidad la persona jurídica que se crea solo funge de mecanismo para una mejor distribución de tareas, utilidades y pérdidas. Efectivamente, de los autores citados (Shishido, Zenichi et. al.), se desprendería que es posible que se imputen deberes fiduciarios aún a socios dentro de una *corporation*. Por consiguiente, seremos cautos en aseverar en términos absolutos como mejor una u otra posición, y dejaremos abierta la posibilidad de que se puedan atribuir deberes fiduciarios a los socios, sin perjuicio de que sobre este tema en particular se pueda elaborar una siguiente investigación.

Ahora bien, en lo que respecta al *contractual joint venture*, creemos con mayor certeza que no es intrínsecamente fiduciario, en tanto que las cortes extranjeras mayormente han impuesto dichos deberes en casos donde sobre una de las partes recaía toda la responsabilidad del negocio y no tanto sobre una relación donde ambas partes controlan el mismo.

En ese sentido, somos de la opinión que un contrato de *joint venture* puede tener matices fiduciarios, siempre y cuando una parte (el fiduciario) actúe en nombre y representación de la otra parte (el beneficiario) y ejerza discrecionalidad respecto a un

recurso crítico de propiedad del beneficiario.

Ahora, resuelta la pregunta que dio origen a este trabajo académico, corresponde responder al siguiente cuestionamiento: ¿los deberes fiduciarios son aplicables dentro de nuestro sistema jurídico?

Así, consideramos que la atribución de dichos deberes es perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que, como expusimos en el Capítulo IV, el artículo 1353 del Código Civil legitima la implementación de reglas u obligaciones contenidas en contratos atípicos, sea por la configuración interna de dichos instrumentos jurídicos (cláusulas contractuales) o por la naturaleza jurídica de la relación que revisten los mismos.

En efecto, pese a que el joint venture se trataría de una figura ajena a nuestro ordenamiento, en virtud de la norma bajo mención, los operadores del Derecho pueden asignar a dicho contrato la figura legal de los deberes fiduciarios, en tanto que el joint venture incorporado al sistema jurídico vigente por la voluntad de las partes, bajo ciertas circunstancias (descritas líneas arriba), se configura como una relación de naturaleza fiduciaria.

En otros términos, consideramos haber demostrado nuestra hipótesis de que el joint venture es un negocio jurídico que, según sus características, puede involucrar una relación fiduciaria, lo cual significa que, a diferencia de lo señalado por la doctrina nacional, no es *per se* un contrato de carácter fiduciario. No obstante, ello no significa que no pueda configurarse como uno de dicha naturaleza, en cuyo caso será menester prestar atención a los deberes fiduciarios que surgen del mismo, los cuales, a nuestro parecer, sí podrían ser aplicados en nuestro ordenamiento jurídico; esto es, sí podrían ser exigidos por los tribunales judiciales o arbitrales; justamente, porque nuestro sistema tiene una predisposición por aceptar las reglas particulares de los contratos que suscriben los privados, lo cual implica tanto aquellas incluidas en las cláusulas del contrato como aquellas que surgen de la naturaleza de la relación jurídica.

Tras lo desarrollado, a nuestro criterio, corresponde absolver dos preguntas más, siendo la primera la siguiente: ¿es posible limitar o apartarse de los deberes fiduciarios?

Nuestra respuesta es sí. Somos de la opinión que, en principio, no debe recaer sobre las partes de un joint venture estos deberes tan rigurosos, si, justamente, las contratantes no los han previsto. Por consiguiente, contrariamente al primer enfoque que maneja la jurisprudencia canadiense, que es relacionar automáticamente al joint venture con deberes fiduciarios, somos de la idea de que dicha atribución debe transitar por un análisis casuístico.

Efectivamente, como ha sido señalado en el acápite anterior, a nuestro juicio, la libertad con que cuentan las partes para establecer su propio sistema de responsabilidad entre socios y frente a terceros, supone la posibilidad de que los socios limiten o excluyen obligaciones o deberes de tipo diferente a las relacionadas a las prestaciones del contrato (incluyendo deberes fiduciarios). Evidentemente, ello no significa que las partes puedan restringir su responsabilidad por negligencia grave o dolo o que su acuerdo pueda quebrantar la buena fe que ha de regir entre ellas.

Así, para dicha determinación se ha de estudiar si existe una relación fiduciaria, tomando en cuenta para ello los términos del contrato, los hechos, actos, acuerdos, comportamientos y sofisticación de las partes de la relación jurídica.

Justamente, en el sentido del caso *Pappas v. Tzolis* (*supra* 108) y del *Business Judgement Rule*¹²³, los cuales limitan o excluyen deberes fiduciarios en caso que el contratante tenga una significativa injerencia en el negocio o está debidamente informado o asesorado respecto al negocio, del caso en mención, resulta evidente que Tzolis no había quebrantado ningún deber fiduciario, en tanto que sus socios habían sido debidamente asesorados para efectos de transferir sus derechos, por lo que, el hecho que Tzolis luego haya obtenido una ganancia 10 veces mayor a lo pagado por

¹²³ Es importante mencionar que la *Business Judgement Rule* consiste en una presunción *iuris tantum* que se ha desarrollado en Estados Unidos, por la cual, valga la redundancia, se presume que los directores han arribado a una determinada decisión de negocios sobre la base de información completa, actuando de buena fe y en la creencia de haber obrado en el mejor interés de la empresa. Así, dado que dicha presunción se ha desarrollado en torno a los deberes fiduciarios que guardan los directores de una empresa y no respecto a socios o joint venturers, e inclusive resulta ser una regla controversial en la doctrina americana, hemos decidido no extendernos al respecto, en tanto que implica un ejercicio que puede escapar del objeto de esta investigación. No obstante, consideramos que el referido criterio puede ser tomado como referencia, sobre todo en el extremo relacionado a la información, en tanto que, el hecho que los socios hayan contado con suficiente información para avalar el comportamiento del fiduciario es un factor a considerar para determinar si hubo una vulneración a deberes fiduciarios.

sus socios, antes de tratarse de un ejercicio oportunista por parte de Tzolis, involucra una actuación negligente o libre por parte de los socios de Tzolis, quienes debieron informarse mejor del valor de sus derechos o quienes estuvieron satisfechos con el precio de transferencia.

De esta manera, en caso de duda, nuestra premisa debe ser que las partes no guardan dichos deberes, toda vez que, al tratarse de deberes de alta rigurosidad, los mismos involucran privar de derechos a los contratantes pese a que dichas prohibiciones no han sido parte de la manifestación de voluntad plasmada en el contrato. Dicho de otro modo, para limitar derechos, nuestra aproximación hermenéutica a la relación ha de ser restrictiva, de lo contrario, podría sancionarse conductas que no han generado un daño cierto e injusto.

Lógicamente, la aplicación de deberes fiduciarios tiene una apariencia de justicia, y ¿quién puede argumentar en contra de lo que parece justo o contra lo que busca restablecer el equilibrio? Cuidado, no abogamos por el título de este trabajo, todo lo contrario, pero sí es importante tener en cuenta todos los factores, no solo desde una óptica favorable al beneficiario, sino también desde el fiduciario, para una mejor decisión.

Así las cosas, como última pregunta que podríamos formularnos es ¿cuál es el resultado en términos sistémicos de contar en el ordenamiento jurídico con un joint venture con caracteres fiduciarios?

Básicamente, implicaría reconocer a la vulneración al deber de lealtad o deberes fiduciarios como causal de terminación de contrato y de responsabilidad, esto es, donde la parte afectada puede dar por finalizado un contrato o exigir el pago de una reparación por dicho quebrantamiento, dependiendo de la magnitud del daño.

Por lo demás, es importante tener presente el factor tiempo en las relaciones contractuales, sobre todo en una donde puede existir una relación fiduciaria. Nos explicamos, como es evidente, a quien se le otorga una discrecionalidad, debe ejercerlo con criterio y sin abuso, así, el tiempo puede servir como remedio. Piénsese en una empresa europea que busca implementar su negocio en América Latina. Dado que en

esta región existe el riesgo de que cada cierto tiempo, tras épocas de elecciones, el panorama de cierto número de países cambie, decide utilizar el joint venture como mecanismo de ingreso al mercado. De esta manera, mitiga riesgos, en tanto que no introduce todo su patrimonio de golpe para crear la cadena de negocio correspondiente o, al contar con un socio nacional, se reducen las posibilidades de que el negocio sea expropiado. En fin, tras ciertos años de relación, al ver que la situación del país es estable, el extranjero quiere aprovechar la oportunidad comercial de llevar solo el negocio. ¿Puede darlo por terminado?

Consideramos que aún cuando las partes hayan pactado la terminación anticipada y unilateral del contrato, el ejercicio de dicho derecho debe ser razonable, más aun cuando nos encontraríamos ante una relación que se sostiene en altos valores o estándares de comportamiento; por consiguiente, será menester atender al factor “tiempo”, esto es, en el ejemplo propuesto, el extranjero deberá otorgar un plazo razonable a su socio para dar una oferta que lo permita acompañarlo en la aventura, o uno que le permita soportar el cambio; o el extranjero deberá pagar una compensación, tomando en cuenta las expectativas reales de su socio por los meses venideros.

§ VI. Bibliografía

- Agulló, F. (2000). *Las alianzas estratégicas, una respuesta a la demanda global*. Economía Industrial (331), 11-15.
- Ariño, Á. (2008). *Las imprescindibles alianzas estratégicas*. Revista de Antiguos Alumnos del IEEM, 54-60.
- Benítez Caorsi, Juan J. (2013). *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*. México D.F.: Ed. Ubijus; Madrid: Ed. Reus.
- Chuliá Vicént, E., & Beltrán Alandete, T. (1996). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: Bosch, 73-74.
- Comité Jurídico Interamericano. Resolución, Empresas conjuntas, a efectos de elaborar normas para las asociaciones de capital y de personas jurídicas. Reflexiones sobre las empresas conjuntas o “joint ventures” en el contexto interamericano, (CJI/RES.I-7/92) Washington, D.C., 12 mar. 1992

- Conde Granados, Jorge Luis (2014). *Análisis del contrato de joint venture y sus mecanismos de financiamiento*. Vox Juris, 27(1), 47-78.
- Elías Laroza, Enrique. (2015). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Edición puesta al día por el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano*. II Tomos. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, A. (2005). Derecho y evolución: La naturaleza humana y la función adaptativa del comportamiento normativo. *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, (11), 21.
- Flint, Pinkas. (2013). *Negocios y Transacciones Internacionales* (Vol. II). Lima: Grijley.
- Gómez Cáceres, D., & Cristóbal Cárle, G. (2004). *Los Contratos en el Marketing Internacional*. Madrid: ESIC Editorial.
- Gulati, R. (1998). *Alliances and Networks*. SMJ, 19: 293-217.
- Head, J. W. (2012). *Global Business Law* (3rd ed.). Dorham: Carolina Academic Press.
- Hintikka, J., Mackie, J. L., & Sánchez, A. (1976). Razón práctica versus razón teórica: un legado ambiguo. *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*.
- Le Pera, Sergio (1998) *Joint Venture y Sociedad*. Argentina: Editorial Astrea
- Lipsey, R. (2006). *Measuring Foreign Direct Investment*. CUNY/NBER, disponible online en <http://www.iariw.org/papers/2006/lipsey.pdf>.
- Montoya Alberti, Ulises. (2004). *El contrato de joint venture*. Revista jurídica Docentia et Investigatio, Vol. 6, Nº 2, 29-51.
- Tallman, S. B., & Shenkar, O. (1994). *A Managerial Decision Model of International Cooperative Venture Formation*. Journal of International Business Studies, 25 (1), 91-113.
- OCDE (2011), *OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa: Cuarta edición*, Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264094475-es>.
- Renart, Lluís G. (1999, Setiembre 13-19). *Consortios de exportación y otros tipos de alianzas estratégicas entre empresas*. Boletín Económico de ICE , pp. I-XV.
- Renart, Lluís G. (2008). *Cinco ópticas para analizar alianzas estratégicas*. IESE Business School – Universidad de Navarra, disponible online en <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-0157.pdf>.
- Pan, Y., & Tse, D. K. (2000). *The Hierarchical Model of Market Entry Modes*. Journal of International Business Studies, 31 (4), 535-554.
- Peng, W. Mike. (2009). *Global Business 2009 Update*. Canada: Cengage Learning.

UNIDO (2008), *Patterns of Internationalization for Developing Country Enterprises (Alliances and Joint Ventures)*, https://www.unido.org/fileadmin/user_media/Publications/documents/Patterns_of_internationalization_for_developing_country_enterprises_contents.pdf.

