

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

*"La joint venture en el
comercio internacional"*
Fernando Esteban de la Rosa

04027

**LECTURA PARA LA CÁTEDRA DE
"CONTRATACIÓN INTERNACIONAL"**

Prof. Héctor Navarrete T.
Ayudante Nicolás Muñoz

Segundo semestre, Agosto 2004

COMARES
monografías

La joint venture en el comercio internacional

La joint venture en el comercio internacional
Fernando Esteban de la Rosa

Fernando Esteban de la Rosa



COMARES
editorial



EDITORIAL COMARES

FERNANDO ESTEBÁN DE LA ROSA

Doctor en Derecho

LA JOINT VENTURE
EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

H. Navarrete

MADRID, 21 Abril, 2001

GRANADA, 1999

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:

MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

Este trabajo se inscribe en el proyecto DGICYT «El Derecho del Comercio internacional en el marco de la integración europea» (P595-0232), dirigido por el prof. Dr. S.A. Sánchez Lorenzo en la Universidad de Granada.

A mis padres

© Fernando Esteban de la Rosa

Editorial COMARES

Polígono Juncaril, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

TEL (958) 46 53 82 • Fax (958) 46 53 83

E-mail: comares@comares.com

<http://www.comares.com>

ISBN 84-8151-898-0 • Depósito legal : GR. 718-1999

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES, S.L.

SUMARIO

ABREVIATURAS Y SIGLAS	XV
INTRODUCCIÓN	I

CAPÍTULO PRIMERO

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

I. Aproximación conceptual a la <i>joint venture</i>	9
1. La <i>joint venture</i> como forma social en la órbita del <i>common law</i>	10
2. La <i>joint venture</i> en el ámbito del comercio internacional	12
3. Planteamientos doctrinales	13
A. Concepciones amplias	13
B. Concepciones estrictas	14
C. Definición adoptada	16
4. La noción de <i>joint venture</i> en el Derecho comunitario de la competencia y en las normativas estatales sobre inversiones extranjeras	17
II. Funciones y tipología de la <i>joint venture</i>	20
1. <i>Joint ventures</i> para la ejecución de proyectos puntuales, <i>joint ventures</i> cooperativas, <i>joint ventures</i> concentrativas y <i>joint ventures</i> de inversión ..	20
2. <i>Joint ventures</i> horizontales, verticales y conglomerado	25
3. <i>Joint ventures</i> entre particulares, <i>joint ventures</i> entre particulares y Estados, y <i>joint ventures</i> entre Estados	26
4. Relevancia jurídica de la distinción entre <i>equity joint venture</i> y <i>non equity joint venture</i>	27

III. Caracterización de la <i>equity joint venture</i>	28
1. Concepto y distinción de otras figuras	28
2. Estructura jurídica y creación de la <i>equity joint venture</i>	30
A. Intereses determinantes de la articulación jurídica	30
B. El acuerdo de base o contrato de <i>joint venture</i>	32
C. Los contratos satélites	42
D. La sociedad <i>joint venture</i>	45
3. Calificación jurídico material del contrato de base	51

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS Y ORIENTACIONES METODOLÓGICAS EN LA
REGULACIÓN DE LA JOINT VENTURE EN EL COMERCIO
INTERNACIONAL

I. Introducción	59
1. Diversidad de sistemas de referencia para la regulación internacional de la <i>joint venture</i> : el Convenio de Roma ante las instancias arbitrales ...	59
2. <i>Lex mercatoria</i> y principios jurídicos generales para los contratos complejos de larga duración: valoración crítica	65
II. Incidencia del DIPr. autónomo	73
1. El DIPr ante la regulación de las modernas relaciones complejas del comercio internacional: pervivencia del problema de ley aplicable ..	73
2. Principios materiales y valores condicionantes de las soluciones de ley aplicable a la <i>joint venture</i> internacional	77
III. El nivel de regulación contractual de la <i>joint venture</i> internacional: problemas particulares	81
1. Identificación de las unidades contractuales y consecuencias en DIPr ...	81
A. Opciones de tratamiento en DIPr	81
B. Autonomía contractual del acuerdo base y de los contratos satélites ..	83
C. El contrato de <i>joint venture</i> : unidad <i>versus</i> pluralidad contractual	89
2. Análisis de las relaciones entre los contratos	90
A. Planteamiento	90
B. Relaciones entre el acuerdo base y los contratos satélites: perspectiva funcional	91
C. Caracterización jurídica de las relaciones entre el contrato de base y los contratos satélites	95
D. Caracterización jurídica de las relaciones recíprocas entre los contratos satélites	100

IV. Alcance del método de atribución y dimensión sustancial	103
1. Categorías de normas imperativas relevantes en las operaciones de <i>joint venture</i>	106
A. Normas de defensa de la competencia	106
B. Normas en materia de transferencia internacional de tecnología	109
C. Normas sobre control de cambios e inversiones extranjeras	112
2. Cauces de aplicación para las normas materiales imperativas en el sistema español de DIPr	114

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE Y A LOS CONTRATOS
SATELITES: ASPECTOS GENERALES

I. El problema de la delimitación entre normas de conflicto en los contratos de <i>joint venture</i>	121
1. Introducción	121
2. Incidencia del Convenio de Roma sobre la delimitación entre normas de conflicto	122
A. Cánones de interpretación del Derecho uniforme	124
B. Interpretación nacional <i>versus</i> interpretación autónoma de la noción obligación <i>contractual</i>	127
C. <i>Contractualidad</i> de las obligaciones de carácter jurídico-social	129
3. Sentido y alcance de la exclusión contenida en el artículo 1.2 e) CR	133
A. El concepto de sociedad y de persona jurídica en el artículo 1.2 e) CR	133
B. Presupuestos de análisis del ámbito de la exclusión	135
C. Justificación material de la exclusión	140
D. Propuesta de interpretación	150
E. Recapitulación: consecuencias sobre el sistema español de DIPr de sociedades	153
4. La delimitación en el ámbito autónomo	153
A. La atribución de personalidad jurídica a las sociedades en Derecho español	156
B. Consecuencias sobre la interpretación del artículo 9.11 Ce	157
5. Calificación de los contratos de <i>joint venture</i>	167
A. Finalidad perseguida por el contrato de <i>joint venture</i>	168
B. Configuración <i>ad hoc</i> del contrato de <i>joint venture</i> como sociedad interna	168

II. El principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de <i>joint venture</i> sin estructuración externa	171
1. Significado de la autonomía material en la construcción de la <i>joint venture</i>	171
2. Designación voluntaria de la ley aplicable a los contratos de <i>joint venture</i>	173
A. Significado de la autonomía conflictual en las operaciones de <i>joint venture</i>	174
B. Límites de la autonomía conflictual en el Convenio de Roma	176
C. Fraccionamiento voluntario de ley aplicable	177
D. Designación cumulativa de leyes	179
E. Designación tácita de ley aplicable: elementos para su identificación ..	180
F. Limitaciones fácticas a la autonomía conflictual	182
G. Elección del régimen jurídico al margen de una normativa estatal ..	183
3. Eficacia de las cláusulas de estabilización y de petrificación del Derecho aplicable	186

CAPÍTULO CUARTO

DERECHO APPLICABLE AL ACUERDO BASE Y A LOS CONTRATOS SATÉLITES: DETERMINACIÓN OBJETIVA

I. Introducción	193
1. Condicionantes previos	193
2. El marco normativo del convenio de Roma	196
II. La ley del prestador característico en los contratos de <i>joint venture</i>	200
1. Estado de la cuestión en la doctrina	200
2. Aproximación a la técnica de la prestación característica	202
A. La prestación característica en los contratos atípicos	203
B. Perspectiva de análisis económico	209
C. Relevancia del elemento cooperativo	226
III. La ley más estrechamente vinculada	238
1. Aspectos metodológicos	238
A. Consideraciones generales	238
B. Ley más estrechamente vinculada y contenido material de los Derechos en presencia	243
C. La ley más estrechamente vinculada en los contratos de <i>joint venture</i> ..	246
2. Nacionalidad o sede común de los participantes	247

3. Coincidencia de la sede de un participante con la sede de la sociedad <i>joint venture</i>	249
A. Posibles fundamentos del criterio	250
B. Límites a su operatividad	253
C. Valoración del grado de proximidad de la conexión en presencia de otros criterios que deriven de la dinámica interna del contrato ...	255
4. Coincidencia de la sede de un participante con otros criterios	256
A. Vigor localizador del elemento cooperativo en el contrato de <i>joint venture</i>	257
B. Lugar de negociación y de celebración del contrato	259
C. ¿Estructura funcional y económica de la <i>joint venture</i> y participación desigual en la sociedad <i>joint venture</i> ?	261
5. Ninguno de los criterios coincide con la sede de un participante	263
A. ¿Fraccionamiento del contrato?	263
B. ¿Aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos en presencia y adaptación?	263
C. La ley de la sede de la sociedad <i>joint venture</i> como conexión de cierre: límites a su operatividad	265
6. Otros criterios	267
IV. Fraccionamiento <i>versus</i> unidad del régimen contractual de la <i>equity joint venture</i>	268
1. Estado de la cuestión en la doctrina: la tesis de la conexión accesoria ...	270
2. Necesidad de un análisis desde la consideración de los intereses en presencia	273
3. El fraccionamiento objetivo de ley aplicable en la <i>equity joint venture</i> ...	275

CAPÍTULO QUINTO

DERECHO APPLICABLE AL ACUERDO BASE DE JOINT VENTURE CON ESTRUCTURACIÓN EXTERNA

I. Introducción	277
II. Régimen jurídico del acuerdo base de <i>joint venture</i> con estructuración externa	278
1. Criterio general para la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas en DIPr. español	278
2. Necesidad de una modulación del criterio para su aplicación a los fenómenos societarios más simples	281

III. Ámbito de la <i>lex societatis</i> versus ámbito del convenio de Roma	287
1. Relaciones con relevancia interna y con relevancia externa	287
2. Análisis de aspectos particulares	289
A. Constitución de la sociedad base con estructuración externa	289
B. Régimen de la responsabilidad y de la representación	291
C. Disolución de la sociedad base y acuerdos sobre su duración	292
IV. Oponibilidad del estatuto del acuerdo base con estructuración externa	296
V. Estatuto contractual del acuerdo base de <i>joint venture</i> con estructuración externa: significado para la construcción de la <i>joint venture</i>	300

CAPÍTULO SEXTO

ESTATUTO DE LA SOCIEDAD JOINT VENTURE

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

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AEIE	Agrupación Europea de Interés Económico
AESJ	Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos
AG	Aktiengesellschaft (Sociedad Anónima, Alema- nia)
AJCL	American Journal of Comparative Law
Am.un.law.rev	American University Law Review
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ASDI	Annuaire suisse de droit international
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil, Alema- nia)
BGH	Bundesgerichtshof
BCE	Boletín de las Comunidades Europeas
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
BOT	Builds operate transfer
BYIL	British Yearbook of International Law
Cah.dr.ent	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah.dr.eur.	Cahiers de droit européen
California L.Rev.	California Law Review
Cc.	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional (París)

C. de c.	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CIRDI/ICSID	Centro para la resolución de diferencias relativas a inversiones/Center for Settlement of Investment Disputes (Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965)
Com.Cc.Min.Justicia	Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia
MLR	Common Market Law Review
Cornell L.Q.	Cornell Law Quarterly
CR	Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
DN	Derecho de los Negocios
DIPr	Derecho internacional privado
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
Dir.comm.int	Diritto del commercio internazionale
Dir.com.scam.int	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dr.pr.comm.int	Droit et pratique du commerce international
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alemania)
Enc.Dir.	Enciclopedia del Diritto
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
EWS	Europäisches Wirtschaft und Steuerrecht
Florida int.law.journ.	Florida International Law Journal
GATT	Acuerdo General de Tarifas Aduaneras y Comercio
GG	Grundgesetz (Constitución alemana de 23 de mayo de 1949)
GJ	Gaceta Jurídica de la CEE
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Sociedad de responsabilidad limitada, Alemania)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alemania)
Harvard LR	Harvard Law Review
ICE	Información Comercial Española

ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDI	Instituto de Derecho internacional
IPRax	Praxis des Internationalen Privatrecht
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
J-Cl. Eur.	Juris Classeur Europe
JdT	Journal des Tribunaux
Journ.dr.int.	Journal du droit international (Clunet)
JZ	Juristen Zeitung
LDefC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMV	Ley del Mercado de Valores
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency (Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones)
Nw.J.Int.L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOEI	Nuevo Orden Económico Internacional
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OLG	Oberlandesgericht
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OR	Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht (Ley federal sobre el Derecho suizo de obligaciones), de 30 de marzo de 1911/ 18 de diciembre de 1936
RebelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.D.	Real Decreto
Rec. des Cours	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye

Rev.crit.der.in.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RGD	Revista General de Derecho
Rev.der.in.	Revista de Derecho Inmobiliario
Rev.der.ind.	Revista de Derecho Industrial
(DP	Revista de Derecho Privado
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Rev. La Ley	La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
RDAI/IBLJ	Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal
Rev.crit.dr.int.priv.	Revue critique de droit international privé
Rev.trim.dr.comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev.trim.dr.eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Riv.dir.comm.dir.gen.ob.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
Riv.dir.ind.	Rivista di Diritto Industriale
Riv.dir.int.	Rivista di Diritto Internazionale
Riv.dir.int.pt.proc.	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
(Riv.soc.	Rivista delle società
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
ROW	Recht in Ost und West
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Société anonyme suisse)
SAE	Sociedad Anónima Europea
SAS	Société par Actions Simplifiée (Francia)
StAZ	Das Standesamt

TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNCITRAL/CNUDMI	United Nations Commission for International Trade Law/Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yearbook C.A.	Yearbook of Commercial Arbitration
YEL	Yearbook of European Law
ZEUPR	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechts Wissenschaft. Archiv für internationales Wirtschaftsrecht

INTRODUCCIÓN

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

El estudio de la *joint venture* en DIPr brinda al intérprete, de un lado, y como pocas otras realidades del comercio internacional, la oportunidad de

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

Ante este panorama, la metodología que hemos seguido para reconstruir el régimen jurídico internacional de la *joint venture* viene presidida por varias ideas. De una parte, por la que afirma la posibilidad de identificar los valores y principios materiales que informan las ramas del Derecho consideradas, a fin de orientar hacia ellos las soluciones de ley aplicable; de otra, por la que presupone la posibilidad de hacer actuar a dichos valores en concreto para, mediante juicios de carácter dialéctico, justificar la mayor razón o justicia de una determinada solución de ley aplicable, todo ello en un esquema de análisis atento a las necesidades del tráfico en el sector, y abierto a la variable e inopinada realidad de los casos. El esquema de análisis que se propone se basa, pues, en la reconstrucción crítica de las soluciones de ley aplicable a la *joint venture* desde la perspectiva de los valores en presencia en cada uno de los sectores afectados, sin perder de vista las necesidades de regulación del tráfico internacional tal y como aparecen con palmaria claridad en estas operaciones, y en la senda que han marcado los más recientes trabajos aparecidos en la literatura española de DIPr, desde la que se propugna una nueva lectura del sistema a través de una jurisprudencia de valores¹. En ella, el Derecho sustantivo de

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

cada Estado, y las concepciones propias en torno a cada instituto jurídico, aparecen como superestructuras para la modelación y extracción de soluciones de DIPr, respondiendo así el conjunto del Ordenamiento a una misma y única idea de justicia². Con el instrumental metodológico que proporcionan los principios materiales de regulación de la rama del Ordenamiento considerada, el reto para el intérprete consiste en ofrecer soluciones previsibles, no sólo en sistemas que incorporan un acusado componente de flexibilidad, y cuyas soluciones exigen un *plus* de motivación, sino también en relación con disposiciones de DIPr escasamente elaboradas y de carácter rudimentario. Averiguadas las necesidades de regulación en el sector, habrá de encararse una aproximación detenida y reflexiva a las soluciones normativas de DIPr en los sectores afectados, y a los principios hermenéuticos que informan su interpretación, realizando las eventuales propuestas de *lege ferenda* cuando las soluciones normativas impidan, con toda evidencia, obtener soluciones satisfactorias o razonables a la vista de los intereses en presencia. Por su especial incidencia en este sector, el análisis de DIPr de la *joint venture* también hace obligado valorar la pretendida quiebra de determinados planteamientos dogmáticos en el ámbito de las fuentes del Derecho.

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

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

nes exteriores, las dictadas en materia de exportación o importación de tecnología, así como otras normas imperativas que pueden incidir sobre estas operaciones (*ad. ex.* normas del Derecho de sociedades).

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

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

La determinación objetiva de la ley aplicable a la estructura contractual de la *joint venture*, aparece fuertemente condicionada por el marcado componente casuístico que muestra la práctica negocial en este ámbito. En efecto, los contratos de *joint venture* no se prestan a la identificación de un contenido o estructura negocial típica, ni siquiera por grupos de casos, tratándose por el contrario de contrataciones *ad hoc*, diversas unas de otras. Esta caracterización de los contratos de *joint venture*, que puede bien resumirse como *imposibilidad tipológica*, determina la oportunidad de cuestionar el verdadero alcance del principio de seguridad jurídica que informa las soluciones del CR, y si éste habría de quedar limitado a los supuestos o casos *típicos*. Inutilizada la *seguridad del tipo de contrato*, el reto para el intérprete habrá de consistir en la construcción de una seguridad que permita dar cauce al razonamiento jurídico dirigido a la determinación objetiva de ley aplicable, en el marco de un proceso de decisión de operatividad *a posteriori*, que guíe la tarea del intérprete a través de pautas de valoración razonables establecidas *a priori*. Buena parte de este trabajo tiene por finalidad ofrecer soluciones de ley aplicable para los contratos de *joint venture*, pero no en virtud de grupos de casos típicos, sino, y corresponde ello a la segunda idea metodológica de este trabajo, a través de un discurso argumentativo que, basado en los valores en presencia, permita *motivar* por medio de juicios de carácter dialéctico, el razonamiento jurídico dirigido a la determinación de la ley aplicable⁴. Lo que habrá de conducir a la

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

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

identificación de las conexiones a las que, desde aquellos valores, y a la vista de las circunstancias, haya de otorgarse mayor relevancia conflictual en el sector de la contratación que se analiza.

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

El análisis de los principios rectores de la rama considerada, así como de las concepciones más recientes en el ámbito del Derecho sustantivo de sociedades, será seguido especialmente para dilucidar el tratamiento que deben recibir los aspectos societarios de la operación de *joint venture*. En este sector, por mor de las necesidades de liberalización y de construcción jurídica interna que reclama el tráfico en el ámbito del Derecho de sociedades, especialmente sentidas en las operaciones de *joint venture*, en vista de las novedades legislativas en el panorama del Derecho de sociedades comparado, así como en atención a las explicaciones científicas más recientes de los fenómenos sociales —se defiende la caracterización de este sector del ordenamiento como *Derecho facilitador*—, el trabajo cuestiona la posible admisión, y en qué medida, de la

autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de sociedades, dada la imposibilidad de ignorar la proyección de estas nuevas orientaciones sobre el DIPr. Ello puede interferir, como se verá, no sólo en la interpretación de nuestro sistema autónomo de DIPr, sino también en la del CR. En este punto, el trabajo se detendrá especialmente en la interpretación del sentido y alcance del artículo 1.2 e) CR. Junto a ello, se pretende proporcionar el régimen jurídico internacional que corresponde en nuestro sistema de DIPr a las sociedades más simples (*ad. ex.* sociedad civil, sociedad colectiva irregular), constituidas mediante un mero contrato.

El estudio de las cuestiones de ley aplicable que suscitan las operaciones de *joint venture* puede ser abordado desde una pluralidad de perspectivas, todas ellas con entidad más que suficiente como para merecer un tratamiento en trabajos autónomos. El objeto de la presente investigación se ciñe a la determinación de la ley aplicable a los elementos estructurales (*contractuales y societarios*) que vertebran a la operación de *equity joint venture*. No se tratan, pues, de forma específica otros temarios que interesan también al ámbito de estas operaciones como, por ejemplo, la exhaustiva regulación que las *joint ventures* encuentran en el Derecho comunitario de la competencia, las implicaciones específicas de la estructuración de la *joint venture* sobre el Derecho de los grupos de sociedades, los aspectos relacionados con el control de cambios, o los de orden fiscal, que ordenan asimismo esta operación, así como la inserción de estas operaciones en los programas de cooperación con los países en vías de desarrollo. Para la realización del trabajo se han utilizado, con el valor exegético y de aportación de ideas que siempre cabe darles, las orientaciones metodológicas recientes seguidas por la doctrina y por la legislación comparada de los países de nuestro entorno, sobre todo de aquellos que cuentan con elaboraciones más desarrolladas sobre las cuestiones que se tratan.

CAPÍTULO PRIMERO

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

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA *JOINT VENTURE*

A la expresión *joint venture* no corresponde un único significado. En los círculos del *common law*, de un lado, el término alude a una concreta forma social. En la práctica del comercio internacional, de otro, refiere tanto a una modalidad de cooperación entre empresas, que no se vincula a un tipo social concreto, como a una modalidad de inversión directa⁵. Sin embargo, las trazas del concepto en el segundo ámbito no andan lejos de las ideas y práctica que desencadenaron la aparición de aquella forma social. En el ámbito del comercio internacional, el acusado componente práctico del instituto, y su desvinculación respecto de un sistema normativo estatal, dificultan la construcción del concepto de *joint venture*. En las páginas que siguen se expondrán las caracterizaciones más al uso de la expresión *joint venture*, con la finalidad de proveer un concepto instrumental que sirva para delimitar el objeto de este trabajo. Por otra parte, la noción *joint venture* ha sido *juridificada* por diversas normativas estatales, singularmente por el Derecho de defensa de la compe-

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

tencia y el de las inversiones extranjeras, donde se han acuñado definiciones jurídicas, con perfil específico, de la *joint venture*. Para la aplicación de estas normativas habrá que estar, obviamente, al concepto de *joint venture* en el modo que haya sido delineado por la correspondiente normativa.

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

Aunque la *joint venture* encuentra sus antecedentes en las primeras formas asociativas conocidas en Inglaterra durante la Edad Media⁶, sólo en el siglo XVII cabe identificar un perfil más definido, apareciendo la *joint venture* como figura asociativa capaz de satisfacer la doble exigencia de integración de recursos en vista de un fin común, y de preservación de la autonomía jurídica de los sujetos asociados⁷. A pesar de su origen europeo, la *joint venture* adquiere

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

⁷ El característico individualismo de los comerciantes ingleses, organizados en las *Gild of Merchants*, resultaba incompatible con las exigencias del floreciente comercio marítimo internacional del siglo XVI. Por ello se hizo recurso a la *regulated company*, que generalmente gozaba del monopolio del comercio en una zona (con Rusia, con Turquía...), y operaba bajo principios similares a las *Gilds*. Durante el siglo XVII los comerciantes ensayaron diversos procedimientos de asociación: cabía bien la posibilidad de formar una asociación meramente ocasional, para un solo viaje, o bien la creación de *joint stock companies* con o sin el beneficio de la responsabilidad limitada, constituyendo, respectivamente, el antecedente de la sociedad de capitales y el de la sociedad de personas. Tras el movimiento especulativo que se registra al fin del siglo XVII, la *Bubble Act* (1720) limitó la concesión de la carta de incorporación y, por tanto, del beneficio de la subjetividad jurídica y de la responsabilidad limitada. Esto ocasionó que el comercio tuviera lugar hasta 1825 entre *joint stock without incorporation*. La mayoría de estas asociaciones fueron consideradas como *partnerships*, aunque no todas. Fue el momento en el que la juris-

pleno significado, como forma social, en la jurisprudencia norteamericana de la segunda mitad del siglo XIX. En este momento, aunque sobre una base socio-económica diversa, el recurso a la *joint venture* se justifica por su limitación temporal y objetiva, lo que la convertía en un instrumento ágil para articular la integración empresarial en la floreciente industria norteamericana, sin suponer merma para la autonomía jurídica y económica de los participantes. En un largo proceso de desarrollo jurisprudencial, la *joint venture* se va a ir conformando como forma social autónoma del Derecho norteamericano, autonomía que se traducirá en la definición de diferencias en su régimen jurídico respecto al de la *partnership*⁸. No puede decirse, sin embargo, que la confor-

prudencia británica delineó una forma social, denominada *joint venture*, que se distinguía de la *partnership* por la inexistencia de un ejercicio conjunto de la actividad económica. No obstante, pese al vacilante reconocimiento inicial de la figura, el desarrollo del Derecho societario británico fue, poco a poco, restando autonomía a la *joint venture*, al considerarla «as proper a *partnership* as any other», con la consiguiente aplicación del régimen jurídico de ésta. Sobre la evolución de la *joint venture* en la jurisprudencia británica, vid. A. ASTOLFI: *Il contratto di joint venture*, op. cit. págs. 86-87; J.T. BROWN: «International joint venture contracts in English Law», *Dr.pr.com.int.*, 5, 1979, pág. 235; D. BONVICINI: *Le joint ventures...*, op. cit., págs. 6-7.

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

mación de la *joint venture*, como categoría autónoma frente a la *partnership*, haya quedado acabada. El desarrollo jurisprudencial no fue uniforme: por una parte, algunos criterios que determinaban la existencia de una *joint venture* (v.g. la limitación temporal y objetiva de la actividad) comenzaron a ser rechazados en su función delimitadora; y por otra, se hizo frecuente la reconducción de las situaciones calificadas nominalmente como *joint ventures* al régimen jurídico de la *partnership*, con las consecuencias que ello comportaba (v. g. responsabilidad solidaria y apoderamiento de todos los socios o *mutual agency*). Este modo de proceder determinó que la *joint venture* fuera perdiendo, poco a poco, su espacio conceptual en el Derecho de sociedades, y el progresivo abandono del instituto por los operadores económicos. Comenzó entonces a gestarse la figura de la *joint venture corporation*, que permitía habilitar en la *joint venture* la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales a la cuantía de la aportación.

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

La aparición y expansión de la *joint venture* en el comercio internacional se debe a la proliferación de operaciones de gestión compartida en el ámbito de la extracción de petróleo y de productos minerales⁹. En una primera fase, la estructura de relación comercial de la *joint venture* fue utilizada por las empresas norteamericanas, familiarizadas con esta forma de asociación, para llevar a cabo proyectos conjuntos en el extranjero. Posteriormente, estas empresas introdujeron el mismo modelo cooperativo en sus relaciones con sociedades extranjeras y gobiernos locales, afectando esta circunstancia al mismo concepto de *joint venture*. Durante ese proceso, la idea económica de cooperación subyacente a la *joint venture*, va a ir ganando terreno en el orden conceptual, en detrimento de los presupuestos técnico-jurídicos que la práctica jurisprudencial norteamericana había asociado a esa figura. La *joint venture* se convierte así

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

en un supuesto de hecho económico (wirtschaftlichen Sachverhalt)¹⁰, cuya instrumentación jurídica podrá tener lugar mediante la utilización de los diferentes soportes jurídicos, contractuales y societarios, de que disponga cada Ordenamiento¹¹.

3. Planteamientos doctrinales

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

A. Concepciones amplias

Según una concepción muy amplia de la noción, la *joint venture* ha sido equiparada a la cooperación entre empresas. Esta caracterización supone la consideración como *joint venture* de cualquier tipo de contrato de carácter cooperativo, incluyéndose contratos tan diferentes como los de servicio técnico (*technical services arrangements*), los de licencia de marca y de franquicia (*franchise and brand use agreements*), los acuerdos de construcción de instalaciones o fábricas

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

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

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

llave en mano, o los contratos de dirección (*management contracts or rental arrangements*)¹³. Sin embargo, se trata de una concepción minoritaria, que ha sido denunciada al no permitir la individualización de la *joint venture* frente a otras instituciones que, al contrario, no incorporan la voluntad de establecer una relación de carácter asociativo¹⁴. Dentro también de una concepción amplia, un sector de la doctrina reserva a la expresión *joint venture* un significado más preciso, identificándola, a grandes rasgos, con los acuerdos para el desarrollo, de forma conjunta, de una actividad o proyecto económicos de interés común¹⁵.

B. Concepciones estrictas

El concepto de *joint venture* ha sido acotado desde perspectivas diversas como, por ejemplo, desde el Derecho de la competencia¹⁶, desde la perspectiva organizativa empresarial¹⁷ o desde una simplemente jurídico-

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

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

¹⁵ Vid. R. HALL: *The international joint venture*, Nueva York, Praeger, 1984, pág. 19; D.E. TURNER: *An Antitrust Analysis of Joint Ventures, Kontrolle von Marktmacht nach deutschem, europäischem und amerikanischem Kartellrecht*, Colonia, 1981, pág. 102; L. DABIN: «Les structures de coopération...», cit., pág. 481; J.F. AGUILAR: «En torno a la *joint venture*», *RGD*, 1988, pág. 5816; R. DÍAZ ZARATE: «Los acuerdos de *joint venture* como forma de internacionalizar la actividad empresarial», *Actualidad financiera*, 1987, pág. 1891.

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

¹⁷ En el sentido que propone H.H. KLEIN, la noción *Gemeinschaftsunternehmen* (*joint venture*) sólo comprendería las situaciones en que existe una organización empresarial completa para la realización autónoma de beneficios, quedando excluidas de la noción, por tanto, las modalidades

formal¹⁸, conceptos que, por el enfoque particular adoptado, no han recibido la mejor acogida en el conjunto de la doctrina. Partiendo de la diversidad de situaciones a que puede referir la expresión, otras definiciones se limitan a proponer un elenco de los elementos constitutivos, o frecuentes, en la *joint venture*. Por ejemplo, para C. TURATI, como elementos determinantes de la existencia de una *joint venture* se citarían, además de la voluntad asociativa y una sustancial comunidad de intereses entre las partes, la integración de recursos de cada uno de los *joint ventures*, el mantenimiento de la autonomía operativa y jurídica de las empresas asociadas, la participación de los socios en el capital riesgo de la empresa dentro de límites que hagan plausible el intento cooperativo y, como elementos frecuentes en la práctica aunque no necesarios, la participación activa y conjunta de los socios en la gestión estratégica y operativa del acuerdo, así como el carácter complementario de la actividad de los participantes en la *joint venture* respecto al campo de acción usual de los socios¹⁹. L.O. Baptista y P. Durand-Barthez señalan cuatro caracteres o elementos para la definición de la *joint venture*: el origen y carácter contractual así como la inexistencia de una forma específica, la naturaleza asociativa, es decir el reparto de medios y de riesgos, el derecho de los participantes, independien-

des de cooperación parciales, que sólo comportan la puesta en común, por ejemplo, de la adquisición de las materias primas, el marketing o la investigación y el desarrollo (H.H. KLEIN: «Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen», *FiW-Schriftenreihe*, Heft 29, Colonia, Berlin, München, 1966, págs. 22 y ss).

¹⁸ Para C. REYMOND, la particularidad de la *joint venture* radicaría en constituir un *sistema de contratos en torno a la sociedad común* (C. REYMOND: «Le contrat de joint ventures», *Innomatverträge*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupf, Zürich, 1988, pág. 385). Esta limitación del concepto, sin embargo, no presta atención a la diversidad de articulaciones jurídicas que puede manifestar un mismo supuesto económico, quedando desatendido el sustrato común de unas y otras realidades (vid. F. KNOEPFLER y O. MERKT: «Les accords de joint venture et les limites du droit international privé», *Conflits et harmonisation; Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Friburgo, 1990, pág. 751; L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations d'entreprises...* op. cit. pág. 49). Por el valor que puede tener, la mayoría de la decena de laudos que, bajo la rúbrica *joint venture*, contiene el *Repertorio del Yearbook C.A.*, (vol. I a XII), concierne a *joint ventures* de carácter contractual.

¹⁹ C. TURATI: *Economia e organizzazione delle joint venture*, Milán, EGEA, 1990, págs. 28-29.

tes entre ellos, a la gestión conjunta, aunque este derecho pueda quedar limitado a la posibilidad de vetar las decisiones más importantes de la empresa, así como el objetivo o duración limitados, no tratándose de la búsqueda del beneficio por todos los medios²⁰. Por su parte, F. Wächterhäuser define la *joint venture* como una forma especial de cooperación internacional para un proyecto, en la que un número reducido de socios independientes cooperan empresarialmente, contribuyendo cada uno al proyecto con prestaciones de distinto carácter²¹. Se elevan así a rasgos centrales de la definición de la *joint venture*, la necesidad de que se trate de una cooperación económica dirigida a la realización de un proyecto concreto, la dimensión internacional de la *joint venture*, el carácter cerrado de la operación, la independencia o autonomía económica de los socios así como la contribución de cada uno de ellos al proyecto con arreglo a sus capacidades propias. De forma similar, E. Herzfeld define la *joint venture* como una asociación de un número reducido de participantes en una empresa económica, no necesariamente limitada en el tiempo, sobre cuya dirección ejercen un control conjunto, y que no precisa quedar estructurada en forma corporativa²². Por su parte, como rasgos distintivos de la empresa mixta, noción equivalente a la de *joint venture*, R. Dávalos Fernández identifica la presencia de dos o más socios de diferentes países, la acción conjunta de los socios, el objetivo determinado, la participación en la contribución, la participación en los riesgos y beneficios, la participación en el control financiero, la transferencia de tecnología así como la agilidad y la flexibilidad en la forma para adaptarse a los requerimientos de la legislación²³.

C. Definición adoptada

La facilitación y ordenación de este complejo ámbito de la práctica del comercio internacional, aconseja acoger una concepción estricta del concepto *joint venture* toda vez que, de otro modo, pierde interés el empleo de la expresi-

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

²¹ F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht...*, op. cit., págs. 30 y ss.

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

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

Def. sión. Al efecto de este trabajo entenderemos por *joint venture* una operación internacional de cooperación entre empresas caracterizada por su origen negocial, por la autonomía jurídica y económica de los participantes, que queda intacta en el ámbito que escapa al proyecto común, por el desarrollo de una actividad o proyecto de forma conjunta por aquellos, dentro o fuera de un concreto marco social, por el control conjunto de esta actividad a través de una estructura organizativa establecida para el logro de los objetivos de la cooperación, así como por la vinculación material de la actividad a desplegar con la propia de los participantes. Es preciso advertir que la *joint venture*, tal y como ha sido definida, recibe también en el comercio internacional, y por parte de los autores, otras muchas denominaciones, como empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales u otras²⁴.

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

La caracterización eminentemente práctica de la *joint venture* coexiste en la actualidad con conceptos positivos, de Derecho estatal o institucional, desarrollados para la aplicación de las normativas sobre defensa de la competencia, y sobre inversiones exteriores. Se trata de conceptos funcionales, cuya utilización fuera del marco normativo para el que han sido dictados, ha de hacerse con cautela²⁵.

En el sector del Derecho de defensa de la competencia, el Derecho comunitario ha generado aproximaciones propias a la *joint venture*²⁶. Paradójica-

²⁴ Vid. R. DÁVALOS FERNÁNDEZ: *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, op. cit., pág. 1.

²⁵ Vid. K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, op. cit., págs. 29-31.

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

mente, aunque el Derecho comunitario prevé, a veces, la aplicación de regímenes de defensa de la competencia diferentes en atención a la presencia o no de una *joint venture*²⁷, y parte de una distinción fundamental entre *joint ventures* concentrativas y cooperativas²⁸ para determinar su tratamiento procedimental, ninguna de las dimensiones normativas de ese Derecho —Tratados y Derecho derivado— proporciona directamente un concepto. Para la reconstrucción conceptual de la *joint venture* cobran valor fundamental los informes de la Comisión sobre política de competencia, que han definido a la *joint*

²⁷ La existencia de una empresa común, frente a otras formas de cooperación, puede tener consecuencias jurídicas sobre el otorgamiento o no de una exención. En los Reglamentos sobre exención de licencias de patentes y de know-how (artículo 5 del Reglamento CEE, núm. 2349/84, de la Comisión de 25 de julio de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes, *DOCE*, núm. L 219, de 16 de agosto de 1984; artículo 5 del Reglamento CEE, núm. 556/89, de la Comisión de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de know-how, *DOCE*, núm. L 61, de 4 de marzo de 1989), el dato de que la licencia se conceda entre las sociedades fundadoras de una empresa común o entre una de éstas y la empresa común determina la exclusión de la aplicación del Reglamento (no obstante, *vid. CEE*: «Encouragement of Cooperation between Undertakings: a new Policy for Cooperative Joint Ventures, (Communication of the EEC Commission)», *RDAL* 1993, núm. 1, págs. 81-112, donde se manifiesta el propósito de extender la exención a las *joint ventures*). Frente a ello, en varias decisiones pronunciadas por la Comisión se ha reconocido el mayor grado de cooperación del instrumento de la empresa común, sus ventajas en relación con otros medios de cooperación, así como su carácter *indispensable* para lograr el objetivo pretendido, en el sentido del artículo 85.3 del TUE, lo que permitió la concesión de una exención individual que de otro modo no habría sido posible (*vid. C. FERNÁNDEZ-LEGA GARRALDA: Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Pamplona, Aranzadi, 1994, págs. 463-475; J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS: «La noción de filial común en el Derecho comunitario de la competencia a la luz del reglamento sobre control de las operaciones de concentración», *RJE*, 1992, págs. 566 y ss; S. POILLOT-PERUZZETTO: «Entreprises communes», *Juris Classer, Europe*, fasc. 1461, 3, 1994, pág. 6).

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

venture como «une entreprise soumise à un contrôle exercé en commun par deux ou plusieurs entreprises économiquement indépendantes les unes des autres»²⁹. De esta definición pueden desprenderse los caracteres esenciales configuradores del concepto, a saber, la existencia de una empresa, sometida al control conjunto de otras empresas y la independencia económica de las segundas. Se trata de un concepto de impronta económica, en la que poco importa la estructuración jurídica de la *joint venture*, siendo posibles tanto una de tipo societario, como una de índole exclusivamente contractual³⁰.

En el marco de las políticas de admisión/restricción de las inversiones extranjeras, numerosos países en vías de desarrollo y de la órbita excomunista se han dotado de leyes que ofrecen facilidades a la inversión extranjera cuando ésta se canaliza mediante la creación de una *joint venture* con una empresa local. El concepto de *joint venture*, o sus afines en el correspondiente idioma, adquieren así un valor positivo concreto a efectos de la aplicación de la normativa sobre inversiones exteriores. Entre los ejemplos más recientes, la Ley cubana de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995³¹ contiene sendas

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

³⁰ Conforme a las elaboraciones doctrinales que se han desarrollado en torno a este tema, la empresa común puede integrar el conjunto de las fases de una empresa (investigación y desarrollo, fabricación, comercialización, etc...) o una de ellas solamente. La existencia de control conjunto, como condición para la existencia de *joint venture*, requiere que se acredite una influencia efectiva de las empresas fundadoras sobre las decisiones de la empresa común. Esta influencia podrá resultar bien como consecuencia de una participación paritaria en la sociedad común, o bien debido a estipulaciones contractuales (*per. quando* se reconozca a una de las sociedades madres un derecho de veto sobre la gestión social, o cuando la sociedad matriz que posea la mayoría del capital haya estipulado con los accionistas minoritarios acuerdos parasociales, que concedan la posibilidad de influir sobre el control de la empresa) (*vid. J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS: «La noción de filial...», cit.*, págs. 575-590; A. GUACCIRO: «L'impresa comune nella disciplina antitrust nazionale», *Riv. dir. comm. dirigen. oh.*, 1993, págs. 747-784; G. AGHINA: «La nozione di controllo congiunto ai fini della applicazione delle norme antitrust comunitarie e italiane sulle imprese comuni», *Riv. dir. ind.*, 1993, págs. 491-498).

³¹ Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N.º 3 el 3 de septiembre de 1995.

definiciones de los dos tipos principales de *joint venture*. De un lado, la *sociedad mixta*, equivalente a la *equity joint venture*, se define como «compañía mercantil cubana que adopta la forma de sociedad anónima por acciones nominativas, en la que participan como accionistas uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros» (artículo 3, i); de otro, el *contrato de asociación económica internacional*, que se corresponde con la *contractual joint venture*, es definido como «pacto o acuerdo entre uno o más inversionistas nacionales y uno o más inversionistas extranjeros, para realizar conjuntamente actos propios de una asociación económica internacional, aunque sin constituir persona jurídica a las partes» (artículo 3, h).

II. FUNCIONES Y TIPOLOGÍA DE LA JOINT VENTURE

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

Para apreciar las diversas funciones³² a que puede servir la creación de una *joint venture*, resulta de utilidad proceder a su clasificación con arreglo a diversos criterios. En primer lugar, por su objeto, la doctrina distingue entre *joint ventures* creadas para la ejecución de proyectos puntuales, *joint ventures* de inversión, *joint ventures* de tipo cooperativo y *joint ventures* de concentración.

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

La envergadura técnica o financiera de los grandes proyectos de obras públicas, o de construcción de ensamblajes industriales, impide, o hace poco recomendable, que su ejecución sea asumida en solitario por una empresa. La combinación de las capacidades técnicas y financieras de varias sociedades en una *joint venture*, logra limitar la cuantía de la inversión respectiva, reduce el riesgo empresarial, y permite a las empresas competir en ámbitos de actividad a los que difícilmente podrían acceder en solitario. En este ámbito es frecuente la constitución de *joint ventures* bajo la modalidad BOT (*Build — Operate — Transfer*), en la que los participantes financian y explotan la infraestructura objeto del contrato hasta su amortización, para cederla después mediante precio al país de acogida³³. Ello obliga a los constructores a convertirse en banqueros de la inversión, organizar el *pool* de entidades financieras (bancos públicos y privados, socios, obligaciones, etc) y a constituir una sociedad que explote la infraestructura durante varios años³⁴. Se consigue así una garantía adicional para el buen fin de la obra, a la vez que la fuente para su financiación.

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

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

Las *joint ventures* de tipo cooperativo se caracterizan porque los participantes ponen en común una fase concreta del proceso productivo (*ad. ex.* una central de compras, una unidad de fabricación, sus plantas de investigación), con la finalidad de racionalizar los costes de la empresa, continuando en situación de competencia entre ellos. Las *joint ventures* de este tipo pueden facilitar notablemente, por ejemplo, la penetración en nuevos mercados, al permitir la comercialización de los productos de las sociedades participantes a través de las organizaciones de distribución y de venta de que ya disponen en sus respectivos países. Y sobre todo, facilitan el aprovechamiento, también por las pequeñas y medianas empresas, de las posibilidades que brinda el nuevo mercado europeo³⁵.

En las *joint ventures* de tipo concentrativo, las sociedades participantes abandonan de forma definitiva en la *joint venture* un ámbito completo de actividad, lo que produce el efecto económico de una fusión parcial (*Teilfusion*)³⁶. Sería el caso de dos sociedades establecidas en el ámbito de las telecomunicaciones que ponen en común, mediante su traslado a una *joint venture*, todas sus actividades en el sector de los servicios informáticos por cable. Generalmente, este tipo de *joint venture* tiene vocación a adquirir una independencia progresiva respecto a sus fundadores, especialmente por el juego de la cláusula de no restablecimiento, lo que autoriza a hablar de concentración. Otras veces, lo que se transfiere a la sociedad *joint venture* no es una parte, sino la totalidad de la empresa, convirtiéndose entonces los participantes en sociedades *holding*³⁷, es decir, en sociedades cuyo único objeto es poseer participación financiera en

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

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

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

otras. Al generar una concentración, la licitud de esta clase de *joint ventures* debe ser examinada a la vista de las normativas sobre el control de las operaciones de concentración. A la admisión de la *joint venture* como medio de promover un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el seno de la Comunidad, se opone el respeto al principio de libre competencia (art. 3 del TCEE). Por ello, la Comisión se ha esforzado por establecer con claridad el alcance del Derecho de la competencia respecto a las empresas comunes³⁸.

El incremento de las operaciones de *joint venture* se debe también a motivaciones de orden político. En esta perspectiva, las *joint ventures* de inversión han aparecido, de un lado, en sustitución de los métodos tradicionales de colonialismo económico, basados en regímenes de concesión o licencia y, por tanto, como modelos empresariales acordes con los principios que postula el *NOEI*³⁹. Con base en estos principios, muchos países en vías de desarrollo se dotaron de regulaciones sobre el control de las inversiones, en las que era frecuente que apareciesen condicionadas a la constitución de empresas mixtas, participadas normalmente por el Estado, quedando envueltas las *joint ventures*

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

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

res, en muchos casos, en políticas estatales de desarrollo, dirigidas a la implantación de industrias, y al acceso a la tecnología en el país receptor de la inversión.

De otro lado, la creación de joint ventures con participación minoritaria del inversor extranjero y mayoritaria del Estado anfitrión, apareció en el tiempo de la guerra fría como una fórmula políticamente adecuada para propiciar las relaciones comerciales Este-Oeste, condicionadas en ese momento por un fuerte endeudamiento exterior de los países del Este. Se salvaban de esa forma los escollos constitucionales de los países comunistas a la admisión de la propiedad privada⁴⁰. En la actualidad, como consecuencia de la desaparición del bloque soviético, el régimen de las inversiones en los países del Centro y Este de Europa ha experimentado profundas modificaciones, admitiéndose incluso la posibilidad de crear sociedades controladas enteramente por capital extranjero⁴¹. Aun en esta situación, la creación de joint ventures con sociedades locales puede seguir conviniendo por la posibilidad que brinda de contar con

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

⁴¹ Para una información completa sobre el régimen de las joint ventures en la Federación Rusa y en la Comunidad de Estados Independientes a raíz de la nueva, y ciertamente confusa, situación legislativa, vid. M. THIEL: *Joint Ventures in der Russländischen Föderation*, Berlín/Viena, Arno Spitz GmbH, Verlag Österreich, 1995; A. KELLER Y R. KNIGGE: *Joint Ventures in den GUS-Staaten: Vorbereitung—Gründung—Chancen und Perspektiven*, Wiesbaden, Gabler, 1995; J. ZENTES (Hrsg.): *Out-West Joint Ventures*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1992; K. RAZUMOV: «Legal Aspects of Direct Foreign Investments in the Republics of the Commonwealth of Independent States», *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Francfort a.M., 1993, págs. 335-344. De igual modo, la nueva normativa sobre inversiones extranjeras

un participante familiarizado con las relaciones políticas, económicas y culturales locales, por las posibles ventajas en la adjudicación de encargos públicos, por la existencia de mejores perspectivas para la obtención de las autorizaciones necesarias para la realización de una inversión⁴² o, simplemente, por la obtención de un régimen fiscal más ventajoso.

2. Joint ventures horizontales, verticales y conglomerado

En atención a las relaciones entre el ámbito de las actividades propias de los participantes, y el de la joint venture, es clásica la distinción entre joint ventures horizontales, verticales y conglomerado. En una joint venture horizon-

de Bulgaria, Hungría y Chequia (ampoco limita las inversiones directas (vid. M. PONCIELA: «Hungría aspira a atraer capitales extranjeros», ICE, 1991, págs. 3057-3061; P. PENNETTA: «Ancora in materia di investimenti stranieri nei paesi (Già) socialisti: la nuova normativa in Bulgaria e Cecoslovacchia», *Dir. comm. int.*, 4, 1990, págs. 493-505; C. GROMOTKE: «Der Rechtsrahmen für ausländische Investitionen in der CSFR nach Verabschiedung des neuen Handelsgesetzbuches», *ROW*, 36, 1992, págs. 193-201). Afirmaciones que son trasladables a la normativa rumana sobre inversiones extranjeras (vid. D. CARREAU Y J.-Y. MARTIN: «Le passage de la Roumanie à une économie de marché: les lois du 8 avril 1991 sur les investissements étrangers et du 14 août 1991 sur la privatisation des sociétés commerciales», *Dir. comm. int.*, 5, 1991, págs. 599-601). La ley puede verse en págs. 602-606). En Cuba, una vez modificada la Constitución en 1992, esta transformación ha tenido lugar a través de la ley de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995, que deroga el Decreto-Ley n.º 50 sobre asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras, de 5 de febrero de 1982, normativa que, como modalidad de inversión, admite, junto a la asociación económica internacional (joint venture), la consistente en capital totalmente extranjero (artículo 12). Para China, junto a la posibilidad de crear joint ventures (la ley de 1 de julio de 1979, modificada el 4 de abril de 1990, sobre joint ventures con capital chino y extranjero), la ley de 12 de abril de 1986 ha introducido la posibilidad de inversión directa a través de sociedades enteramente extranjeras (vid. D. BORDE Y S. MENG: «Les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers en République Populaire de Chine», *RDAL*, 1993, núm 5, pág. 539).

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

tal, la empresa común actúa en la misma fase económica en la que se desenvuelve la actividad de los participantes en el proyecto. En la vertical, la *joint venture* tiene por objeto una fase anterior o posterior del proceso productivo. Por ejemplo, la cooperación se limita a la puesta en común de la publicidad, del transporte, de una central de aprovisionamiento, a la fabricación en común de un producto intermedio, a la distribución conjunta de los productos fabricados por las sociedades participantes, o a la gestión común de las iniciativas en el ámbito de la investigación y el desarrollo. Las *joint ventures* conglomeradas actúan en un ámbito económico que no es el propio de las sociedades madres. Sería el supuesto en el que dos sociedades que se dedican a la producción de automóviles, acuerdan entrar, de forma conjunta, en el mercado del alquiler de coches. En sentido parcialmente distinto, la doctrina alemana también distingue las *joint ventures* según asuman o no todas las fases de la actividad de la empresa⁴³. Conforme a esta clasificación, la *joint venture* puede abarcar una única etapa del proceso productivo (u. gr. distribución, investigación, publicidad, compra), hablándose entonces de una *cooperación funcional* (*funktionaler Kooperation*) o bien todas las fases de la actividad de la empresa, desde el aprovisionamiento hasta la distribución de los productos, (*gegenständlicher Kooperation, Vollunternehmen*).

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

En razón de la calidad de los participantes en la operación, cabe hablar de *joint ventures* entre particulares, *joint ventures* entre particulares y un Estado, y *joint ventures* entre Estados⁴⁴, asimilables a las empresas comunes⁴⁵. La participación del Estado en la *joint venture*, junto a una sociedad privada, suele ser

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

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

⁴⁵ Vid. A. L. CALVO CARAVACA: «Régimen jurídico de la gestión administrativa del enlace fijo a través del estrecho de Gibraltar y cuestiones de Derecho internacional privado», *RGD*, 1987, págs. 6697-6748. Desde la perspectiva seguida más frecuentemente, las empresas comunes no

frecuente en las relaciones comerciales Norte-Sur y Este-Oeste, y suscita problemas específicos en relación con el régimen de la operación. Como titular de la soberanía (*Hoheitsträger*), el Estado podría modificar, unilateralmente, el régimen legal aplicable a la inversión⁴⁶. Para la resolución de controversias en este tipo de *joint ventures*, suele ser frecuente el recurso al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIRDI o ICSID), creado por el convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁴⁷. La finalidad de este convenio es establecer un marco de resolución de controversias que favorezca la confianza en el establecimiento de contratos de inversión entre Estados y nacionales o empresas de otros Estados.

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

En atención a sus posibles articulaciones jurídicas, la noción *joint venture* abraza dos realidades bien diferentes⁴⁸: de un lado la llamada *contractual o non equity joint venture* dirigida normalmente a la ejecución de un proyecto limitado en el tiempo, donde la cooperación se agota en relaciones puramente con-

son verdaderas *joint ventures*, en cuanto los problemas que suscitan, de Derecho internacional público, son de muy distinta índole. En este sentido, P. PENNETTA afirma la dificultad de asimilar el tratado internacional concluido entre Estados al contrato entre particulares que queda sometido a un ordenamiento estatal (P. PENNETTA: *La filiale comune internazionale: contributo allo studio della cooperazione internazionale fra imprese*, Milán, Giuffrè, 1988, págs. 42-44).

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

⁴⁷ Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de mayo de 1965. Ratificado por España el 20 de junio de 1994, BOE, de 13 de septiembre de 1994. A propósito de su entrada en vigor para España, vid. M. CHECA MARTÍNEZ: «Arbitraje entre Estados e Inversores Privados: entrada en vigor del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965», *REDI*, XLII, 1995-1, págs. 322-325.

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

tractuales; de otro la *equity joint venture* o *joint venture corporation*⁴⁹, caracterizada por la presencia instrumental de una sociedad de capitales (sociedad *joint venture*) controlada conjuntamente por los participantes. En atención a la diversidad de problemas jurídicos que pueden suscitar uno y otro tipo, la doctrina recomienda el análisis separado de la *contractual joint venture* y de la *joint venture corporation*.

III. CARACTERIZACIÓN DE LA EQUITY JOINT VENTURE

1. Concepto y distinción de otras figuras

El presente trabajo se va a ocupar sólo y exclusivamente del análisis de ley aplicable que merece la *equity joint venture* o *joint venture corporation* que, como se acaba de señalar, es aquella variedad de joint venture en la que los participantes instrumentan la cooperación a través de una sociedad conjunta⁵⁰. Como instrumento de la cooperación, las sociedades participantes crean una estructura societaria, prevista y regulada por un Derecho estatal. El régimen jurídico de la cooperación derivará, en este caso, de los pactos contractuales establecidos entre los participantes en la operación (primer nivel de regulación), así como de la regulación que corresponda a la sociedad conjunta creada al efecto (segundo nivel de regulación), cuyo capital queda repartido entre las sociedades participantes. En el presente trabajo, aquella sociedad será denominada indistintamente sociedad común, sociedad conjunta o sociedad *joint ven-*

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

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

ture. Las sociedades que intervienen en la *joint venture*, y que detentan el control conjunto de la sociedad común, serán denominadas sociedades participantes o simplemente participantes, viniendo a significar con ello la misma idea que se quiere decir con la denominación anglosajona *joint venture*⁵¹.

Definido de forma positiva lo que es una *equity joint venture*, conviene también proceder a una delimitación de carácter negativo. Pues bien, en razón de la existencia de una sociedad conjunta jurídicamente independiente de las sociedades participantes, la *equity joint venture* se desmarca, en primer término, de todas aquellas formas de cooperación de carácter puramente contractual (ad. ex. los consorcios contractuales). De otro lado, la *equity joint venture* se distingue netamente de la fisión internacional de sociedades, que supone la extinción de, al menos, una de las sociedades implicadas. La *equity joint venture* se distingue también de la mera filial, en cuanto el control estable o de dependencia efectiva no se realiza por una sola empresa, sino por varias. Por otra parte, desde las trazas definitorias del grupo de sociedades, si bien en uno y otro caso intervienen sociedades jurídicamente independientes, las sociedades participantes en la *joint venture*, al contrario de las que forman el *Konzern*, son económicamente independientes unas de otras y no se encuentran sometidas a una dirección unitaria⁵². En atención a la participación significativa de

⁵¹ Este es, a nuestro juicio, el término español que mejor expresa el contenido jurídico de la posición del *joint venture*: De un lado, se evitan locuciones unidireccionales, como *parte o socio*, que podrían oscurecer la posición doble —parte del contrato de base y socio o accionista de la sociedad común— que ocupan las sociedades que intervienen en la operación de *equity joint venture*. De otro, frente a la expresión *participe*, se pretende hacer notar que estas sociedades no simplemente *tienen parte en la joint venture*, en el sentido de una inversión de cartera, sino que *tomar parte activa, participan en el desarrollo de la operación* (vid. *Diccionario Jurídico Básico*, Comares, 1985; *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, vigésima primera edición, t. II, Madrid, 1992, pág. 1536). Se trata de una expresión, *participante*, que ya ha sido utilizada como sinónimo de *joint venture* (vid. N. BOUZA VIDAL: «Los acuerdos de cooperación entre empresas ante el DIPE», Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 23 de noviembre de 1990 con motivo del II Curso de Derecho del Comercio Internacional (inédito); L.O. BAPTISTA Y A. SIERRALTA RÍOS: *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, 2.ª edic. Perú, 1993, pág. 185).

⁵² Algunos países, como es el caso de Alemania, también reconocen la existencia de grupo cuando varias sociedades se coordinan para controlar a otras (grupo de sociedades por coordinación *Koordinationskonzern*, *Gleichordnungskonzern*), asociando ciertos efectos jurídicos, sin-

los *joint venturers* en el control y dirección de la sociedad conjunta, la *equity joint venture* se diferencia de las simples inversiones de cartera (*Portfolio-Investitionen*)⁵³.

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

A. Intereses determinantes de la articulación jurídica

La conformación jurídica de la *equity joint venture* responde a la necesidad de proporcionar una adecuada reglamentación a las complejas relaciones de dependencia y de colaboración que los participantes pretenden instaurar entre ellos, de un lado, y con la sociedad común, de otro. El conjunto de esta reglamentación puede afectar a muy diferentes aspectos o dimensiones, estrechamente interrelacionados unos con otros. La participación de cada socio en el capital de la sociedad común, las relaciones de suministro y de prestación de servicios entre los participantes y la sociedad *joint venture*, la transferencia de tecnología en favor de esa sociedad, la coordinación de la acción empresarial de las sociedades madres, la construcción jurídica de una influencia efectiva de cada participante sobre el proceso de adopción de las decisiones, etc., son, todas ellas, cuestionas que han de recibir una respuesta coordinada. Por ejemplo, el participante que asume un mayor riesgo financiero en la operación, normalmente pretenderá ejercer también una mayor influencia sobre los procesos de dirección del proyecto⁵⁴; la sociedad que proporciona el soporte tec-

gularmente la obligación de rendir cuentas de forma consolidada, a la existencia de esa clase de grupo (*vid.* parágrafo 18.2 *AktG*). El contrato de *joint venture* podría ser el fundamento de una dominación conjunta de la sociedad común por los participantes (*vid.* A. BAUMANN: «§ 22 *Joint Ventures*», *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 1, München, C.H. Beck, 1995, pág. 505. También *vid.* P. ULMER y G. WIEDEMANN: «Die Methode der Zusammenarbeit zwischen unabhängigen Unternehmen», *Deutsche Zivil-, Kollisions- und Wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Budapest*, 1978, Tübingen, 1978, págs. 272-273).

⁵³ *Vid.* K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, pág. 29; *Id.* *Joint ventures...*, *op. cit.*, pág. 22.

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

nológico fundamental para la ejecución del proyecto común, mostrará gran interés en lograr la máxima protección para los derechos de propiedad industrial o secretos técnicos que aporte; dado que las sociedades participantes podrían concurrir con la sociedad *joint venture* en el desarrollo de una misma actividad económica en un mercado, el éxito de la operación aconsejaría la inclusión en el contrato de acuerdos de delimitación de mercados y de no competencia. Por otra parte, con independencia de que alguno de los participantes controle la mayoría del capital y la gestión de la empresa conjunta, el socio que presta y cede su imagen corporativa mostrará interés en poseer el derecho de aprobar o de vetar toda modificación de los elementos que componen dicha imagen⁵⁵.

En principio, la articulación jurídica de la *equity joint venture* podría quedar aligerada mediante la incorporación de ese entramado de relaciones al ente social creado al efecto, a través de la inserción de las cláusulas oportunas en los estatutos de la sociedad. Sin embargo, la menor o escasa flexibilidad de la estructura social seleccionada para constituir la sociedad *joint venture*⁵⁶, la conveniencia, incluso en presencia de estructuras sociales flexibles⁵⁷, en mantener

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

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

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

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

la confidencialidad del vínculo creado por razones de estrategia empresarial⁵⁸, la posibilidad de evitar de este modo procedimientos rígidos, como los sociales, para la modificación del proyecto, así como la necesidad de vincular a los participantes más allá de la extinción de la sociedad común, suelen hacer recomendable que la relación básica de cooperación quede, en sus aspectos fundamentales, fuera del marco social. A esta finalidad responde el denominado acuerdo base de joint venture, que constituye la pieza central de la cooperación entre los participantes. Junto a esta necesidad, la concreción de los aspectos particulares de la relación (*ad. ex.* relaciones de suministro de cada participante a la *joint venture*, contratos de licencia de marcas o patentes, etc.), normalmente encuentra mejor localización jurídica en un marco de regulación independiente respecto al contrato de cooperación. Aparecen así los contratos satélites, en los cuales cabe establecer una regulación más detallada para los aspectos singulares en una operación de *equity joint venture*. Junto a la sociedad conjunta, la *equity joint venture* se caracteriza por articular un conjunto contractual formado por el acuerdo base de *joint venture* y por los acuerdos satélites.

B. El acuerdo de base o contrato de joint venture

El contrato de *joint venture*⁵⁹ es el acuerdo por el que los participantes en una operación de *equity joint venture* convienen sobre la creación de la socie-

⁵⁸ En adelante se utilizarán indistintamente las denominaciones acuerdo base, contrato base o contrato de *joint venture* para aludir al contrato que normalmente da origen a la *joint venture*. En lengua inglesa, este acuerdo suele denominarse *Joint Venture Agreement*, *Shareholders Agreement* o *Basic Agreement*. En los círculos de negocios y en la literatura franceses suelen utilizarse las expresiones *protocole d'accord* o *convention entre actionnaires*. Y en la órbita alemana aparecen una pluralidad de denominaciones, tales como *Gründvereinbarung*, *Grundvertrag*, *Grundlagenvertrag*, *Grundsatzvertrag*, *Joint Venture Vertrag/Agreement*, *Kooperationsvertrag*, *Konsortialvertrag* o *Partnerchaftsvertrag*.

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

dad o filial común, sobre sus objetivos, actividades y duración, así como sobre el modo en que tendrá lugar el control y dirección conjuntos de esta sociedad⁶⁰. El acuerdo de base da origen a la operación de *joint venture*⁶¹ y suele contener, de forma programática, la planificación del proyecto cooperativo que va a ser desarrollado por los participantes. La peculiaridad de este contrato radica, fundamentalmente, en la misión que despliega en el marco de la relación entre los *joint venturers*, que no se cifre simplemente a completar o modificar el contenido de los estatutos de la sociedad común. Por el contrario, desarrolla

⁶⁰ Es frecuente que durante el *iter* negocial intervengan otros documentos, de carácter contractual, cuya finalidad es dirigir la negociación del contrato de *joint venture*. La negociación suele dar inicio con una Carta de intención (*letter of intent* o *memorandum of understanding*, *Absichtserklärung*) cuya misión es definir las posiciones respectivas de las partes, sus motivaciones para la creación de la *joint venture*, los activos que podrán aportar al proyecto y los objetivos que desean atender con ella. Este documento tiene por objeto poner de relieve la existencia de una verdadera comunidad de intereses entre los participantes. Por otra parte, para favorecer el clima de confianza mutuo durante la etapa inicial, es frecuente que se celebren acuerdos de exclusión de negociaciones paralelas durante el tiempo convenido, así como pactos de confidencialidad, o de secreto, en la utilización de las informaciones técnicas que las partes se intercambian durante la negociación del contrato (*Form of Information Exchange Agreement*). Dicho intercambio resulta de interés para elaborar el llamado estudio de factibilidad, cuya finalidad es determinar, del modo más ajustado posible, las inversiones a realizar y la rentabilidad de la *joint venture*. Durante el curso de las negociaciones pueden celebrarse nuevas cartas de intención, llamadas ahora *Head of Agreement* o *Punktationen*, en las que se definen de forma más precisa las posiciones de las partes, y donde se aborde de modo más detenido la planificación de las actividades de la futura sociedad, los principios que regirán la distribución de poderes y de resultados, así como la asistencia que recibirá la sociedad *joint venture* de cada participante. La relevancia de estos documentos precontractuales no queda restringida a la fase anterior a la creación de la *joint venture*, extendiéndose tras ese momento al originarse en documentos de primer orden para la interpretación de la voluntad de las partes en el conjunto negocial. Sobre las distintas fases del *iter* negocial de la *joint venture*, vid. A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires dans la filiale commune», RDAI, 1988, n.º 7, págs. 857-872; M. MARTINEK: *Moderne Vertragsgestaltung*, Band III, CH Beck, München, 1993, pág. 221; K. RUMER: *Internationale...*, *op. cit.*, págs. 73-81; I. ALTM-SIEBER: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, págs. 201-204. Este tipo de pactos puede originar responsabilidad tanto de carácter precontractual, cuando, por ejemplo, se interrumpen las negociaciones sin razón justificada, como de carácter contractual, en caso de incumplimiento de las obligaciones de comportamiento asumidas por cada participante. Muchas veces las propias *letters of intent* establecen el régimen de responsabilidad para el caso de incumplimiento, siendo posible que se pacte la exclusión de dicha responsabilidad.

una función directiva de la operación, lo que le otorga rango superior a la del resto de los elementos jurídicos que conforman la relación *joint venture*, de especial trascendencia en el plano hermenéutico así como en caso de divergencias de contenido entre unos y otros componentes⁶².

El contenido del contrato base de joint venture puede variar fuertemente de uno a otro caso, en función del objetivo que se persiga. De ahí la dificultad en establecer un formulario tipo para esta clase de contratación⁶³. Junto a las menciones preceptivas, relativas a los sujetos intervinientes, y a las manifestaciones que, a modo de preámbulo, hacen las partes sobre su interés en el proyecto, los contratos de *joint venture* suelen contener una parte programática, sin valor jurídico directo⁶⁴. El resto de cláusulas de estos contratos podría integrarse en tres grupos o apartados básicos, a saber, las estipulaciones relativas a la creación de la sociedad conjunta, los compromisos de aportación concreta de los participantes a la sociedad joint venture (ad. ex. contratos de licencia de marcas, de asistencia técnica, de distribución, etc.), y los pactos referentes al diseño del control y dirección de la misma. Junto a este contenido básico, son también frecuentes cláusulas que regulan el comportamiento de los participantes (ad. ex. pactos de no concurrencia con la actividad de la sociedad *joint*

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

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

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

venture o pactos de confidencialidad), que autorizan para recabar financiación suplementaria para el desarrollo del proyecto, que someten la eficacia del contrato a condición suspensiva⁶⁵, o que señalan la duración y las causas y modos de terminación de la *joint venture*. También es frecuente la inserción de cláusulas de designación de ley aplicable y de pactos de sometimiento de las cuestiones litigiosas al arbitraje internacional.

En primer lugar, el precontrato de sociedad contendrá los acuerdos relativos a la denominación, la nacionalidad, el domicilio social, y la forma jurídica de la nueva sociedad, su estructura orgánica y financiera, sus estatutos, así como pactos referentes a otros aspectos relacionados con su estructuración orgánica y financiera o con sus objetivos (ad. ex. cuantía del capital social, modalidades de desembolso, cuadros orgánicos directivos, objeto social, lugares en los que desplegará sus actividades, duración, política comercial, etc.). En este ámbito, la libertad de los participantes habrá de ceñirse a los límites establecidos por el Derecho aplicable a la sociedad *joint venture*. El contrato de *joint venture* suele incorporar, normalmente en forma de anexo, los estatutos de la sociedad *joint venture*. Cuando la sociedad no es de nueva creación, el contrato de *joint venture* puede bien prever directamente la adquisición accionarial por alguno de los participantes, bien hacer referencia al contrato preliminar de compraventa de acciones, que suele ser conluido con anterioridad al contrato de base en esta modalidad de creación de la sociedad común.

Bajo la denominación «aportaciones de las partes», u otras similares, el contrato de *joint venture* regula de forma detallada los compromisos de aportación a la sociedad común que asume cada participante, que vendrán definidos en atención a las capacidades que fueron determinantes para la selección de los socios de la *joint venture*, (u. gr. experiencia reconocida en un ámbito de

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

actividad comercial, ubicación estratégica en un mercado, etc). El contenido de estas aportaciones puede ser muy dispar y depende, en gran parte, del tipo o clase de actividad comercial o industrial que vaya a desplegar la sociedad común. Entre estas obligaciones singulares pueden mencionarse las relativas a la provisión de materias primas a la sociedad común, las concernientes a la dotación y adiestramiento de su personal, al asesoramiento de sus órganos, a la concesión de licencias de marcas, patentes o información sobre un concreto *know-how*, regulándose asimismo los derechos de reversión de los activos aportados en caso de extinción, o la provisión de los medios financieros que precise la construcción, para la sociedad común, de instalaciones «llave en mano». No es infrecuente que se prevea el pago de royalties, a cargo de la sociedad común, como contraprestación por los derechos de propiedad industrial cedidos a ésta por uno de los participantes. En muchas ocasiones, la necesidad de proporcionar una regulación más detallada a estas obligaciones, de imposible establecimiento en el momento de conclusión del acuerdo base, o de aplazar su eficacia hasta un momento posterior, determinan que el acuerdo base se limite a prever la posterior conclusión de diferentes contratos entre la sociedad común y uno de los participantes, a través de los cuales tendrá lugar la aportación. Estos contratos, denominados acuerdos satélites, suelen aparecer formulados, en sus aspectos fundamentales, en el propio acuerdo base de *joint venture*, con lo cual se elimina, al menos en parte, la incertidumbre que supondría emprender con posteriori-

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

dad un nuevo proceso de negociación⁶⁶. El interés en definir en el acuerdo de base, de la forma más precisa posible, los elementos esenciales de los contratos satélites se hace patente, ante el peligro de desviaciones del beneficio de la *joint venture*, producidas a través de la técnica de los precios de transferencia⁶⁷.

Una de las partes más interesantes del contrato de *joint venture* es la relativa a los acuerdos o pactos parasociales⁶⁸, que carecen de publicidad al no quedar contenidos en los estatutos sociales. Por medio de estos acuerdos, los participantes establecen sus compromisos recíprocos como accionistas de la sociedad común, en lo relativo a la gestión y control de esta sociedad, así como en relación con la transmisibilidad de sus acciones⁶⁹. En primer lugar, para formar la voluntad de la sociedad común (*Willensbildung*), el contrato de base puede contener exigencias de quórum reforzado para la toma de decisiones por la sociedad común en ciertas materias, pactos de accionistas (*voting trust*

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

⁶⁸ Sobre el concepto de «pacto parasocial» puede verse G. OTTO: «Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società», *Riv. dir. civ.*, 1987, I, pág. 517; F. VICENT CHUELA: «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de votos», *Derecho mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 1205-1249; L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: «Voz Pacto Parasocial (Derecho mercantil)», *EJB*, Volumen III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 4712-4716.

⁶⁹ *Vid.* E. HERZFELD: «Cooperation agreement...», *cit.*, págs. 121-128; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 67-68. Como ha indicado L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas. Su publicidad», *RDBB*, 45, 1992, pág. 97, «la sindicación persigue la estabilidad del mando y del poder empresarial».

agreement, convention d'actionnaires, Stimmbindung), que vinculan el voto de los participantes en la *joint venture* en los más diversos sentidos (*ad. ex.* la designación de los miembros del Consejo de Administración, la designación del Presidente y Consejero Delegado, la concesión de determinados poderes a uno y otro, el desarrollo de la auditoría anual del balance y de las cuentas de resultados de la sociedad común por una sociedad de primer nivel, el reparto del máximo dividendo posible después de impuestos y de dotación de las reservas legales, la fijación de la política de la empresa a largo plazo, etc), así como la previsión de mecanismos para superar situaciones de punto muerto o parada (*dead lock devices*) en los órganos de administración de la sociedad, lo que es frecuente cuando se trata de *joint ventures* paritarias participadas al cincuenta por ciento. El interés por conocer la ley aplicable a estos pactos es

⁷⁰ En nuestra legislación anterior, la nulidad del sindicato de voto se desprendía de una aplicación literal del antiguo artículo 6 *in fine* de la LSA de 1951: «Son nulos los pactos sociales que se mantengan reservados». En la actualidad se reconoce ampliamente la licitud del pacto de sindicación, para lo cual ha influido la redacción del artículo 7.1 LSA de 1989 («los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad»), lo que ha de ponerse en relación con el nuevo sistema de oponibilidad de lo inserto y publicado en el BORME (artículos 21 del C. de c. y 9 RRM). Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, págs. 91. La doctrina española mayoritaria, y el Tribunal Supremo en las escasas sentencias en que se ha ocupado del tema, son favorables a la admisión de la licitud, validez y obligatoriedad de los pactos parasociales, siempre que no sean contrarios al orden público. Vid. L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: «Sindicato de voto y de bloques», *RdS*, 1995, núm. 5, págs. 192-193; F. VICENT CHILLIA: «Licitud...», *cit.*, págs. 1209 y ss. En el Derecho comparado, mientras en los países anglosajones y germánicos la licitud ha sido doctrina dominante, en otros, como Francia, Bélgica e Italia, aunque en la actualidad la doctrina ha reforzado el reconociendo de la licitud, de principio, de los mismos, tradicionalmente han merecido una fuerte hostilidad doctrinal, jurisprudencial e incluso legislativa. Referencias de Derecho comparado pueden verse en F. VICENT CHILLIA: «Licitud...», *loc. cit.*; id.: «Voz Sindicato de Voto (Derecho Mercantil)», *EJB*, volumen IV, Madrid, Civitas, 1995, págs. 623-6239. En el Derecho suizo y alemán, sobre la admisibilidad y límites de los contratos sobre el Derecho de voto, vid. P. FORSTMÖSER: «Aktionärbindungsverträge», *Innominateverträge. Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter R. Schuppi*, Zürich, 1989, págs. 359-381; M. OERTLE: «Das Gemeinschaftsunternehmen...», *op. cit.*, págs. 72; B. WORTMANN: «Durchgriffshaftung...», *op. cit.*, págs. 67-68. Tanto el artículo 35 de la Propuesta de Quinta Directiva en materia de sociedades, como el artículo 136.2 *AktG* alemana, y el artículo 17.2 *CSC*, portugués prohíben expresamente los

notable, habida cuenta que no todas las legislaciones los admiten, ni todas en igual medida⁷⁰. Incluso en la actualidad, en las legislaciones que los admiten, la doctrina discute sobre la posibilidad de afirmar limitaciones a su validez, en la medida en que alteran el funcionamiento de la sociedad, tal y como emerge hacia los terceros en los estatutos sociales⁷¹. Siempre que resulten válidos y admitidos por la legislación aplicable, la eficacia de los pactos parasociales suele ser puramente obligacional, por lo que resultarán inoponibles frente al resto de socios así como frente a la sociedad y a los terceros⁷².

La sociedad conjunta es frecuentemente una sociedad de capitales, cuyas acciones o participaciones pueden ser transmitidas, con mayor o menor libertad, en conformidad con lo establecido por el Derecho rector de la sociedad.

pactos que obligan a los socios a votar en Junta General siguiendo las instrucciones del órgano de administración de la sociedad. Señalando la oportunidad de una norma de armonización del Derecho de sociedades en esta materia, vid. F. VICENT CHILLIA: «Licitud, eficacia...», *cit.*, págs. 1208. En Norteamérica, en aquellos Estados que no tienen legislaciones expresas que reconocen su validez, la jurisprudencia no siempre ha reconocido eficacia a los pactos accionariales (vid. O. SERVAIS: «Coopération d'entreprises...», *cit.*, págs. 57-88).

⁷¹ Para D. CATERINO, el tratamiento de la cuestión exigiría considerar la posición de los sujetos ajenos al pacto, así como la distinción de situaciones en razón de la naturaleza de la sociedad. Así, la diferenciación conocida por el Derecho estadounidense entre *close corporation* y *publicly held corporation*, podría ser relevante para decidir sobre la admisibilidad de dichos pactos, considerados válidos en la primera y sometidos a limitaciones legislativas en la segunda (Vid. D. CATERINO: «Incidenza sulla struttura societaria ed illecita dell'organizzazione parasociale nei patti di sindacato: il caso AMEP-Mondadori», *Riv. soc.*, 1993, págs. 847-887). Afirmando la dudosa compatibilidad de los pactos de sindicación con el estatuto jurídico de las sociedades públicas, especialmente de las compañías que cotizan en bolsa y, en particular, con el principio de *full disclosure*, esto es, con la batería informativa que el moderno ordenamiento del mercado de capitales impone para asegurar la transparencia del propio mercado y la protección del inversor, vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, págs. 93 y ss. También vid. F. VICENT CHILLIA: «Licitud...», *cit.*, págs. 1205-1206; L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: «Sindicato de voto y de bloqueo», *cit.*, págs. 192-193.

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

Con esta dinámica, cualquiera de los *joint venturers* podría ceder su posición en la sociedad conjunta a uno o a varios terceros, que no estarían vinculados por los acuerdos previos de *joint venture*, lo que comportaría, tras un posible cambio de política, el quebranto de las expectativas de negocios y de beneficio programadas a largo plazo en el acuerdo de base. Para asegurar la realización de las políticas comerciales acordadas en el contrato de *joint venture*, así como el control y dirección conjuntos, resulta preciso adoptar pactos que establezcan un régimen especial de transmisibilidad de las acciones de la sociedad común⁷³. Para los supuestos de enajenación de participaciones a terceros, suelen pactarse también derechos de preferencia en favor de los participantes, cuya eficacia variará según queden contenidos en los estatutos o se hallen en el nivel parasocial⁷⁴. En la actualidad, la doctrina discute sobre la existencia de límites

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

⁷⁴ Vid. F. SANCHEZ CALEIRO: *Instituciones de Derecho mercantil. I. Introducción. Empresa y sociedades*, 18.ª edic., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, págs. 365-366. Nuestro legislador del RRM ha querido reconocer una «eficacia real» a tales pactos de bloqueo típicos de la sindicación, permitiendo su inscripción (artículo 123.5 RRM). Al margen de los estatutos, el pacto tiene una trascendencia puramente obligacional e interna. Por ello, ante la imposibilidad de obtener ese efecto —por ejemplo cuando las acciones son al portador— resulta conveniente el recurso a procedimientos para construir una situación material de bloqueo (*ad. ex.* entrega al síndico de las acciones para su custodia, establecimiento de técnicas reales, incorporación del pacto asociativo a las propias acciones sindicadas, etc), (*vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, págs. 124-125).

⁷⁵ Sobre los límites a las restricciones extraestatutarias a la transmisibilidad de las acciones en nuestro Derecho, *vid.* F. VICENT CHULIA: «Licitud...», *cit.*, pág. 1247. Para el autor, «las restricciones no permitidas en los estatutos lógicamente tampoco habrían de admitirse en pactos parasociales». Por otra parte, a juicio de L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, en nuestro ordenamiento, tampoco podrían adoptarse restricciones a la transmisibilidad de las acciones que impidan obtener el valor real de las mismas, de confor-

a la admisibilidad de los pactos extraestatutarios que tienen por objeto restringir la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales⁷⁵.

Para resolver las situaciones de *impasse* o de punto muerto, que pueden producirse como consecuencia de *empate* en la decisión de los órganos sociales, el contrato de *joint venture* suele prever mecanismos de arreglo de diferencias, de carácter interno (*ad. ex.* recurso al voto de calidad del presidente, avocación de la decisión a los jefes de primera línea de las sociedades participantes), o de carácter externo (*ad. ex.* intervención de un mediador, o de un experto independiente). También suelen preverse mecanismos que permitan la disolución de la *joint venture* cuando las diferencias persisten. La práctica es rica en modalidades de disolución de la *joint venture*, aunque la mayoría de

mayoría con la doctrina registral establecida en las Resoluciones de la DGRN». *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: «Sindicato de voto y de bloqueo», *cit.*, págs. 192-193 y 197.

⁷⁶ En la práctica, suelen pactarse procedimientos basados en plazos, y en tases sucesivas, en las que la obligación de negociar de buena fe se incluye expresamente. Una vez que ha fracasado la negociación entre las instancias más elevadas de cada sociedad participante, es frecuente el recurso a soluciones externas de conciliación o de mediación. Agotadas todas las vías de negociación posibles, y ante la persistencia de la diferencia de criterio, el propio contrato contiene un procedimiento de extinción de la relación cooperativa a través de buy-sell agreement, o de offer-ta, contraoferta y puja. Mediante estos convenios una de las partes puede formular una proposición de compra de la totalidad de la participación de la sociedad común que esté en poder del otro participante, determinando libremente el precio. La sociedad que haya recibido la oferta de adquisición estará obligada, alternativamente, a vender la totalidad de su participación en las condiciones contenidas en la oferta de adquisición, o a formular una contraoferta escrita de compra para la totalidad de la participación de la sociedad común, siempre que ésta mejore la oferta inicial. A su vez, la parte que haya recibido esta contraoferta podrá también, alternativamente, aceptarla o mejorarla a través de una puja, y así sucesivamente hasta que una de las partes no formule una puja de forma válida. Para un análisis de estas posibilidades, y de su licitud en los ordenamientos de nuestro entorno, *vid.* J. DE LY: «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises internationales», *RDAI*, núm. 3, 1995, págs. 279-315, así como los diversos informes de Derecho nacional (págs. 316-345) realizados por P. HUBERT (Derecho belga), B. MERCADAL (Derecho francés), W. KRAFT (Derecho alemán), W.J.H. WIGGERS (Derecho holandés), P.R. ELINGTON (Derecho inglés), J. RICHTER ECHEVARRIA (Derecho español), L. BELLODI (Derecho comunitario), E.B. KLOPPER (Derecho norteamericano) y J. REVACUER (Derecho suizo).

ellas conduce a la salida de uno de los socios, y a la asunción de la participación de éste por el otro u otros, con lo que se extingue la relación *joint venture*⁷⁶. Dicha salida puede generar transformos económicos que conduzcan a la desaparición de la sociedad *joint venture*, especialmente cuando el socio que parte es el que suministra la tecnología o presenta los clientes principales, o cuando la salida comporta la pérdida del régimen ventajoso en materia fiscal o de inversiones extranjeras de que disfrutaba la *joint venture*.

C. Los contratos satélites

Con la expresión *contratos satélites*⁷⁷ la doctrina y práctica del comercio internacional alude a aquellos contratos, contemporáneos o posteriores al acuerdo de base⁷⁸, que completan y definen los derechos y obligaciones de las partes

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

⁷⁷ Cuando lo que se aporta por los participantes a la *joint venture* es un completo ámbito de actividad comercial, lo que tiene lugar especialmente en las *joint ventures* concentrativas, los acuerdos satélites podrían ya estar vigentes en el momento de constituirse la *joint venture*. Vid. E. HERZFELD: «Co-operation Agreements...», *cit.*, pág. 126. En efecto, las relaciones contractuales existentes entre la sociedad madre y su filial, se convierten en contratos satélites entre la, ahora, filial común, y uno de los participantes.

en la *joint venture*. Su objetivo suele consistir en prestar diversos servicios a la sociedad *joint venture*, con el fin de no imponer a esta sociedad la carga de poner en funcionamiento servicios o instalaciones de las que ya disponen los participantes⁷⁹. Según la opinión más generalizada, la caracterización de los contratos satélites no viene dada por su contenido negocial, que puede variar según cuál sea la finalidad perseguida, sino por la consideración de su elemento subjetivo; como partes de estos contratos aparecen, de un lado, la sociedad *joint venture* y, de otro, una de las sociedades participantes en el proyecto⁸⁰. Al contrario, por su contenido pueden responder al esquema de los más variados tipos de negocios, típicos y atípicos, siendo frecuentes contratos de préstamo, de licencia de patentes y marcas, de transmisión de conocimientos técnicos secretos o know-how, de suministro de materias primas o de productos intermedios, de compra de la producción de la sociedad joint venture (Abnahmeverträge) o distribución de sus productos, de arrendamiento de inmuebles o terrenos, de distribución de productos terminados, de asesoramiento o dirección de la empresa, etc.

La celebración de contratos satélites en una *joint venture* no responde siempre a la misma finalidad. Como dijimos con anterioridad, su existencia puede deberse, por ejemplo, a la conveniencia de proporcionar una regulación más detallada a un conjunto de obligaciones, fuera del contrato que da cobertura al conjunto de la operación. O venir determinada por la imposibilidad de acordar todos los detalles de esta regulación en el momento de la celebración del acuerdo base⁸¹. La independencia formal de los contratos satélites puede venir motivada por el interés, manifestado por alguno de los participantes, en vin-

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

⁸⁰ Vid. M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 139. También vid. B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 76; A.M. CHEVALLIER: «L'accord d'actionnaires...», *cit.*, pág. 859 y pág. 869. Algunos autores incluyen también en esta categoría a los contratos celebrados entre los participantes. Vid. M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, *op. cit.*, págs. 220-221. Frente a los contratos satélites se situarían los llamados contratos con tercero (*Dritverträge*), entre los que habría que contar los contratos con las empresas de construcción y de suministro, y los contratos de préstamo con entidades financieras.

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

cular también jurídicamente a la sociedad común. Por otra parte, la existencia de los contratos satélites dota de un marcado dinamismo a la relación *joint venture*, al permitir el aplazamiento de la exigibilidad de obligaciones ya establecidas en el acuerdo de base, o el establecimiento de nuevas relaciones contractuales que vengan exigidas por la evolución comercial de la *joint venture*, sin que haya sido prevista su conclusión concreta en el acuerdo de base. Igualmente, la autonomía de las diferentes unidades contractuales permite someter cada una de ellas al derecho estatal más conveniente, a la vez que posibilita el recurso a jurisdicciones estatales o arbitrales distintas, en función de la concreta necesidad. En este sentido, la práctica muestra cierta tendencia a la inclusión de convenios arbitrales en el acuerdo base de *joint venture*, y de convenios de sumisión a tribunales estatales en los contratos satélites. En la existencia de los contratos satélites es posible también apreciar, a veces, la voluntad de los participantes de conceder cierta autonomía a tales relaciones. Prueba de ello es la frecuente existencia en estos contratos de cláusulas, que regulan expresamente su conservación tras la terminación de la *joint venture*⁸².

Cuando uno de los participantes en la operación es un Estado, suele ser frecuente que intervenga un contrato de inversión, entre el país anfitrión y el inversor extranjero, por virtud del cual se garantizan, de forma individualizada y normalmente marginando la normativa de general aplicación, los términos de la inversión⁸³. El gobierno se compromete a facilitar la realización del proyecto común mediante el otorgamiento de concesiones de explotación de materias primas, a través de la ejecución de obras de infraestructura necesarias para la realización del proyecto, de la concesión de subvenciones, así como del establecimiento de un tratamiento ventajoso en los ámbitos fiscal y laboral

⁸² Sobre este aspecto *vid. infra* Capítulo Segundo, III.

⁸³ *Id.* K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, *op. cit.*, págs. 101-102; *id.* *Les joint ventures...*, *op. cit.*, págs. 62-63; E. SCHANZE: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1986. Incluyendo este contrato de inversión (*Investitionsvertrag*) como modalidad especial de contrato separado, *vid.* M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen...*, *op. cit.*, pág. 220. Para C.Th. EBENROTH, en caso de conflicto con otros elementos jurídicos de la *joint venture*, deberá prevalecer lo convenido en el contrato de inversión, tanto sobre los estatutos sociales como sobre el contrato de *joint venture* (*vid.* C.Th. EBENROTH: «Das Verhältnis zwischen joint venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsverträge», *JZ*, 1987-1, págs. 267-268).

que permita, en este segundo campo, el empleo de personal extranjero. El contrato de inversión suele contener disposiciones especiales relativas al régimen de control de cambios aplicable a la *joint venture*, así como al que se sujetará la ulterior desinversión y repatriación del capital, ofreciendo garantías frente a la posibilidad de una eventual expropiación. Suele ser frecuente el establecimiento de cláusulas de estabilización del Derecho aplicable, cuyo propósito es excluir la incidencia de las modificaciones legislativas posteriores a la conclusión del contrato⁸⁴. La celebración de esta clase de contratos resulta especialmente recomendable en las *joint ventures* creadas en países en vías de desarrollo y con cierta inestabilidad política. A juicio de C.Th. Ebenroth, el contrato de inversión puede ser caracterizado como un contrato mixto de carácter público y privado, siendo las partes libres para determinar el régimen jurídico del contrato⁸⁵.

D. La sociedad joint venture

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

⁸⁴ Sobre estas cláusulas, *vid. infra*, Capítulo tercero, II, 3.A.

⁸⁵ *Id.* C.Th. EBENROTH: «Das Verhältnis zwischen...», *cit.*, págs. 268.

⁸⁶ *Id.* W. SCHUEP: «Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation», *Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins*, Heft 2, 1973.

dad por uno de ellos, o de la creación de un control conjunto por los participantes sobre una sociedad que antes era independiente⁸⁶.

La elección de la forma jurídica de la sociedad común obedece, fundamentalmente, a consideraciones organizativas, fiscales y financieras⁸⁷. En el aspecto fiscal habrá que considerar no sólo la tributación a que queda sometida la constitución de la sociedad *joint venture*, sino especialmente la fiscalidad en el ámbito de la empresa conjunta, y en el ámbito de las relaciones económicas entre ésta y sus accionistas. Resultará preferible el régimen de transparencia, lo que determinará cierta inclinación hacia sociedades sin personalidad jurídica, sociedades de personas u otras entidades que se benefician de ese régimen. Cuando no sea de aplicación el régimen de transparencia, habrá que prestar atención a la existencia de Tratados dirigidos a excluir la doble imposición internacional⁸⁸.

En el aspecto organizativo, se insiste en que la forma societaria óptima

pág. 485; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, op. cit., pág. 27-30; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, op. cit., pág. 75; K. LANGFELD-WIRTH: *Joint Ventures...*, op. cit., pág. 32; I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures...*, op. cit., pág. 208.

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

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

para la *joint venture* ha de permitir la existencia de un capital, conceder libertad para fijar su cuantía, autorizar la posibilidad de acudir al mercado de capitales, reconocer la limitación de la responsabilidad⁸⁹, y por tanto del riesgo, de los participantes, así como tolerar regulaciones especiales en materia de transmisibilidad de la condición de miembro de la sociedad. Por otra parte, en la selección de la forma jurídica interesará la regulación del aspecto orgánico, tanto en su vertiente interna (*ad. ex.* proceso de toma de decisiones, control e influencia efectiva de cada participante sobre la sociedad común, etc), como externa (existencia de una persona jurídica que actúe de cara a terceros). En este sentido, resultará especialmente indicada una forma social flexible, que permita una estructuración organizativa interna en conformidad con las exigencias de la cooperación, que autorice el establecimiento de obligaciones de contribución y de confianza de los participantes, que no imponga rígidas obligaciones de publicidad respecto a la relación de cooperación, y que permita una personalización adecuada de la sociedad. Por ello, para la creación de la *joint venture*, resultará del mayor interés indagar en las posibilidades que brinde la regulación del tipo de sociedad que se pretenda constituir. El interés práctico de la cuestión es claro, habida cuenta que, en principio, sólo la incorporación a los estatutos de los pactos determina su plena eficacia⁹⁰.

Cuando la operación de *equity joint venture* deba canalizarse a través de una sociedad española, las únicas opciones de organización válidas, de preten-

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

⁹⁰ Vid. L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada», *RGD*, año L, núm. 596, pág. 5456.

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

derse la limitación de la responsabilidad de los socios, son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada³¹. Más difícil resulta afirmar la mayor conveniencia de alguno de estos tipos sociales sobre el otro para la creación de la sociedad *joint venture*, a la vista de las escasas diferencias entre uno y otro tipo social³². En primer término, puede afirmarse que la forma de la SA no es incompatible con las exigencias de construcción social que requiere la *joint venture*³³. Por ejemplo, en el ámbito de la sociedad anónima española, se admite la prohibición, siempre que sea temporal, de enajenar las acciones (art. 9.1 k, y art. 123.4 RRM), se permite imponer a los socios prestaciones accesorias (art. 9.1 l), lo que autorizará, en su caso, a insertar en los estatutos el contenido de ciertos contratos satélites, que podrían adquirir relevancia social (*ad. ex.* suministros de materias primas, prestaciones de servicios, licencia de marca, etc). En el orden de la adopción de decisiones, la sociedad anónima española permite, por ejemplo, que se pacte la exigencia de especiales mayorías para la toma de los acuerdos, de modo que, sin llegar a la unanimidad, exista de hecho un derecho de veto del resto de los participantes (*vid.* artículo 9.1 i)³⁴. Igualmente, se permite una construcción flexible en los estatutos de la estructura y funcionamiento del órgano de administración (artículo 9.1 h), donde podría incluso arbitrase la posibilidad de un administrador único. Pueden establecerse, asimismo, requisitos especiales de convocatoria. Se admite también que los estatutos limiten el número máximo de votos del accionista o de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo (artículo 105.2 LSA). Por último, cabría establecer causas de disolución de la sociedad y de separación del socio añadiendo nuevas causas a las establecidas legalmente.

³¹ Como indica J. JUSTE MENCIA, ambas formas de sociedades podrían vestir jurídicamente a las sociedades cerradas, es decir, a aquellas sociedades en las que, con independencia de su dimensión, las personas de los socios no son fungibles (J. JUSTE MENCIA: *Los Derechos de minoría en la sociedad anónima*, Madrid, Aranzadi, 1995, pág. 159).

³² Indicando las grandes posibilidades que ofrece la regulación de la sociedad anónima española para *personalizar* la sociedad, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La sociedad de capital de base personalista...», *cit.*, pág. 5463 y ss.

³³ En la actualidad la doctrina discute sobre la conveniencia de defender la admisibilidad de la derogación privada del principio mayoritario, y su sustitución por la exigencia de unanimidad. Considerando el principio mayoritario como inderogable, *vid.* J. JUSTE MENCIA: *Los Derechos de minoría...*, *op. cit.*, págs. 185-187.

En segundo lugar, la nueva LSRL también admite amplias posibilidades para la incorporación del elemento cooperativo a la sociedad, que pueden servir para dar relieve social a los pactos que son más frecuentes en la *joint venture*. En concreto, la nueva regulación prevé la posibilidad de acordar prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital (artículos 22-25), o la de establecer limitaciones a la transmisibilidad de las participaciones (artículo 29) y mayorías especiales para la adopción de decisiones, no obstante sin llegar a la unanimidad³⁵. El único inconveniente de estos tipos sociales radica en la necesaria publicidad a que quedan sometidos sus estatutos.

En el Derecho de sociedades de algunos países de nuestro entorno, la regulación de la sociedad anónima se sujeta en cambio a pautas más rígidas, lo que puede impedir en gran medida las posibilidades de construcción social que se han descrito³⁶. Precisamente, esta excesiva rigidez está determinando un proceso de reforma en la ordenación tipológica de las sociedades, orientada a excluir rigideces innecesarias en la estructura inter-

³⁵ El artículo 53.3 LSRL no deja lugar a dudas cuando establece: «para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir el voto favorable de una proporción del capital superior a la establecida por la ley, sin que pueda llegar a ser exigida la unanimidad».

³⁶ Por ejemplo, en el Derecho suizo el artículo 680.1 OR descarta las prestaciones accesorias (*Nebenleistungspflichten*), y el artículo 711 OR obliga a que la mayoría de los miembros del consejo de administración sean ciudadanos suizos con residencia habitual en Suiza. *vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, págs. 38-39. En el Derecho alemán, debe recordarse la rigidez del régimen jurídico que caracteriza al modelo de la *Aktiengesellschaft*, que sólo permite el juego de la autonomía estatutaria dentro de los estrechos márgenes establecidos por la ley. *vid.* B. WORMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 72 y 74-75.

³⁷ En Alemania se ha promulgado la «Ley para las pequeñas sociedades anónimas y para la deregulación del Derecho de acciones de 2 de agosto de 1994». El texto recoge una serie de modificaciones dirigidas a flexibilizar las normas de la *Aktiengesetz* de 1965, para la que podría denominarse *sociedad anónima cerrada*. Para una información sobre la reforma en el Derecho alemán de sociedades, *vid.* C. ESCRIBANO GAMIR: «Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y deregulación del derecho de sociedades por acciones», *RdS*, núm. 4, 1994, págs. 451-458. La ley alemana sobre la pequeña sociedad anónima y la deregulación del derecho de sociedades anónimas (*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts*) de 2 de agosto de 1994, publicada en el *Bundesgesetzblatt* de 9 de agosto de 1994, puede verse en *RdS*, 1995, núm. 4, págs. 354-355.

na de algunas de ellas. En las reformas más recientes del Derecho Comparado hay que destacar las emprendidas en los ordenamientos alemán⁹⁷ y francés⁹⁸. Frente a la posición del Derecho europeo, numerosos Estados norteamericanos se han dotado de regulaciones sociales específicas para las sociedades cerradas (*close corporation*) que, dadas las trazas comunes con la *joint venture*, pueden servir de forma adecuada para instrumentar a la sociedad común⁹⁹.

Pese a su carácter netamente supranacional, las formas societarias del De-

⁹⁷ Mediante la ley de 4 de enero de 1994, el legislador francés ha creado el tipo de la *société par actions simplifiée*, en la que cabe reconocer una decidida apuesta del legislador por la liberalización de aspectos que tradicionalmente se han regulado de forma rígida. La ley puede verse en *RDs*, 1995, núm. 4, págs. 351-353. En la génesis de esta ley se encuentra la constatación por el sector empresarial de que la rigidez del Derecho francés de sociedades anónimas desplazaba a las empresas comunes, en forma de filiales comunes, *holding* o contratos de *joint venture*, hacia terceros países (Holanda, Luxemburgo, Gran Bretaña). La nueva ley sobre la SAS permite la inserción en los estatutos de ciertas cláusulas de gran interés en la práctica, dotándolas de oponibilidad frente a terceros. Los acuerdos estatutarios admitidos en la ley de 1994 se refieren, por ejemplo, a la intransmisibilidad de las acciones, a la sumisión a previo consentimiento de las transmisiones de acciones, al cambio de control que afecta a uno de los socios de la SAS y a la inclusión de la unanimidad como modo de gestión social. *Vid.* J.-J. CAUSSEAN: «L'organisation contractuelle des pouvoirs dans la société par actions simplifiée (France)», *RDAL*, 1996, n.º 8, págs. 939-960; G. ESTEBAN VELASCO: «La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperación interempresarial y una manifestación de la tendencia a la deregulación y contractualización del Derecho de sociedades de capital», *RDs*, núm. 4, 1994, págs. 433-443.

⁹⁸ Hasta el final de los años sesenta el estatuto legal de la *joint venture corporation* no era claro y su creación suscitaba numerosas dificultades, en particular la redacción armónica del contrato de sociedad y de la convención interna entre los socios. En la actualidad, siguiendo a los cuatro pioneros (Carolina del Norte en 1955, Carolina del Sur en 1962, Nueva York y Florida en 1963), la mayoría de los Estados han promulgado disposiciones específicas que responden a las necesidades de las *closely held corporation* y que, por tanto, facilitan la constitución de *joint venture corporations*. Estas legislaciones no son, sin embargo, uniformes, lo que dificulta una síntesis de las mismas. Sin embargo, responden al propósito común de permitir a los accionistas de una *close corporation* una elaboración contractual de la organización interna de la sociedad, como si se tratase de una *partnership*. Estas disposiciones afectan a numerosos extremos que son de notable interés para la constitución de la *joint venture*. Por ejemplo, se afirma la validez y eficacia de las convenciones de voto entre accionistas dirigidas a establecer

recho comunitario muestran idoneidad desigual para dar marco propicio a la *equity joint venture*. De un lado, por la impronta específicamente internacional que incorpora, la sociedad anónima europea (SAE)¹⁰⁰ estaría llamada a constituir una forma social válida para vestir jurídicamente a la sociedad *joint venture* en las concentraciones de carácter comunitario, y en este sentido la propuesta modificada de Reglamento prevé la constitución de la SAE mediante la creación de una filial común. Por el contrario, la AEIE, figura societaria que resulta ya plenamente operativa, sólo podrá servir para instrumentar a las *joint ventures* cuyas actividades sean auxiliares respecto a las de los participantes, contando con el beneficio de la transparencia fiscal. No resultará apropiada, sin embargo, cuando la *joint venture* se destine principalmente a actividades de cara al exterior, al no contar con la responsabilidad limitada de los miembros por las deudas de la Agrupación (*vid.* art. 24.1 del Reglamento).

3. Calificación jurídico material del contrato de base

La inexistencia en los ordenamientos jurídicos de disposiciones pensadas especialmente para los contratos de *joint venture*, determina la necesidad de reconstruir el régimen jurídico de este acuerdo desde disposiciones y principios generales¹⁰¹, teniendo en cuenta su calificación jurídico material. Esta calificación aparece dificultada, en primera instancia, por el muy diverso con-

quorum reforzados, o incluso la unanimidad, para la adopción de decisiones, se reconocen las limitaciones a los poderes del consejo de administración, sometido a un límite temporal, así como la posibilidad de establecer restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Se reconoce también la posibilidad de hacer valer ante el juez el pacto accionarial que faculte a un socio a pedir la disolución de la sociedad, sobre todo en caso de paralización de los órganos sociales. Una ilustración sobre las disposiciones más interesantes de diferentes leyes americanas sobre *close corporation* puede verse en O. SERVAS: «Coopération d'entreprises aux États-Unis: la joint venture corporation, une variété de close corporation», *DR. pr. comm. int.*, 9, 1983, págs. 64-87.

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

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

tenido del acuerdo base de *joint venture*. En efecto, la presencia en ese contrato de una variada gama de elementos sociales y sinalmáticos ha hecho dudar a la doctrina comparada sobre su caracterización como *contrato de sociedad* o como *contrato innominado*¹⁰². En definitiva, se trata de saber si para integrar el contenido de este contrato deben aplicarse las normas generales del Derecho de los contratos sinalmáticos o del Derecho de sociedades. Esta calificación material del contrato base de *joint venture* despliega sus principales efectos en el ámbito de la segunda calificación, es decir, la dirigida a la identificación de las concretas normas materiales que deban aplicarse del Derecho designado por la norma de conflicto. En cambio, como veremos, la calificación social o contractual innominada que deba merecer este contrato en cada ordenamiento, no ha de resultar, en sí, determinante para su ordenación conflictual en el ámbito del DIPr, es decir, para determinar la norma de conflicto aplicable¹⁰³. La calificación material que corresponda al contrato de *joint venture* aparece condicionada por las concepciones propias del sistema jurídico respecto del cual se esté enjuiciando el contrato, lo que puede determinar calificaciones no coincidentes. Antes de analizar la naturaleza de este contrato en Derecho español, y por el valor que pueda tener, nos detendremos someramente en las calificaciones que el acuerdo base de *joint venture* ha recibido en otros sistemas jurídicos.

Aunque con alguna excepción, la doctrina comparada que ha examinado esta cuestión atribuye naturaleza societaria al contrato de *joint venture*. La inclusión en el contrato de obligaciones de los participantes en favor de la *societas joint venture* —se afirma— para nada empañaría esta calificación social. Por ejemplo, para el sistema jurídico alemán se ha defendido que el contrato

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

¹⁰³ *Vid. infra* Capítulo Tercero, I.

de *joint venture* constituye la sociedad que contempla el Código Civil (*Gesellschaft der Bürgerliches Gesetzbuch*) y cuya regulación queda contenida en los §§ 705 y ss del BGB¹⁰⁴. En el Derecho suizo, el contrato de *joint venture* ha sido asimilado a la sociedad simple (*einfache Gesellschaft*)¹⁰⁵. No obstante, si bien en posición minoritaria, cierto sector doctrinal considera a los contratos de *joint venture* como contratos innominados¹⁰⁶. Esta posición, sin embargo, ha sido severamente combatida, afirmándose que esta calificación supondría privilegiar el momento contractual, demasiado débil en el contrato de *joint venture* en relación con el elemento social¹⁰⁷.

En nuestro ordenamiento, para abordar la calificación que ha de corresponder al contrato de *joint venture* resulta preciso verificar si en este contrato

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

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

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

¹⁰⁷ *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 109.

¹⁰⁸ En efecto, frente a la tesis más tradicional y apegada a la positividad normativa (M. BROSETA PONS: *Manual de Derecho Mercantil*, 10.ª edic., Madrid, Tecnos, 1994, págs. 179-180, pág. 188; R. URÍA: *Derecho Mercantil*, 22.ª edic., Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 158-160), en la actualidad se cuestiona ampliamente la inclusión del elemento estructural de la causa lucrativa en el concepto de sociedad. Por su contundencia, *vid.* C. PAZ ARÉS: «Comentario al artículo 1665 Com. C. Min Justicia, Madrid, Civitas, 1991», *cit.*, págs. 1299-1333; *id.*: *Animo de lucro y consideración de sociedad* (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2

se dan los elementos esenciales que caracterizan al *contrato de sociedad*, cuestión que resulta en sí misma controvertida en la doctrina española¹⁰⁸. Sin perjuicio de este debate, y ante la necesidad de adscribirnos a una de las corrientes en presencia, con un autorizado sector de la doctrina cabría identificar como elementos esenciales del contrato de sociedad la comunidad de fin, la contribución común y el origen negocial¹⁰⁹. Pues bien, a la vista de su contenido material no sería difícil acomodar el contrato de *joint venture* a estos caracteres¹¹⁰. Además del indubitado origen negocial del acuerdo base, la comunidad de fin se plasma fundamentalmente en la *creación y organización de una sociedad común*, sin perjuicio de que cada sociedad participante pueda tener interés en este fin por sus propios motivos, que pueden ser distintos (*ad. ex.* para tener acceso a un nuevo mercado en mejores condiciones, para adquirir una especial capacitación industrial, etc.). Esta comunidad de fin se percibe especialmente en las cláusulas relativas a la *organización conjunta* de la sociedad *joint venture*, que tienen por objeto asegurar el mantenimiento de la comunidad de intereses

IAIE), *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 729-753, esp. págs. 731-732; R. GARCÍA VILLAVEIDE: «Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad», *Rev. La Ley*, 1987, l. pág. 135; A. ALONSO UREBA: «Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular», *RdS*, núm. extraordinario 1994, pág. 111; F. SANCHEZ CALERO: *Instituciones...*, *op. cit.*, págs. 238-240 y pág. 249; L. FERNÁNDEZ DEL POZO: «La transparencia...», *cit.*, pág. 85. No obstante, la jurisprudencia, parece que sin fisura hasta ahora, sigue reteniendo el elemento del ánimo de lucro como elemento esencial de la sociedad. Mediando en esta descoordinación entre normativa positiva, de un lado, y necesidades de la práctica, de otro, *Vid.* A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: «Sociedad anónima y fin lucrativo», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, núm. 24, págs. 174-175.

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

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

entre los participantes (*ad. ex.* exigencia de mayorías o de *quorum* cualificados, o de la regla de unanimidad, pactos sobre el derecho de voto, reglas de representación así como limitaciones a la transferencia de las acciones o participaciones de la sociedad *joint venture*). Otros elementos también dejarían traslucir la existencia de una comunidad de fin, como por ejemplo, la participación en beneficios y pérdidas, los amplios derechos de control y de colaboración de los participantes en la sociedad *joint venture*, la duración indeterminada o ampliamente prolongada del vínculo, la existencia de contratos de cambio de larga duración (alquiler, arrendamiento, trabajo) o, la especial relación de confianza que se genera entre las sociedades participantes en la operación.

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

A la vista de estas aclaraciones, cabe concluir en la *naturaleza social* del contrato de *joint venture*, siendo de aplicación, por tanto, las normas de este sector del ordenamiento. Cuestión distinta será determinar el concreto régimen jurídico que deba atribuirse a esta sociedad, lo que en nuestro ordena-

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

miento depende de una doble variable, a saber, el carácter interno o externo de la misma, y su carácter civil o mercantil¹¹¹. La dualidad de regímenes jurídicos que conoce nuestro ordenamiento en relación con las sociedades más simples que se constituyen mediante un mero contrato (sociedad civil y sociedad colectiva irregular) conlleva que, una vez determinada la aplicación de la ley española al acuerdo base de *joint venture* sea preciso constatar, para la averiguación de su concreto régimen jurídico, si se trata de una sociedad dedicada habitualmente al comercio, en cuyo caso corresponde la aplicación del régimen de la sociedad colectiva, o si no tiene esa dedicación general al comercio, en cuyo caso es de aplicación la normativa de la sociedad civil. La normativa de la sociedad colectiva, como normativa subsidiaria en el ámbito de las sociedades mercantiles, reclama sólo aplicación cuando la situación reúna los elementos indispensables de esta forma social (carácter externo y permanencia en la actividad)¹¹² de suerte que si faltan, como puede ocurrir cuando el acuerdo base se conforma como sociedad interna o si, configurada de forma externa, sólo actúa esporádicamente en el tráfico, el supuesto deviene atípico y es reabsorbido por el régimen de la sociedad civil. En estos casos, incluso aunque el contrato de *joint venture* no reúna los elementos esenciales para la existencia de la sociedad civil, será de aplicación la normativa establecida para esta sociedad en el Código Civil¹¹³.

La consideración del acuerdo base de *joint venture* como contrato de so-

CALERO: *Instituciones...* op. cit., pág. 242. La calificación de la sociedad como mercantil o civil determina importantes consecuencias jurídicas en nuestro Ordenamiento. La mercantilidad del contrato determina la aplicación de las normas generales contenidas en el C. de c. sobre los contratos mercantiles y provoca la aplicación al ente del estatuto del empresario. Vid. F. SANCHEZ CALERO: *ibid.*, pág. 240.

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

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

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