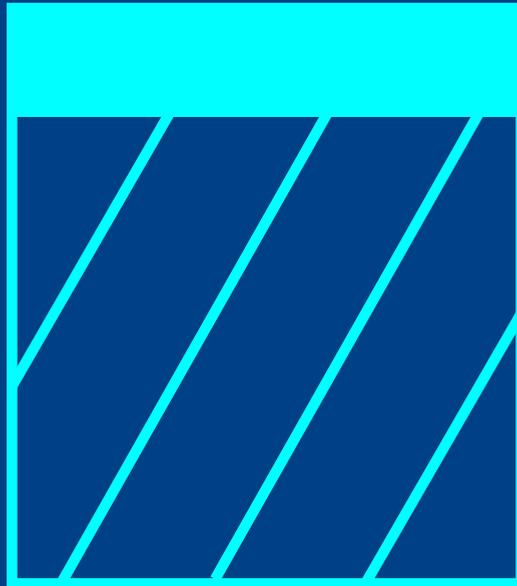


SARA HELENA OTAL FRANCO



SISTEMAS DE INFORMACIÓN CONTABLE PARA *JOINT VENTURE*

PARTE I
PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA *JOINT VENTURE*

Primer Premio ASEPUC de Tesis Doctorales

SISTEMAS DE INFORMACIÓN CONTABLE PARA *JOINT VENTURES*

(Las páginas en blanco del documento original se han suprimido para evitar confusiones durante su visualización.
No obstante, en cada página se ha respetado el número de página que aparece referido
en el sumario de la presente publicación).

SARA HELENA OTAL FRANCO

Premio “ASEPUC” de Tesis Doctorales

I Edición (2004)

Dirigida por:

DR. D.ALEJANDRO LARRIBA DÍAZ-ZORITA

SISTEMAS DE INFORMACIÓN CONTABLE PARA JOINT VENTURES.

Edita: Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

Edición en línea: año 2011
N.I.P.O.: en línea: 604-11-005-2

Edición en CD: año 2005
N.I.P.O.: 604-05-005-x
I.S.B.N.: 84-89-006-93-8
Depósito legal: M-42.765-2005

A Alejandro Larriba Díaz-Zorita y
Francisco Serrano Moracho

AGRADECIMIENTOS

“Muchas y muy grandes son las mercedes, señor alcaide, que en este vuestro castillo he recibido, y quedo obligadísimo a agradeceróslas todos los días de mi vida.”

*Capítulo XVII, Primera parte
Don Quijote de la Mancha*

Una tesis sobre *joint ventures* e intangibles defendida en Alcalá, ciudad cervantina, tiene como referencia obligada la que quizá sea la *joint venture* más universal de las letras castellanas: aquella que se estableció entre Don Quijote y el buen Sancho. No es este el lugar de justificar esa idea, pero lo haremos en *finalizando* este trabajo. Acometamos pues ahora lo que aquí nos trae, y con la ayuda de Dios así lo hagamos con tino.

La tesis es una aventura solitaria pero también una *joint venture* entre director y doctorando. Así como podemos decir que el libro de Cervantes es un conflicto entre los sueños y la realidad, puedo afirmar que mi *joint venturer* en esta empresa, Alejandro Larriba, ha conseguido conciliar ambos mundos en lo que a este trabajo se refiere. A él he dedicado la investigación, no para dejar patente mi agradecimiento sino mi cariño, y además para evitar aquí sentimentalismos escritos, porque a buen entendedor...

Además he tenido el apoyo imprescindible de aquéllos que me han ayudado con generosidad a distinguir los gigantes de los molinos. A José Antonio Gonzalo le debo la propuesta del tema de la tesis y que con su magia ahuyentara al sabio Frestón, a quien *atribuyo* los problemas y desórdenes que sufrí en el capítulo VII. Miguel Santesmases venció al gigante Pantafilón, *dedicado* a confundirme cuando me enfrenté a la metodología de los datos. Francisco Serrano fue desfacedor de entuertos y socorro de menesterosos siempre que me encontré perdida, vagando y en apuros, por los polvorientos caminos de la tesis.

Los compañeros y amigos del departamento han sido para mí lo que el ama, la sobrina, el cura y el barbero para Alonso Quijano. Vecinos que siempre han mostrado interés ofreciendo ayuda en lo que estuviera en su mano. En el área de contabilidad financiera Melchor Martín, ese especial Bachiller Sansón Carrasco, me ha regalado ideas y comentarios atinados y originales en perfecto castellano. Carmen García, Marian Gómez, Carmen Gonzalo, Mario Jiménez, y Ramiro Serrano me han ofrecido muchas veces su tiempo y otras lo he tomado sin preguntar. En el área de costes Emma Castelló, Silvia Giral y Marciano Acos-

ta, siempre han tenido palabras de ánimo y apoyo, lo mismo que Azucena Penelas, del área de marketing. Gracias, como no, a Victoria Castro, que soporta mis torpezas, descuidos y olvidos con buen humor; a Rosa López y a Noelia, Rubén y Yolanda.

Sin el personal de biblioteca y el servicio de documentación me hubiera sido casi imposible recopilar la bibliografía. Claudia, Emilio, Mar, Marino, Seve, Teresa, Vladi, han sido los culpables de proporcionarme, para los ratos en que estuviera ociosa, todos los libros de esas mis caballerías —*joint ventures*— en cuya lectura me enfrasqué de tal suerte que pasé muchas noches “leyendo de claro en claro, y los días de turbio en turbio; y así de poco dormir y del mucho leer se le secó el cerebro”^{*} de manera que si no hubiera sido por el concurso de Alejandro Larriba, José Antonio Gonzalo, Miguel Santesmases y Francisco Serrano, casi llego a perder el juicio.

Al margen del ámbito académico mis padres, Miguel Ángel y María Rosa, y la abuela Rosa han soportado con entrega mis cambios de humor de manera incondicional, sin permitir que mis transformaciones de cuerdo Alonso Quijano en loco Don Quijote les importaran demasiado. Gracias también a mis tíos Fernando y Julia.

Termino con los conocedores del secreto del bálsamo de Fierabrás, que acostumbran a tenerlo preparado cuando lo necesito. Cada uno posee un ingrediente esencial que aporta en la justa medida. En concreto: Alejandra y Pedro Luis, dulzura y firmeza; Carmina y Alberto, comprensión y sensatez, contrapunto perfecto a mi carácter; Esther, que me sacó de Sierra Morena, con la soltura de la princesa Micomicona; Ana, siempre dispuesta a escuchar dando un paseo; Juan Miguel y Ana Belén, empuje y aliento y Arantxa y Juan Carlos, que han creído en mí más que yo misma.

¡Ah! olvidaba mencionar a G. y C., que dicen haber “pensado” y “pensado” en la tesis hasta el dolor de cabeza.

Entre todos parece que por fin he acabado. Gracias.

* Capítulo I de Don Quijote de la Mancha.

ÍNDICE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN: PERO... ¿EXISTE ALGO LLAMADO <i>JOINT VENTURE</i> ?	15
PARTE I. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA <i>JOINT VENTURE</i>	21
CAPÍTULO I: APROXIMACIONES AL CONCEPTO	
1. INTRODUCCIÓN Y PRIMERA APROXIMACIÓN	25
2. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA	28
3. APROXIMACIÓN HISTÓRICA	35
3.1. Formas asociativas afines	33
3.2. Primera aparición de la expresión <i>joint (ad)venture</i>	44
3.3. Conformación de la <i>joint venture</i> como figura social	45
3.4. Entrada de la <i>joint venture</i> en las relaciones internacionales	49
CAPÍTULO II: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS	
1. INTRODUCCIÓN	55
2. RASGO SUSTANTIVO DEFINITORIO: EL CONTROL CONJUNTO	57
2.1. Caracterización de la relación de cooperación a la luz de la psicología de las organizaciones	58
2.2. Conceptos de control y control conjunto en el derecho	68
2.3. El problema del bloqueo en la toma de decisiones	81
3. RASGOS ADJETIVOS DEFINITORIOS	86
4. CLASIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA	99

5. DEFINICIÓN DE <i>JOINT VENTURE</i>	113
6. LA <i>JOINT VENTURE</i> FRENTE A OTROS TIPOS DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS	118
7. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE ACTUAR MEDIANTE UNA <i>JOINT VENTURE</i>	123
8. FACTORES QUE DETERMINAN EL RENDIMIENTO Y EL ÉXITO DE LA <i>JOINT VENTURE</i>	131

CAPÍTULO III: EXPRESIÓN JURÍDICA DE LA REALIDAD ECONÓMICA

1. INTRODUCCIÓN	139
2. PRIMER NIVEL DE REGULACIÓN JURÍDICA	141
2.1. El acuerdo base	142
2.2. Los contratos satélites	150
3. SEGUNDO NIVEL DE REGULACIÓN JURÍDICA: LA ELECCIÓN DEL TIPO SOCIAL	154
4. LOS TIPOS SOCIETARIOS ACTUALES EN ESPAÑA	157
4.1. Ventajas e inconvenientes de las sociedades capitalistas	157
4.2. Ventajas e inconvenientes de las sociedades de personas	162
4.3. Ventajas e inconvenientes de otros tipos sociales	164
5. COMENTARIOS SOBRE LA SITUACIÓN EN EUROPA	173
6. RASGOS QUE DEBERÍA REGULAR EL TIPO SOCIAL ADECUADO PARA LAS <i>JOINT VENTURES</i>	176

PARTE II. PLANTEAMIENTO ECONÓMICO Y CONTABLE 183

CAPÍTULO IV: CONTABILIZACIÓN DE LA *JOINT VENTURE* EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

1. NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD	187
1.1. Norma Internacional de Contabilidad 31 del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB)	187
1.2. Pronunciamiento del Grupo de Expertos de Naciones Unidas (ISAR)	192
2. LA UNIÓN EUROPEA: UNA VISIÓN GENERAL	194
3. AMÉRICA: NORTEAMÉRICA, ARGENTINA Y BRASIL	203
4. OCEANÍA: AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA	209
5. LEJANO ORIENTE: CINCO EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS	212
6. PRÓXIMO ORIENTE: ISRAEL Y CHIPRE	215
7. ÁFRICA: SUDÁFRICA Y NIGERIA	216
8. TABLA RESUMEN DEL TRATAMIENTO CONTABLE INTERNACIONAL	218

CAPÍTULO V: EL FONDO ECONÓMICO DE LA *JOINT VENTURE*

1. JUSTIFICACIÓN	223
2. CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA DE LA <i>JOINT VENTURE</i> PARA LOS COPARTÍCIPES	231
2.1. Aportaciones posibles a una <i>joint venture</i> y contraprestaciones que se obtienen por la operación	231
2.2. Contraprestaciones que constituyen el fondo económico de la opera- ción. Caracterización de cada una como elemento patrimonial	242
2.3. Conclusiones sobre la caracterización de la <i>joint venture</i> como ele- mento patrimonial para los copartícipes	261
3. ESTUDIO DEL TIPO DE OPERACIÓN ECONÓMICA EN QUE CONSISTE UNA <i>JOINT VENTURE</i>	269

CAPÍTULO VI: LA PARADOJA CONTABLE DE LA *JOINT VENTURE*

1. EL PROBLEMA DEL REFLEJO CONTABLE DE LOS INTANGIBLES	281
1.1. Tesis	282
1.2. Antítesis	285
1.3. Síntesis	288
2. LA VALORACIÓN DE LOS INTANGIBLES	294
3. EL BALANCE TRIDIMENSIONAL: EN BUSCA DEL RECONOCIMIENTO GLOBAL DE LA EMPRESA	307
3.1. Justificación	308
3.2. Una propuesta	312
4. CONCLUSIÓN: LA PARADOJA CONTABLE DE LA <i>JOINT VENTURE</i>	321

**CAPÍTULO VII: ESTUDIO EMPÍRICO SOBRE LA *JOINT VENTURE* EN
LA UNIÓN EUROPEA**

1. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN E IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR	327
2. SELECCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN Y DISEÑO DE LA MUESTRA	330
3. DISEÑO DEL CUESTIONARIO	336
3.1. Primera parte: los copartícipes	338
3.2. Segunda parte: la empresa en participación	343
3.3. Tercera parte: el mercado de la empresa en participación	347
3.4. Cuarta parte: decisión de la Comisión sobre el caso	348
4. PRIMERA FASE: APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LAS CARACTERÍS- TICAS DE LA MUESTRA.....	350

5. SEGUNDA FASE: HIPÓTESIS SOBRE LAS RELACIONES DE DEPENDENCIA ENTRE LAS VARIABLES MEDIANTE TABLAS DE CONTINGENCIA	362
6. TERCERA FASE: ANÁLISIS DE COMPONENTES PRINCIPALES Y ANÁLISIS DE GRUPOS (<i>CLUSTER</i>)	373
6.1. Análisis de la variable Fondo económico de la operación	373
6.2. Análisis de la variable Aportaciones realizadas a la empresa conjunta por los copartícipes	385
7. CUARTA FASE: MODELO PREDICTIVO DEL SENTIDO DE LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN	393
7.1. Introducción	393
7.2. Identificación de las variables predictoras	396
7.3. Análisis discriminante múltiple	402
7.4. Red neuronal artificial	409
7.5. Conclusiones del discriminante y de la red neuronal	412
CONCLUSIONES	415
A MODO DE EPÍLOGO	425
ANEXOS ESTADÍSTICOS	431
Anexo I: Resultados de la tabulación simple	433
Anexo II: Análisis de componentes principales de la variable “Fondo económico de la operación”.	447
Anexo III: Análisis <i>cluster</i> de la variable “Fondo económico de la operación” ..	454
Anexo IV: Análisis de componentes principales de la variable “Aportaciones de las matrices”	457
Anexo V: Análisis <i>cluster</i> de la variable “Aportaciones de las matrices”	462
Anexo VI: Análisis discriminante múltiple	467
Anexo VII: Red neuronal artificial de clasificación	471
BIBLIOGRAFÍA	473

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN: PERO... ¿EXISTE ALGO LLAMADO JOINT VENTURE?

“—Aún es temprano— respondió Sancho—, porque no ha sino un mes que andamos buscando las aventuras, y hasta ahora no hemos topado con ninguna que lo sea. Y tal vez hay que se busca una cosa y se halla otra.”

*Capítulo XVI, Primera Parte
Don Quijote de la Mancha*

Lectora, lector:

¡Es incómodo escribir la introducción de una tesis! No me refiero sólo a la atención con que se leen las primeras páginas, sino a que los párrafos introductorios parece que son el escaparate del trabajo, un reclamo, una invitación. La puerta que debe hacer apetecible adentrarse en la lectura de cientos de páginas cuya creación ha absorbido varios años de una vida. Un teatral “pasen y vean” que pretende interesar, atraer, persuadir y acaso convencer, a la usanza de los titiriteros y comediantes a la entrada de una función. Encuentro que existen muy pocas diferencias entre este acto escrito y la declamación de la frase en cualquier feria o representación, por la necesidad evidente que tenemos las *gentes de mal vivir* —cómicos y doctorandos— de que otras personas entren en el espectáculo, se interesen y participen durante algunas horas de nuestro trabajo.

Por ello voy a transformarme unos instantes para, invocando las mejores y peores artes retóricas de los cómicos ambulantes, presentar a los protagonistas y poder decir:

Pasen y vean aquello que despertará su asombro — o no—. ¿Puede existir algo que es a la vez antiguo y nuevo, diverso y único, desconocido y habitual?

La primera cuestión que trataremos de averiguar es si el vocablo inglés *joint venture*, que parece hacer referencia a algún tipo de cooperación empresarial y se utiliza de manera generosa por todo el mundo, tiene alguna sustancia fuera de los países de habla inglesa y no obedece tan sólo a la invasión de palabras en inglés que, por desgracia, estamos sufriendo de manera general. ¿Posee rasgos distintivos diferenciadores del resto de alianzas, o es simplemente la utilización de una palabra extranjera con escaso o nulo rigor terminológico-

co? Si presenta, en efecto, rasgos característicos: ¿ha existido en Europa esta forma de hacer negocios, o por el contrario es una importación reciente a nuestra cultura? Si ha existido ¿por qué esa pereza en su traducción? Mucho se habla de ella en diversos contextos por lo que parece que nombra realidades distintas. ¿Es una realidad que se adapta a las circunstancias, manteniendo una esencia, o se ha desvirtuado su significado con el uso? ¿Presenta alguna singularidad o por el contrario es un concepto inexistente e impreciso?

Para responder a estas cuestiones trataremos de traducir el término e indagar los orígenes históricos de la figura —capítulo I—. A continuación estudiaremos sus singularidades —la existencia del control conjunto del negocio— y elementos distintivos, clasificación, etc. con objeto de llegar a una definición precisa que nos aclare la confusión existente al respecto. Estudiaremos aquello que la diferencia de otras formas asociativas y sus ventajas e inconvenientes, para acabar con las razones que pueden determinar su éxito o fracaso en la práctica —capítulo II—.

Pasen y vean sus problemas con “la ley”.

El paso siguiente es preguntarnos, dadas sus singularidades, si existe una forma jurídica apropiada para albergarla o por el contrario vive ligera o totalmente al margen del Derecho —capítulo III—. ¿Cuál es la articulación jurídica de *facto* de la *joint venture* actualmente? Analizaremos la situación en España y en su entorno europeo próximo, para concluir afirmando su inadaptación, e indicar las características que debería tener una hipotética figura que se creara con ánimo de vestir jurídicamente esta particular forma de hacer negocios.

Pasen y vean usos contables de los cinco continentes, pasen y vean lo que no puede verse: el conocimiento que puede ser convertido en beneficio, altamente efectivo pero ignorado.

De los ámbitos conceptual y jurídico pasaremos al contable. Comenzaremos realizando una *Vuelta al Mundo en 31 Países y Tres Normas Contables* — en el capítulo IV— con objeto de ver cual es el tratamiento contable que reciben estas alianzas y si está en consonancia con lo expuesto en la Norma Internacional de Contabilidad 31, que trata sobre “Participaciones en negocios conjuntos”.

A continuación nos preguntarnos ¿es el adecuado?, ¿refleja el fondo económico de la operación que está teniendo lugar? —capítulo V—. El primer paso será, por lo tanto, la caracterización económica de esta alianza para los partícipes y el estudio del tipo de operación en que consiste. ¿Qué es tan importante que me obliga a sacrificar la mitad del control en manos de un competidor? ¿Por qué colaboro con un competidor en lugar de considerarlo como un enemigo en estos tiempos tan competitivos? Ello nos conducirá al otro protagonista de este estudio: los intangibles y su especial y estrecha relación con la *joint venture*.

Terminaremos este capítulo estudiando las particularidades y la problemática de los intangibles en general y las dificultades contables que presenta el reflejo de los mismos. Continuaremos aplicando lo anterior al reflejo del fondo económico de la *joint venture* —¿tienen los intangibles intercambiados en un negocio conjunto alguna característica especial como una mayor certidumbre?— y proponiendo la forma de contabilización a la que,

en nuestra opinión, debería tenderse. ¿Debe la contabilidad hacer un esfuerzo creador para recoger estos activos inmateriales, o por el contrario debe relegarlos, prudentemente, a un segundo nivel de información menos formal o comprometido?

¡Ah! y no se vayan sin consultar con nuestros adivinos.

Acabaremos comprobando parte de los razonamientos anteriores mediante un estudio empírico en base a *joint ventures* en las que participan empresas de la Unión Europea —capítulo VI—. Tras una aproximación descriptiva a las características de la muestra, analizaremos las relaciones de dependencia entre las variables utilizando tablas de contingencia, haciendo especial referencia a los intangibles que han motivado las alianzas, los cuales serán estudiados, además, mediante un análisis de componentes principales y un análisis de grupos. Debido a que estas alianzas pueden atentar contra las leyes de la competencia de la Unión Europea, el capítulo termina con un modelo predictivo, para lo cual se ha usado el análisis discriminante múltiple y una sencilla red neuronal —*nuestros adivinos*—, que intenta identificar los factores que motivarían que la Comisión Europea permita o no que se lleven a cabo estas uniones.

Conozcan la historia, vida y milagros de algo que no se adapta ni al lenguaje, ni al marco jurídico, ni a la contabilidad, pero que existe y funciona con éxito. Transforma a los competidores en aliados y lo inmaterial en fundamental.

Final.

La relación entre la tesis y la historia del Ingenioso Hidalgo se desvelará en el epílogo final. Puede parecer una tarea estéril, ingrata y fuera de lugar discutir aquí el tema de Don Quijote, ya que se han escrito sobre él —por grandes entendidos— bibliotecas enteras, bibliotecas aún más abundantes que la que fue incendiada por el piadoso celo del cura y el barbero. Sin embargo dos razones me mueven a ello. La primera es que teniendo en cuenta que nadie inventa nada, porque siempre hay algunos malditos antecesores que han inventado muchísimas cosas antes que nosotros, la idea esbozada al respecto puede ser novedosa y original. La segunda es la suerte de felicidad que se experimenta cuando se habla de un amigo¹. Y creo que todos podemos considerar a Don Quijote como un amigo. Ello, unido a que la *joint venture* se ha convertido para mí en un personaje querido y cercano me empuja a confesar lo siguiente: hoy pienso que entre las cosas felices que me han ocurrido en la vida está el haber conocido a Don Quijote y el haber concluido esta tesis para poder someterla a examen y discusión.

¹ Esto no ocurre con todos los personajes de ficción, supongo que Agamenón o el príncipe Hamlet son más bien distantes, y que incluso nos menospreciarían si les habláramos como amigos.

PRIMERA PARTE

**PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA
*JOINT VENTURE***

CAPÍTULO I: APROXIMACIONES AL CONCEPTO

1. Introducción y primera aproximación.
2. Aproximación semántica.
3. Aproximación histórica.
 - 3.1. Formas asociativas afines.
 - 3.2. Primera aparición de la expresión joint (ad)venture.
 - 3.3. Conformación de la joint venture como figura social.
 - 3.4. Entrada de la joint venture en las relaciones internacionales.

CAPÍTULO I: APROXIMACIONES AL CONCEPTO

I. INTRODUCCIÓN Y PRIMERA APROXIMACIÓN

La observación de la práctica en el ámbito de los negocios internacionales, sean o no de círculos anglófonos, revela el manejo habitual del término *joint venture* para referirse a ciertos sistemas de cooperación o de gestión compartida, marcados en gran medida por la casuística que muestra la práctica de los negocios en éste ámbito.

Sin embargo, el uso común que hacen de la expresión los hombres de negocios, se corresponde con la inexistencia de un concepto y significado precisos, situación que se ve agravada por el hecho de que la realidad de las operaciones comerciales ha ido desligando la locución *joint venture* de una vestidura jurídico-formal específica. En este sentido, Esteban [1997: 25 y 31] señala que “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 al contrario de contrataciones *ad hoc*, diversas unas de otras”, y por lo tanto “su desvinculación con un sistema normativo estatal, dificulta notablemente la posibilidad de proporcionar un concepto de aquella”.

Aunque el tipo de cooperación que pretendemos estudiar es tan antigua como la historia del comercio, no tomará carta de naturaleza hasta el siglo XX. En ese momento y debido a su proliferación en Estados Unidos durante el siglo XIX, diversos autores de ámbito jurídico, comienzan a tratar este tema de forma separada. Por ejemplo Rowley, un pionero en la materia, dedica a las *joint ventures* en 1916, el capítulo XXX de su libro *The Modern Law of Partnership*. Hasta este momento lo habitual había sido considerarla como un tipo especial de *partnership* que puede definirse a grandes rasgos como una asociación entre empresarios.

Con objeto de poder distinguir las singularidades de la alianza que nos ocupa, hemos de abordar en primer lugar, tanto la figura de la *partnership* como ciertas cuestiones puntuales que caracterizan el *Common Law*².

¹ El *Common Law*, es el sistema jurídico que rige en los países anglosajones, y que no deriva del derecho romano como el sistema jurídico continental.

La ley inglesa de la *partnership* fue desarrollada por los tribunales durante los siglos XVIII y XIX en un contexto de crecimiento de la industria y el comercio en la sociedad británica. Su evolución es la típica en las doctrinas legales del *Common Law*, es decir, la aplicación de principios generales y morales a casos concretos y la utilización de estas decisiones judiciales a otros casos en los que acontecen hechos similares, aunque no idénticos. La sección 1 (1) de la *Partnership Act*, define la misma como: “la relación existente entre dos personas que acometen un negocio en común con vistas a la obtención de beneficio”. Sin embargo, es preciso profundizar un poco más en los elementos de la definición para comprender su relación con la *joint venture*.

En primer lugar la *partnership* no implica por si misma la existencia de un contrato, sino tan solo una relación, que puede surgir de cualquier acuerdo explícito o implícito.

En segundo lugar, la definición señala que dicha relación debe existir entre distintas personas, en plural, físicas o jurídicas. No existirá *partnership* si diversas personas están involucradas en calidad de representantes de una única persona, aunque si existirá, en el caso de que uno de los socios se represente tanto a si mismo como a terceras personas. Por lo tanto pueden existir socios ocultos.

En tercer lugar, el objeto de la relación entre las personas se debe a un negocio que debe entenderse como cualquier actividad comercial o profesional, pues una operación única puede ser un negocio.

Por último, el ánimo que mueve a las partes ha de ser la obtención de beneficio común, que suele entenderse como la ganancia neta tras hacer frente a todos los costes y gastos del negocio, y no únicamente el compartir los gastos. El mero hecho de compartir costes o una cifra de negocios, si una persona no tiene un derecho o propiedad conjunta sobre las propiedades de las que ha derivado el beneficio no supone la existencia de una *partnership*. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como los estudiosos del tema, están de acuerdo en que no es necesario que se produzca un reparto efectivo de los beneficios obtenidos. Puede existir *partnership* a pesar de que no se produzca ninguna retribución monetaria. Nos referimos al caso en el que los copartícipes se reparten los productos naturales de la operación, como es con frecuencia el caso de las industrias extractivas. En estos casos el beneficio se produce explotando el producto obtenido.

Los precedentes examinados al respecto, dejan patente que los tribunales no sólo atendían al lenguaje usado por las partes en el contrato, ya sea escrito o verbal, sino también al hecho de que las partes compartían o no un negocio para obtener beneficio.

La cuestión estriba en saber si existe una categoría y concepto diferenciados que merezcan ser separados. La *joint venture* nos plantea sin duda, un concepto escurridizo que se nos presenta con múltiples facetas y pequeñas diferencias en los distintos países y a través de las diversas épocas, por lo que deberemos atender a sus antecedentes desde un punto de vista amplio, escudriñando aquellos usos de comercio que presentan analogías y mantienen el espíritu con independencia de las peculiaridades culturales y la costumbre de la sociedad en la que se desarrollan.

Por lo tanto, al igual que Parsifal en la búsqueda del Santo Grial, la búsqueda de la *joint venture* debe comenzar por una excursión a través del tiempo y el espacio mediante la cual persigamos llegar a penetrar en su forma, contenido y noción en la historia y geografía. Una vez que conozcamos su desarrollo, morfología y concepto, de forma comparativa podremos aislar la noción que perseguimos y comprobar su utilidad. Además, si deseamos precisar en qué consiste este tipo de cooperación, debemos alejarnos de los posibles prejuicios motivados por una rápida adscripción a algunos de los planteamientos más frecuentes.

¹ Esto no ocurre con todos los personajes de ficción, supongo que Agamenón o el príncipe Hamlet son más bien distantes, y que incluso nos menospreciarían si les habláramos como amigos.

2. APROXIMACIÓN SEMÁNTICA AL CONCEPTO DE JOINT VENTURE

“Initium doctrinae sit consideratio nominis”

Epicteto

“—Respondió Don Quijote—, a aquel a cuyo cargo debe de estar el escribir la historia de mis hazañas le habrá parecido que será bien que yo tome algún nombre apelativo.”

Capítulo XIX, Primera Parte
Don Quijote de la Mancha

Antes de adentrarnos en el proceloso curso de su historia, vamos a realizar de la mano de la semántica un primer acercamiento al concepto, quedando pendiente para un apartado posterior los posibles orígenes etimológicos del término.

Se pueden encontrar en la jurisprudencia estadounidense, tres expresiones que se utilizan como sinónimos, sin que hasta la fecha haya sido argumentada alguna diferencia sustancial entre ellas por parte de los estudiosos. La más común es *joint venture*. No obstante, varias decisiones judiciales emitidas durante el siglo XIX, utilizaron con frecuencia la locución *joint adventure*. Por último, en casos muy aislados se han empleado, para el mismo concepto, las palabras *joint enterprise*. Ya en el siglo XX West [1959] usa el término *jointly owned subsidiary* y Boyle [1960] [1968] *joint subsidiary*.

Cuando en este trabajo sea necesario mencionar el término en inglés, emplearemos la primera expresión, salvo que se mencione alguna sentencia en la cual el juez o un autor concreto haya usado cualquiera de las otras.

Si atendemos a la traducción literal de los vocablos que componen el significante, encontramos que:

- *Joint* significa unido, combinado, conjunto, colectivo, solidario, mancomunado, mutuo, interés o acción que no es en solitario.
- *Venture* indica empresa arriesgada, aventura, arriesgar; como sinónimo de esfuerzo, empeño, empresa, proyecto, riesgo, incertidumbre, especulación y; antónimo de seguridad, estabilidad y fiabilidad.

Esta primera aproximación semántica, a través de la traducción directa de la expresión angloamericana, nos sugiere de manera intuitiva el hecho de acometer una empresa arries-

gada (aventura) de forma conjunta, eliminando cualquier atisbo de individualismo o el establecimiento de una relación de dominio entre los “aventureros”.

Lo anterior sugiere que una traducción literal y apresurada del término a nuestro idioma podría ser: “aventura conjunta”, “empresa conjunta”, (entendiendo “empresa” en su primera acepción de “acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza” [DRAE, 2001: vol. I, 814]), o incluso “negocio conjunto”, utilizando asimismo la primera acepción de la palabra “negocio” como “cualquier ocupación, quehacer o trabajo”, [DRAE, 2001: vol. II, 1.432].

Sin embargo conviene recordar que los nombres, además de limitar una situación o concepto al designarlo, lo introducen en lo cotidiano. Constituyen cortes semánticos de la experiencia de la realidad que cada comunidad social tiene, así los distintos grupos denominan a los objetos de una forma u otra dependiendo de la importancia que tengan para la comunidad [Mounin, 1969: 60]. Por ello, la traslación de cualquier institución económica o jurídica no sólo puede resultar inexacta si nos limitamos a traducir de forma más o menos literal las palabras que componen la expresión, sino también difícil si la figura pertenece al *common law* y queremos realizar su trasunto dentro del marco del derecho europeo continental.

Esta arbitrariedad del lenguaje se pone especialmente de manifiesto en el ámbito jurídico a la hora de designar nuevas instituciones. “En ocasiones, aunque la expresión elegida tenga un significado contradictorio con lo que se define, la aceptación social, o la elección del legislador, impone su generalización. Puede ponerse como ejemplo la denominación *sociedad de responsabilidad limitada*, inadecuada y poco descriptiva de su verdadero contenido” [Miquel, 1998: 35], a pesar de lo cual se utiliza para denominar una de las formas sociales.

Asimismo puede suceder que la institución que tratamos de denominar no tenga una equivalencia tan precisa en nuestro orden económico y jurídico, por lo tanto, para proceder a su estudio habremos de enmarcarla en el momento espacio temporal de su gestación, sin olvidar que el lenguaje es algo vivo, que se reorganiza en el tiempo en función de los datos que aporta la experiencia. Este hecho nos llevará a estudiar tras concluir con el apartado lingüístico:

- Las formas asociativas cuyo sustrato económico tenga las notas características de una *joint venture*.
- La conformación histórica de la figura social homónima.

Junto con las anteriores cuestiones, existe en torno a esta voz, una dificultad añadida, que es la polisemia que conlleva la propia palabra *joint venture*. Bonvicini [1977: 9 y ss.], comenta los múltiples significados de la expresión indicando que *joint venture* se utiliza en sentido amplio para describir acuerdos de colaboración, en general, sin hacer referencia al contenido jurídico, aunque también puede designar un acuerdo previo entre las partes y la forma de ejecución posterior de ese acuerdo, tanto de forma societaria, como contractual. Además, se emplea la expresión para indicar la especial vinculación que se establece entre las partes, inmersas en una *joint venture* o un proyecto en común. Finalmente otra acepción frecuente se refiere a la forma utilizada para invertir en países receptores de inversión extranjera.

En sentido jurídico la locución *joint venture* tiene, como veremos al concluir este apartado, al menos dos significados más estrictos, cada uno de ellos con elementos propios y de naturaleza jurídica diferente, pese a que la creación de nuevas fórmulas contractuales angloamericanas conlleva no sólo la dificultad de encuadrarlas en las categorías tradicionales de nuestro Derecho, sino también el problema que se deriva de que la manifestación jurídica de esta institución económica es extremadamente amplia.

Diversos autores desde Gómez Segade, [1978: 207 y ss.], hasta Miquel, [1998: 37], apuntan la idea de que los problemas terminológicos derivados de la notable imprecisión del uso de la locución, y la consecuente oscuridad que rodea al propio concepto, unido al consenso general en el uso del inglés como idioma del comercio internacional, aconsejan y contribuyen de manera decisiva al mantenimiento de la expresión original en países no angloparlantes.

Lo antes expuesto no ha sido obstáculo para que se hayan llevado a cabo esfuerzos de traducción a las distintas leguas, tal y como vamos a reseñar a continuación sin ánimo de exhaustividad.

En Alemania se utiliza ampliamente la expresión, *Gemeinschaftsunternehmen*, cuyo significado literal es “empresa en comunidad”.

En Italia la traducción ha sido: *impresa congiunta o società congiunta*. Sin embargo, Bortolotti y Moressi [1983: 535] en un amplio artículo que titulan “*Joint ventures*” usan la traducción al italiano de *società comuni* como sinónimo de *incorporated joint venture*³ aunque utilizan con más frecuencia el término en inglés que en italiano.

En Francia, una traducción especialmente difundida y que incluso se utiliza en nuestro país es *filiale commune*, expresión de naturaleza económica que tiene poca precisión jurídica. Desde el punto de vista económico la idea puede parecer aceptable, pero desde el punto de vista jurídico ha sufrido duras críticas, que recogen, entre otros autores tales como:

- Miquel, [1998: 38] el cual explica al respecto que: “el argumento fundamental para descartar las referencias a la filial común se encuentra en la constatación de su empleo generalizado como medio de organizar una colaboración, lo que se opone al significado que sugiere, relativo a una subordinación, además de la contradicción existente entre “filial” y “común”, expresiones que en el ámbito societario son poco compatibles”,
- Y Cohen, [1993: 130], que entiende que una sociedad no puede ser simultáneamente, en términos conceptuales, filial de otras; y considera que es descriptiva la situación de dependencia común existente, aunque puntualiza, con mucho acierto, que la *joint venture* no siempre utilizará una sociedad como vestidura jurídica.

Por otro lado en el vecino país, una orden ministerial de 11 octubre de 1990, sugiere la palabra *coentreprise*, que a nuestro juicio adolece de la misma ambigüedad que la origi-

³ Como veremos con más detalle en el punto 4 del capítulo II, el término inglés hace referencia a aquellas *joint ventures* que adoptan forma societaria.

nal, ya que puede referirse tanto a una sociedad creada conjuntamente, como por ejemplo a un acuerdo de cooperación entre personas físicas o jurídicas, para llevar a cabo iniciativas comunes.

En otras ocasiones se ha propuesto la expresión *association d'entreprises*, término tan vago como poco popular en la práctica. Por contra, la utilización de los significantes *entreprise conjointe* y *société conjointe* —similares a la traducción italiana— para denominar la *joint venture*, tiene un uso mucho más difundido en la literatura francesa especializada, aunque el término anglo-americano, suele alternarse siempre en los textos con alguna de las traducciones citadas.

Finalmente, podemos citar que en textos de algunos estudiosos franceses de mediados del siglo XX, aparece la expresión “sociedad de sociedades” —*société de sociétés*—, [Champaud, 1962: 269].

La Comisión de las Comunidades Europeas, órgano sito en Bruselas y que aplica la normativa comunitaria sobre competencia, emplea sistemáticamente en la versión francesa de sus textos normativos el término *entreprise commune*. En opinión de Baptista y Durand [1991: IV], la elección no es acertada. Estos autores lo consideran restrictivo, puesto que parece limitar la institución al caso en el que no se cree una entidad jurídica, lo que no siempre sucede.

Por otro lado, en la traducción al castellano de los textos de la Comisión en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, se utilizan varias expresiones. Mientras que las decisiones de la Comisión e incluso los informes de política de competencia hablan de *empresa conjunta*, el Reglamento⁴ sobre el control de las operaciones de concentración y sus sucesivas modificaciones se refieren a la *joint venture* como *empresa común* o *en común*. En otras decisiones también hemos encontrado la expresión *empresa en participación* de manera habitual. Con menor frecuencia *filial común* y en ocasiones *sociedad creada conjuntamente*. En nuestra opinión, el término *empresa en participación* puede confundirse con una *sociedad de cuentas en participación*, mientras que *empresa en común* sólo contempla el hecho económico de creación de una empresa, sin atender al substrato jurídico. El tercero es la traducción directa del francés, ya comentada, y en cuanto al cuarto contempla el supuesto de que se cree una sociedad, lo cual aunque es un caso frecuente puede no ocurrir.

Los textos mejicanos, como por ejemplo el de Gómez y Collada de 1994, usan con cierta reiteración “aventura conjunta”, alternándola a lo largo de su exposición con la locución en inglés. La traducción sugiere la idea subyacente y original del vocablo “empresa” entendido con “aventura”, y aunque recoge la esencia económica, hace caso omiso del substrato jurídico.

Por último una traducción generalizada en Iberoamérica es “negocio conjunto”. El término es flexible y amplio pero impreciso, porque la palabra “negocio” es todo lo que es objeto de una ocupación lucrativa o de interés y puede referirse tanto a la existencia de un ente social como no.

⁴ 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.

A continuación resumimos la gran variedad de términos que hemos encontrados para traducir la expresión *joint venture*. Ello pone de relieve la falta de unanimidad entre los estudiosos, la práctica, y la doctrina, motivada sin duda por la gran flexibilidad de la figura ya que a la expresión *joint venture* no corresponde un único significado. En los círculos del *common law*, el término alude a una concreta forma social. En la práctica del comercio internacional, se refiere tanto a una modalidad de cooperación entre empresas que no se vincula a un tipo social concreto, como veremos en un apartado posterior⁵, como a una modalidad de inversión directa. En el ámbito del comercio internacional, el acusado componente práctico y su desvinculación de un sistema normativo estatal, dificulta la construcción del concepto⁶ de *joint venture*.

Este significado incierto de la expresión, junto con la tendencia actual de incorporar vocablos de procedencia anglosajona al lenguaje cotidiano y profesional, son razones que explican el uso generalizado de la terminología original.

Tras la tabla I.I propondremos una traducción al castellano del término que pretende recoger las dos realidades más separables que presenta la expresión en inglés.

Tabla I.I

PAÍS	TÉRMINOS	COMENTARIOS
EE.UU.	— <i>Joint venture</i> — <i>Joint adventure</i> — <i>Joint enterprise</i>	Términos usados en la jurisprudencia del s. XIX
	— <i>Jointly owned subsidiary</i> — <i>Joint subsidiary</i>	Términos aparecidos en artículos de mediados del s. XX
Alemania	— Empresa en comunidad (traducción)	<i>Gemeinschaftsunternehmen</i>
Italia	— <i>Impresa congiunta</i> — <i>Società congiunta</i> — <i>Società communi</i>	
Francia	— <i>Filiale commune</i> — <i>Coentreprise</i> — <i>Association d'entreprises</i> — <i>Société de sociétés</i> (Sociedad de sociedades traducción de Champaud)	
	— <i>Entreprise conjointe</i> — <i>Société conjointe</i>	Estas traducciones son de gran aceptación y van a ser similares a las que adoptaremos en castellano
Comisión Europea	— <i>Entreprise commune</i>	En los textos franceses originales
	— Empresa conjunta — Empresa (en) común — Empresa en participación — Filial común — Sociedad creada conjuntamente	Expresiones utilizadas en las traducciones al castellano de los textos originales
Méjico	— Aventura conjunta	
Iberoamérica	— Negocio conjunto	

⁵ Ver el capítulo III titulado "La expresión jurídica de la realidad económica".

⁶ Esa problemática será tratada en el apartado 5 "Definición de *joint venture*".

En nuestro país, al igual que en los anteriores con la posible excepción de Alemania, la utilización de la expresión foránea constituye una práctica extendida. A pesar de ello existen intentos de traducción realizados en el ámbito jurídico y que consideramos acertados, ya que respetan la esencia jurídica al tiempo que son fieles al significado económico.

Sin perjuicio de una ampliación posterior, vamos a adelantar que las *joint ventures* pueden instrumentarse, bien a través de una figura societaria, o bien adoptando la vía contractual.

Para el primero de los casos, entendemos que “sociedad conjunta” es una traducción adecuada para denominar a la llamada *joint venture corporation* o *incorporated joint venture*. Para el segundo, el significantes escogido es “empresa conjunta”, que equivale a la llamada *unincorporated joint venture*. Como ejemplo de esta postura tenemos a Miquel [1998: 39] y a Gómez Mendoza [1993: 843]. Este último se decanta por la expresión “empresa conjunta”, para denominar a la *joint venture* contractual, aunque utiliza el término “filial común”, para el caso en el que se adopte la forma societaria.

Los términos anteriores resultan interesantes por que manifiestan en primer lugar, la diferencia conceptual entre empresa y sociedad mercantil, que en muchas ocasiones no se ha distinguido convenientemente debido, como indica Larriba [1982: 37], a las siguientes causas de confusión:

- El objetivo de las sociedades mercantiles es la explotación de una empresa, por lo que a veces se confunde el objeto con el sujeto.
- La empresa es consustancial a la sociedad, si no hay empresa no hay sociedad.
- El patrimonio de la sociedad se confunde con el de la empresa, ya que poseen el mismo sustrato.
- El elemento organización es en el que descansan tanto la sociedad como la empresa.

Por tanto y siguiendo al mismo autor [Larriba, 1982: 38], las notas diferenciadoras son las siguientes:

- Tanto la empresa como la sociedad mercantil son entes sociales; pero mientras la segunda tiene personalidad jurídica, la primera no.
- La empresa es un concepto económico de forma fundamental; la sociedad lo es jurídico.
- La empresa une los factores de la producción; la sociedad aporta sólo uno de ellos, el factor capital y se identifica jurídicamente con otro: el empresario.
- Si la sociedad es el empresario, uno de los factores, evidentemente no puede ser la empresa.
- La empresa es una organización económica; la sociedad lo es jurídica.
- La empresa es el objeto del tráfico mercantil, es una “cosa” que puede ser apropiable; la sociedad es sujeto jurídico, puede ser propietario de “cosas”.

- La empresa es el objeto social de la sociedad mercantil, uno de sus elementos, por tanto.
- La sociedad mercantil está perfectamente regulada por el derecho positivo; la empresa carece de regulación legal propia y específica.

En segundo lugar, las expresiones “empresa conjunta” y “sociedad conjunta”, anuncian el que, como veremos, es el rasgo consustancial a este tipo de asociación: el control conjunto.

Por último, no queremos concluir sin antes reiterar que ambos términos, nos parecen los más adecuados y fieles a la realidad jurídica y económica, siempre que nos estemos refiriendo al Derecho español, pues es en ese contexto cuando la traducción adquiere pleno sentido. Todo ello sin perjuicio de que, por los motivos aducidos en páginas anteriores, en ocasiones optemos por usar la expresión original si nos hallamos en el contexto de la praxis norteamericana o internacional.

3. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL CONCEPTO DE *JOINT VENTURE*

“...habiendo y debiendo ser los historiadores puntuales, verdaderos y no nada apasionados, y que ni el interés ni el miedo, el rancor o la afición, no les haga torcer del camino de la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo del pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.”

Capítulo IX, Primera Parte
Don Quijote de la Mancha

3.1. FORMAS ASOCIATIVAS AFINES

El rancio abolengo de la historia de las aventuras de negocio conjuntas⁷, se pierde en los orígenes del tráfico mercantil. El sustrato económico de la operación, consiste en que dos o más comerciantes se asocian y comparten la suerte de una empresa, para de esta manera diluir los riesgos, limitar la responsabilidad, y conseguir la financiación precisa. La idea, que es tan vieja como útil, se basa en la aplicación más elemental del sentido común a un negocio cuando confluyen determinadas circunstancias. Desde antiguo, existen diversas instituciones que nos recordarán los rasgos elementales del concepto económico que tratamos de aprehender. En consecuencia parece obvio que “la finalidad económica no es exclusiva de ninguna de las figuras”, ya que “únicamente varía el tratamiento jurídico que se da a cada una de ellas” [Miquel, 1998: 82].

Jurídicamente, el desarrollo corporativo de la *joint venture* muestra el deseo colectivo de los comerciantes de encontrar una organización empresarial efectiva para sus necesidades mercantiles en cada momento, a pesar de los obstáculos legales o políticos. Los mencionados impedimentos han contribuido en cierta medida a la forma y características que adopta la institución en nuestros días.

Pese a los antepasados existentes, es innegable que tanto la acuñación del término como la conformación de la *joint venture* como figura social, fueron una creación de la jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX. Su objetivo era solucionar una realidad económica que había surgido en un momento anterior, y que venía impuesta por el desa-

⁷ En aras de la precisión terminológica, no hemos utilizado conscientemente en este epígrafe ni la expresión *joint venture*, ni los términos “empresa conjunta” o “sociedad conjunta”.

Ello es debido a que vamos a comenzar haciendo referencia a instituciones medievales, romanas y aún anteriores, por lo cual los términos mencionados no se ajustarían de forma precisa a realidades habituales cientos de años antes.

rollo y evolución de la industria y el comercio, que comenzaban su despegue a principios de siglo.

Su generalización en el ámbito de las relaciones internacionales a partir de la Segunda Guerra Mundial, es un hecho del que tampoco están “exentos de culpa” los Estados Unidos, como explicaremos en un apartado posterior.

Finalmente, no queremos concluir esta introducción sobre el desarrollo histórico de la *joint venture* sin apuntar dos ideas que, creemos, conviene tener presentes. Si bien es cierto que el hombre, como dijo Nietzsche, es “el animal de mas larga memoria”, puesto que se basa en su experiencia del pasado necesaria y constantemente; no es menos verdad que el pragmatismo humano rechaza mucho de lo que ha recibido, y usa sólo lo que le es inmediatamente aplicable. Tengámoslo en cuenta para tratar de comprender la accidentada evolución de la *joint venture*.

La segunda reflexión deriva de la primera. Los hombres de negocios, en cuyas manos se halla una parte importante del poder económico, rara vez son estudiosos del pasado, por lo que el fermento del progreso no está tan directamente relacionado con precedentes específicos, como en un principio pudiera parecer. A este hecho se une que el mecanismo legal no mantiene un contacto realista con el cambio económico.

Comenzamos las siguientes explicaciones sobre el devenir histórico de los negocios conjuntos con el deseo de que no nos suceda aquello que apuntó Nietzsche en “El crepúsculo de los idolos”, al escribir en sus “Máximas y sátiras” que: “a fuerza de indagar en los orígenes, se vuelve uno cangrejo. El historiador mira hacia atrás y acaba por creer hacia atrás”.

La Antigüedad

En Babilonia existía una institución, la *commenda* babilónica, que era una aventura conjunta para acometer un negocio específico, normalmente un viaje comercial. Consistía en que una persona solicitaba un préstamo a otra u otras, transformándolos de esta manera en socios. El partícipe o socio capitalista obtenía en todo caso el capital que había prestado y también un beneficio proporcional a su contribución. Este tipo de prácticas comerciales también eran comunes en Egipto, Siria y Fenicia, y eran similares a lo que posteriormente describiremos en la Roma clásica⁸ como *societas unius rei*.

En Grecia y Roma la navegación comercial era financiada de forma significativa por el préstamo marítimo *foenus nauticum*. Se adelantaban y confiaban dinero o mercancías a un mercader responsable de un viaje. El prestamista o prestamistas eran compensados con tasas de interés elevadas, del 30% o más y no participaban en los resultados de la aventura.

⁸ Tanto esta mención como aquéllas que posteriormente haremos a la *societas* se refieren al “periodo clásico”, que es una de las diversas etapas que se suceden en Derecho Romano. Suele fecharse entre el año 130 a.c. y el 230 d.c.

ra, pero si el buque se perdía en el mar, el préstamo no se les reembolsaba⁹. En este caso prestamista y prestatarios no eran socios, puesto que no compartían plena y realmente los beneficios o pérdidas de la operación.

Sin embargo citamos esta figura porque el primero no era un simple prestamista debido a que podía indicar en detalle como habría de realizarse el viaje, que bienes tendrían de venderse y la ruta a seguir, de manera que incluso era frecuente que acompañara un representante en el viaje que hacía labores de interventor, con lo que de esta forma existía una suerte de control conjunto. Este tipo de negocios dominaron toda la antigüedad hasta que Justiniano los prohibió por usura.

En Roma vamos a encontrar ciertos antecedentes más claros de la joint venture:

- En primer lugar, el *consortium erecto non cito*¹⁰, antecedente de la *societas*, que era el expediente utilizado para no repartir una herencia de forma que se mantenía de manera temporal como una unidad de bienes poseídos conjuntamente por los causahabientes.
- La *societas*, que es definida por Arangio-Ruiz, [1950: 64], como un contrato¹¹ plurilateral y consensual, en virtud del cual dos o más personas se comprometían a poner en común bienes y actividad con el fin de dividir los beneficios o las pérdidas según una proporción acordada. En este contrato no se reflejaban ante terceros las posiciones de los contratantes.

Existían dos tipos de *societas*: la *societas omnium bonorum*, universal de todos los bienes presentes y futuros, y la *societas negotiationis alicujus*, también llamada *societas rei unius* que consistía en una relación no necesariamente mercantil, que se establecía para acometer un propósito u objeto específico, donde los socios compartían los resultados. La *societas rei unius* se limitaba a una operación concreta como la venta de esclavos, el disfrute de una sola nave o la venta conjunta de cuatro caballos, haciendo lucro con el aumento de valor que derivaba de formar cuádriga y dividir el precio. Es este último tipo de *societas* la que fue más relevante para el comercio, imponiéndose con el paso del tiempo a la sociedad universal.

⁹ Las relaciones que acabamos de describir, también podemos encontrarlas desde la Edad Media hasta nuestros días en España, con el nombre de Préstamo a la Gruesa Aventura. El Préstamo a la Gruesa, ha perdido en el comercio moderno el excepcional relieve que en la época medieval alcanzara. Un individuo que proyectaba una expedición marítima y que necesitaba dinero, ora para poner el buque en condiciones de navegar, ora para adquirir las mercancías que se proponía vender en otro puerto, lucrándose con la operación, solicitaba la cantidad precisa a otra persona, la cual la entregaba bajo la condición de que, si por naufragio del buque u otra causa cualquiera no imputable al prestatario, la expedición no llegaba a feliz término, quedaría extinguido todo derecho de reembolso por parte del prestamista.

El contrato a la gruesa, (también llamado a riesgo marítimo), se regula en nuestro ordenamiento en el Código de Comercio, Libro III, Título III, Sección 2ª, artículos 719 a 736.

¹⁰ Queremos señalar que etimológicamente *consortium* quiere decir “compartir suerte”, lo mismo que *joint venture*.

¹¹ Aunque los romanos nunca tuvieron una ley general de contratos, si existían diversas formas de ellos, incluyendo contratos denominados consensuales, que se basaban en acuerdos entre las partes. Esta categoría general de contratos consensuales, incluía una forma de organización económica análoga a la *joint venture*: la *societas*.

Los paralelismos entre la *societas* y la *joint venture*, entendida bien como empresa conjunta, bien como sociedad conjunta, son los siguientes:

- La obligación de fidelidad entre los socios, es una constante manifestada en la jurisprudencia norteamericana. Es un deber de los copartícipes en una *joint venture* tanto en el momento inicial como durante toda la vida de la sociedad o empresa conjunta, la cual deriva de la *affectio societatis* romana, que a su vez dimana del *ius fraternitatis*, que imponía el deber de fidelidad para los miembros del *consortium*.
- El carácter oculto de la *societas* debido a su falta de manifestación ante terceros puede ser un rasgo de la *unincorporated joint venture*, es decir de la empresa conjunta.
- El ámbito limitado de su actividad, a un negocio concreto. La ocasionalidad constituye un rasgo recurrente en las *joint ventures* estadounidenses desde su denominación como tales a finales del siglo XIX.
- En lo relativo al control conjunto, el mencionado carácter oculto suponía unas relaciones especiales entre los socios más semejante a las cuentas en participación. Como describe Schulz, citado por Miquel [1998: 85], “si uno de los socios compraba algún bien para la *societas*, él era el único obligado a pagar al vendedor y nuevo propietario. Posteriormente, estaba obligado a poner la cosa a disposición de la *societas*, si bien en contrapartida tenía un derecho a ser reembolsado en la parte proporcional”.
- Finalmente y sin perjuicio de explicaciones posteriores, la *joint venture* tiene un carácter personalista, rasgo que comparte con la *societas*. Los socios se eligen por sus características personales, por lo que la renuncia o muerte de alguno de ellos puede ser causa de extinción de la sociedad. Esta circunstancia es todo lo contrario de lo que ocurre en las actuales sociedades capitalistas, mientras que permanece en las de personas.

Por su parte, los árabes, pueblo de mercaderes con todas las bendiciones del Corán, tenían una forma de asociación habitual que consistía en un tipo de *commenda*, en lugar de la *societas* romana. La *commenda* era la forma de hacer negocios en el Próximo Oriente, muy adecuada a las necesidades del comercio marítimo y al tráfico de las caravanas, por lo que no necesitaban otra fórmula más compleja de realizar sus actividades, como era el caso de la *societas*.

Esta *commenda* era una forma de *joint venture* propicia a desarrollarse en una época en la cual el tráfico tenía un alto componente transaccional. Al principio, era un acuerdo temporal para llevar a cabo una operación de comercio marítimo, pero con posterioridad se utilizó para usos más permanentes de comercio interno. Puede ser definida como una relación de negocio en la cual hay un socio activo responsable sin límite, y un socio capitalista cuyo riesgo está limitado a una suma fija. Esta forma de negociar que estaba muy de moda entre los ricos mercaderes de la Meca, y se extendió por todo el Mediterráneo con la conquista del Islam.

Europa continental

El comercio empieza a resurgir en el oeste de Europa en la Edad Media, después de las cruzadas a partir del siglo XII, con el florecimiento de las ciudades-estado del norte de Italia, y Francia. Uno de los problemas que traía aparejado el desarrollo comercial de aquella época consistía en la obtención del creciente capital necesario, tanto para el comercio marítimo como para el terrestre. La *commenda* perdura y su esencia se mantiene en una organización en la que existían dos tipos distintos de asociados, uno de los cuales permanecía en el puerto de origen, mientras que el otro tipo llevaba los bienes a ultramar. La relación en un principio representaba sólo conveniencia personal. De entre todos los mercaderes, unos, elegidos por rotación, vendían los bienes de los otros, pero más tarde la relación se tornó en un acuerdo para la inversión de capital.

La contribución de capital o bienes podía ser unilateral o bilateral, por lo que podemos distinguir dos tipos de *commenda*: unilateral si una sola de las partes, (que podían ser varias personas), aportaba el capital o bienes, o bilateral si ambas partes realizaban aportaciones. Aquellos que proporcionaban el dinero, eran en parte comerciantes profesionales y, especialmente en el sur de Italia, capitalistas, por ejemplo nobles que deseaban emplear sus excedentes de riqueza en obtener alguna ganancia. La asociación se desarrollaba según el plan que le era dado al socio viajero.

Al igual que sucedió en el próximo oriente, el origen de la figura estuvo en el comercio marítimo, pero después se utilizó para el comercio interno y la industria local. En la forma clásica de *commenda* el *commendator* o comendante (que proveía de capital), soportaba el riesgo de pérdida a cambio de las tres cuartas partes del beneficio, mientras que al *tractator*, *commendatorius*, o comendatario (que ejercitaba activamente el comercio), se le reembolsaban los gastos y recibía una cuarta parte del beneficio. Posteriormente, cuando este último contribuía también al capital, recibía la mitad del beneficio.

Con estas características la *commenda* se distinguía de manera clara de la *societas omnium bonorum*, ya que en su origen era una asociación temporal que se utilizaba para una transacción en particular, en la que las relaciones entre las partes eran comerciales en empresas con un alto componente especulativo. Por su parte, la *societas* tiene sus orígenes en una asociación más permanente, familiar o de personas con total confianza entre ellas, con el propósito de acometer empresas comerciales o industriales. Es preciso resaltar una diferencia más, de gran importancia: en la *societas* todos los partícipes respondían ilimitadamente de las pérdidas con su patrimonio personal; en la *commenda* el riesgo de pérdida del *commendator* estaba limitado a su inversión.

De la misma forma, la *commenda* se diferencia de otra institución medieval, la *compagnia*, tanto en el régimen de responsabilidad —que en la *commenda* se limitaba a la aportación, y en la *compagnia* era ilimitado frente a terceros—, como en el hecho de que las partes limitaban el ámbito y duración de la empresa. Los rasgos distintivos de ambas formas mercantiles, no sólo las diferenciaban, sino que también las hacían vitales para el desarrollo del comercio.

Taubman, [1957: 41-42] señala que “El rasgo característico de este negocio (la *commenda*) fue que la contabilidad capitalista se empleaba por primera vez; el capital al final de

la operación se comparaba con el capital al principio, y el exceso determinado, se distribuía como ganancia. En relación a la forma, no existía un establecimiento permanente, sino una aventura individual que los contables cerraban tras cada expedición”.

Al igual que en la *societas*, en la *commenda* era esencial la confianza entre los socios y, aunque en general uno aportaba y el otro gestionaba, existen documentos que prueban otro tipo de relaciones que aún la acercan más a la moderna *joint venture*.

Con el tiempo la *commenda* devino en la *accomendatio* en la mitad del siglo XII. Esta consistía en el embrión de una forma de compañía o en una modalidad intermedia de sociedad, puesto que la asociación ya se mantenía para más de un viaje.

En resumen, en la Europa continental de la Edad Media, encontramos que en la práctica principal de hacer negocios, la *commenda*, es una forma típica de *joint venture*. Más aún, consistía en una forma de *joint venture*, de evidente utilidad para el comercio delineada con precisión en sus formas y contenidos¹², y no en un concepto difuso, de contornos amplios y de escasa definición, tal como aparece en el ámbito negocial en la actualidad.

De hecho la *commenda* medieval tenía unas relaciones muy estrechas con los usos y funciones de la inversión y con la limitación de la responsabilidad. Por lo tanto, su espíritu era cercano a las organizaciones comerciales de los tiempos modernos y supuso un mecanismo útil para la inversión especulativa, por lo que es lógico, que predominase en el comercio marítimo. En el transporte terrestre como el riesgo era menor, lo acostumbrado era un préstamo a cambio de un interés.

La *commenda* supuso la continuidad desde la antigüedad de la idea clásica de *joint venture*, es decir, un pequeño grupo de asociados elegidos libremente para una única operación o transacción, al término de la cual se repartía el beneficio en base a la información contable. En su evolución en Génova la *commenda* se fue aproximando a una sociedad. En Francia la *commenda* bilateral se desarrolló en la sociedad en comandita (*société en commandite*) como una relación societaria y la *commenda* unilateral devino en las cuentas en participación (*société en participation*), como una forma de *joint venture* sin forma social.

En el continente europeo tanto la sociedad en comandita como la asociación de cuentas en participación se desarrollaron debido a las restricciones existentes contra la usura. En la Edad Media, ni los nobles ni el clero, podían prestar dinero a interés ni ser comerciantes, sin embargo en calidad de socios comanditarios o limitados, podían participar en negocios como socios ocultos. Es por ello que la comandita se desarrolló de la *commenda*, entre otras razones para permitir a los no comerciantes participar en un negocio sin tener que ser por ello comerciantes y, al mismo tiempo, limitando su responsabilidad.

¹² Aunque estuviera bien definida, no puede hablarse de un único tipo de *commenda*. La figura fue evolucionando a lo largo de los siglos, hecho que no sorprende si se tiene en cuenta el que fue utilizada en todo el Mediterráneo entre los siglos X y XV.

Diversos autores la han equiparado tanto con relaciones de carácter asociativo (por ejemplo, el préstamo marítimo), como con los negocios por cuenta ajena, (comisión o mandato), indicando que en ella se aúnan elementos de distintos contratos.

La asociación de cuentas en participación recibió varios nombres muy reveladores de su espíritu: *comptes à demi* (cuentas a medias o conjuntas), *comptes en participation*, *société inconue* (desconocida), *société momentanée* (momentánea), *société occulte*, *société imprévue* (imprevista) y *société participé*. También se denominó *société anonyme*, aunque el Código de Comercio Napoleónico utilizó el término en el sentido que conocemos en la actualidad, cambiando así el significado que se le dio en origen. Esta forma de asociación recuerda a la *societas* de la ley romana. El contrato produce efecto entre los copartícipes, pero no crea una persona jurídica, no produce efectos respecto a terceras personas y sólo genera obligaciones entre los asociados contratantes. Lo específicamente distintivo de esta asociación frente a otras formas societarias, es precisamente, la participación oculta y que no posee personalidad jurídica.

Para concluir este apartado nos parece interesante establecer la comparación que cita Miquel [1998: 89], entre las actuales sociedades de capitales americanas (*corporations*) y las formas de negocios típicas de la República de Venecia en el siglo XVI. Así dice que “en esa época, la unidad básica de negocios la constituían sociedades de carácter familiar (*family partnership*) que tenían otras finalidades, además del comercio. Sin embargo, algunas operaciones de cierta envergadura no podían ser asumidas por una sola familia, con lo que se asociaban entre sí en empresas conjuntas (*joint ventures*) cuya finalidad esencial era compartir la suerte de un negocio. Sus características más destacadas eran una duración limitada, y un objeto único”, características propias de la *joint venture* de carácter contractual estadounidense de finales del siglo XIX.

Pese a estos antecedentes continentales, y sabiendo que tanto el origen próximo como su difusión llega de la mano de Norteamérica, tendremos que dedicar una atención especial a ciertas figuras británicas.

Inglaterra

Paralelo al florecimiento de las ciudades, aparece un tipo de asociación de personas muy significativo: el gremio. Dado que en Inglaterra la *commenda* no se desarrolló, se negocia con habitualidad a través de éstos, denominados *Guild of Merchants*. De hecho, aparecen tras la conquista normanda como una forma de comercio de gran difusión. Estas asociaciones agrupaban en origen a todos los mercaderes de la ciudad aunque con el tiempo, se desgajaron en los distintos oficios artesanos. Los gremios regulaban y controlaban la producción y las transacciones de su actividad en la ciudad, pero sus propósitos no eran sólo económicos, sino también sociales. Para ello tenían unas reglas y procedimientos ampliamente elaborados, aunque no constituían ninguna forma societaria.

En el siglo XVI se fundan la mayoría de las compañías mercantiles inglesas para explotar el floreciente comercio que estaba surgiendo. En este momento histórico se considera que aparece la limitación de la responsabilidad, ya que el enorme riesgo que se asumía en los viajes transoceánicos, aconsejaba instrumentar algún medio de mitigar lo incierto de estas aventuras conjuntas.

En 1505 se crea la *Merchant Adventurers Company*, la *Russian Company* en 1554, la *Levant Company* en 1581 y la Compañía de las Indias Orientales en 1600. Por primera vez en la

historia aparece un probable origen etimológico de la *joint venture*: los *Merchant Adventurers*. Sin embargo llegado a este punto, es preciso señalar que la palabra *adventure* tenía un significado técnico y comercial muy específico. Dichas compañías tenían una función gubernamental, puesto que en la época del mercantilismo, servían al propósito del estado de controlar el comercio en ciertas áreas, en las cuales actuaban como monopolistas. Este concepto de monopolio deriva de los gremios y se traslada a este tipo de asociaciones.

Taubman [1957: 55] indica que Bouvier, en su Diccionario de Términos Legales, define la voz como “enviar bienes al extranjero, bajo la responsabilidad de un agente, que serán vendidos de la mejor forma posible para que se obtengan los mayores beneficios para los propietarios.” En consecuencia, un *merchant adventurer* era un inglés miembro de una compañía encargado de hacer comercio marítimo y ultramarino.

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar a Harris [1953: 73], que cita el ejemplo de la “Compañía Moscovita” de 1583, que se componía de dos grupos, los *adventurers* y los “empresarios”, sin olvidar que ejercer el comercio estaba reservado exclusivamente a los primeros.

La característica más importante en común con la *commenda* era el método de contabilidad. Tomemos como ejemplo la Compañía de las Indias Orientales de 1600. Desde su primer viaje en 1601 hasta su octavo en 1613, los miembros contribuyeron con diversas cantidades de capital para la empresa, formando una *joint stock*¹³, en la que los beneficios eran compartidos por los asociados proporcionalmente. En lo referente a su contabilidad, en origen cada viaje constituía una transacción separada y completa.

En el siglo XVII aparece en Inglaterra una figura que reúne los elementos que se van perfilando como propios de la *joint venture*: carácter ocasional para aunar los esfuerzos y recursos específicos de cada socio con miras a un objetivo común, sin menoscabo de la autonomía jurídica de cada aventurero interviniente en la empresa. En este momento confluyen las circunstancias que motivan el surgimiento de las *regulated companies*.

El individualismo propio de los comerciantes ingleses de la época, (organizados en las *gild of merchants* para el comercio nacional), no resultaba útil si se pretendía explotar el floreciente comercio marítimo internacional del siglo XVI. En este contexto se hacía precisa alguna fórmula asociativa que, sin intervenir en la esfera jurídica del individuo, sirviera para acometer proyectos económicos comunes de especial envergadura y difícil o imposible realización de modo aislado a través de la integración funcional de prestaciones. La *regulated company* normalmente tenía el monopolio del comercio en una zona geográfica

¹³ Antes de proseguir, consideramos necesario precisar el significado y la evolución del término *joint stock*. El origen económico de una compañía con *joint stock*, consistía en unir varios grupos de existencias pertenecientes a distintos comerciantes para ejercer el comercio de forma conjunta con esas mercancías.

Ya en el siglo XVII, personas ajenas tuvieron oportunidad de invertir en esas *joint stock companies*, lo que acarreó dos consecuencias que apartaron a esta figura de la *joint venture*, y en cambio la acercaron a la moderna sociedad de capitales:

- Se emitieron acciones transferibles.
- La cualidad de socio perdió importancia.

y establecía normas de conducta para sus afiliados los cuales ejercían el comercio por su cuenta.

A principios del siglo XVII ya era patente la ventaja que ofrecía comerciar a través de una *joint stock* entre comerciantes, que podía actuar con o sin el beneficio de la limitación de responsabilidad de sus miembros, de forma que el comercio hasta 1825 se realizó en régimen de *joint stock without incorporation* (sin forma societaria), aunque la mayoría de estas asociaciones eran consideradas como *partnership* no lo eran todas.

La transición de estas compañías “reguladas”, a las llamadas *joint stock companies* fue el resultado de la naturaleza y el desarrollo del comercio en los siglos XVI y XVII, y no de avances en la concepción jurídica. Aquí aparece la otra parte del posible origen etimológico, puesto que *joint* hace alusión al uso de juntar, en este caso, y en origen, las existencias para proceder a su venta, abandonando el uso gremial de que cada artesano mantenía su propio stock por separado. Con el tiempo, como hemos mencionado en la última nota a pie de página, se invitó a personas ajenas a invertir en las *joint stock companies*, por lo que la calidad de socio fue perdiendo importancia y se aceleró la emisión de acciones. Cuando esto sucedió, la tenencia de las mismas fue lo significativo en detrimento de la cualidad de miembro como socio elegido.

Volviendo al ejemplo de la Compañía de las Indias Orientales, podemos ver a grandes rasgos su evolución en este sentido. A partir de 1612 las contribuciones de los miembros que deseaban participar eran colocadas en las manos del un director y de unos comités para una serie de viajes, aquí la primera diferencia. El primer *joint stock* de la compañía, que tuvo lugar para realizar cuatro viajes distintos de 1613 a 1616, sucesivamente se amplió y se fueron organizando otros *joint stock* para suscriptores diferentes. La consecuencia de todo ello fue una confusión al solaparse viajes, propietarios y cuadros de directivos, ya que además no existía ninguna mención a un capital fijo o acciones. Al final, en 1661, un nuevo estatuto recogió la existencia de acciones transferibles.

En nuestra opinión estas compañías de comercio fueron en un principio, un antepasado claro, de las *joint ventures* en Inglaterra aunque su evolución posterior, las alejó de dichos orígenes, pasando a ser el antecedente inmediato de las modernas sociedades por acciones. Además esta disociación del capital en acciones, supone por primera vez en la historia, una separación clara entre la propiedad y la gestión, lo que motivó que las diferencias con la *joint venture* se acentuaran. De esta forma, aunque etimológicamente nos acercamos a la expresión, en el ámbito jurídico nos separamos de su sentido.

Por otro lado conviene mencionar que, en la época en la que los *Merchant Adventurers* de Londres comerciaban con los paños ingleses, en nuestro país existían compañías mercantiles que, con habitualidad, se constituían bajo el régimen de las Ordenanzas de Bilbao.

Miquel indica [1998: 91] que en todas estas compañías es destacable “el carácter consensual del contrato, consentimiento que se prolonga durante toda la vida de la sociedad, y que tiene las características del *affectio societatis* de la *societas* romana. Además, igual que en la *societas*, las relaciones entre los socios tenían un carácter eminentemente personalista. Ello se concretaba en una confianza recíproca y un deber de mutua fidelidad. No

menos importante era el derecho a la gestión de la sociedad, que en principio se concedía a todos los socios, si bien era posible, por razones prácticas, que la gestión efectiva sólo la llevara a cabo una parte de ellos. Este elemento aparecía especialmente en la compañía general¹⁴, de todas ellas la que presentaba los mayores paralelismos con los modernos acuerdos de *joint venture* que se desarrollan a través de una sociedad de capital”.

De lo visto hasta aquí podemos resumir que:

- Los rasgos que se perfilan como diferenciadores de la *joint venture* desde sus orígenes son, asimismo, característicos de ciertas figuras de las que se tienen noticias desde la época precristiana, en concreto sirias, fenicias, babilónicas y romanas.
- Por un lado la *joint venture* hunde sus raíces en el derecho anglosajón medieval, ya que las primeras figuras asociativas que presentan los rasgos distintivos de la figura que nos ocupa, aparecen cuando los viajeros o aventureros precisaban financiación para sus viajes internacionales comerciales, para lo cual buscaban la participación de otros en su aventura. En Gran Bretaña, los aventureros que buscaban capital para sus expediciones mercantiles, formaron asociaciones como los *Merchant Venturers* o los *Gentlemen Adventurers*, de forma que los británicos que llegaron a las colonias, como por ejemplo las americanas, no tuvieron un papel de conquistadores, sino de aventureros mercantes, que con la colaboración de banqueros, compañías de comercio o de la misma Corona lograban financiar sus viajes para la realización de sus negocios.
- De manera simultánea a lo anterior, en el continente la *commenda* contribuyó a la continuidad desde la antigüedad de la idea clásica de *joint venture*, esto es, un pequeño grupo de miembros, elegidos libremente, para realizar una única transacción, al término de la cual se repartía el beneficio en base a la información contable. Comenzó su evolución en Francia y se generalizó con rapidez. Por otro lado la *commenda* ha tenido una gran importancia en el desarrollo del Derecho Mercantil, ya que su proyección ha llegado hasta nuestros días al ser el origen de instituciones actuales como la sociedad en comandita y la asociación de cuentas en participación¹⁵.

3.2. PRIMERA APARICIÓN DE LA EXPRESIÓN *JOINT (AD)VENTURE*

Hasta ahora hemos atisbado los rasgos distintivos que dieron origen a figuras que suponemos afines a la *joint venture*. También hemos constatado dos acercamientos etimológicos a la expresión. Sin embargo ¿cuándo y dónde aparece por primera vez acuñado el término que actualmente utilizamos para designar esta idea de hacer negocios?

Sorprendentemente el vocablo no se utiliza por primera vez en Inglaterra, sino en el ámbito del Derecho escocés, [Baptista y Durand, 1991: 3 y 6], ya que pronto conoció una

¹⁴ Las formas más habituales que adoptaban las compañías constituidas bajo las Ordenanzas de Bilbao eran: compañía general, compañías anónimas, compañías en comandita y sociedades por acciones.

¹⁵ Aquí podemos apreciar una diferencia esencial entre el *common law* británico y el derecho europeo continental, en este caso francés. Mientras que las organizaciones para hacer negocios eran pragmáticas en Inglaterra, en Francia se desarrollaban estructuras sistemáticas sobre la ley aplicable a sociedades comerciales.

institución denominada *joint adventure* con claros rasgos distintivos y autonomía frente a la *partnership*. G.J. Bell, [1839: 22], recoge en la cuarta edición de su libro “Los Principios de la Ley de Escocia”, la siguiente definición de la figura: “*a limited partnership, confined to a particular adventure, speculation, course of trade, or voyage and in which the partners either latent or known use no firm or social name and incur no responsibility beyond the limits of the adventure*”.

Otro escritor de ley escocesa, John Erskine escribió: “*A joint trade is not a co-partnership, but a momentary contract where two or more persons agree to contribute a sum to be employed in a particular course of trade, the produce whereof is to be divided among the adventurers, according to their several shares, after the voyage is finished*”.

Respecto a la definición hay que precisar que aparece la noción de *adventure* en el sentido ya mencionado, es decir, con referencia a una única transacción. Asimismo el término *limited partnership* se refiere a la duración limitada en el tiempo. Pero las similitudes terminan aquí ya que en Escocia regía el *civil law*, el derecho continental, y no el *common law*, por lo cual la concepción de *joint venture* están tomada en concreto de la legislación civil francesa. De hecho, el término de “contrato momentáneo” (*momentary contract*), que maneja Erskine, es el mismo que Watson usa para describir la asociación de cuentas en participación (*association o société en participation*), que era la versión francesa de la *joint adventure*, con orígenes en la *commenda*.

Podemos concluir esta parte de la búsqueda en el tiempo y en el espacio de la genealogía de la figura, señalando que no existe unanimidad entre los diferentes autores a la hora de indicar sus antecedentes históricos. Tanto la *commenda* babilónica, como la medieval, o la *societas romana*, presentan paralelismos con la *joint venture* pero también los presentan los *Merchant Adventurers*, y las compañías que comerciaban a través de un *joint stock*, antes de que devinieran en sociedades por acciones, con las consecuencias que ello arrastró.

Sin embargo, otros autores afirman un genuino origen americano o mixto, porque en su opinión los datos anteriores no prueban más allá de una coincidencia en el nombre que puede reputarse casual. De cualquier forma es innegable que, tanto la conformación de la *joint venture* como figura social, como su difusión internacional, apareció a raíz de su uso en los Estados Unidos.

3.3. CONFORMACIÓN DE LA JOINT VENTURE COMO FIGURA SOCIAL

Hasta que la institución no fue usada y asimilada por la jurisprudencia estadounidense no adquirió su significado pleno. Esto sucedió en la segunda mitad del siglo XIX, aunque, para una mejor comprensión de su evolución, hemos de remontarnos hasta el siglo XVIII.

Dos hechos destacables acontecen en este período, uno de índole económica y otro de naturaleza jurídica. Por una parte, el año 1750 marca el comienzo de un cambio de actitud entre los hombres de negocios, debido al comienzo de la expansión colonial. Es el momento en que las empresas dejan de comerciar únicamente a escala local y se desarrolla el comercio ultramarino. Los empresarios destacados del momento, ejercieron una

gran influencia tanto en el ámbito político, como en el futuro económico del país. Fue el comienzo de la época de los *Big Business*, o dicho de otro modo, de una nueva concepción de los negocios a la cual es inherente un nuevo marco para la consecución de los objetivos, de manera que los métodos a pequeña escala dejaban de ser adecuados.

Por otra parte, a finales del siglo XVIII las “trece colonias” de América del Norte adoptan el *common law*, en lugar del sistema jurídico continental. En el momento de la independencia, el tráfico mercantil con Francia era floreciente y los grandes comerciantes estaban familiarizados con la sociedad en comandita y con la sociedad de cuentas en participación, las cuales habían desarrollado ya sus características distintivas, especialmente la obligación de los socios de mantener una cuenta corriente en común. Eran instituciones diferentes de la *partnership*, ya que estaba permitida la presencia de socios ocultos, idea a la que el *common law* era totalmente hostil.

En los cincuenta años que transcurrieron desde 1750 hasta finales de siglo, las instituciones jurídicas evolucionaron del concepto de *partnership*, hasta la forma práctica de *corporation*. Además, los Estados Unidos presentan un avance frente a Inglaterra cuando desarrollan las *limited corporations*, que serán importantes para la *joint venture* puesto que, en ausencia de una figura específica para recoger este fenómeno asociativo, se instrumentarán a través de *limited partnerships*¹⁶.

Las primeras *joint ventures* surgen con el Boom inmobiliario de Filadelfia y Nueva York (1789-1792), como una forma asociativa práctica de contornos poco precisos para los juristas. En aquel momento ya podían atisbarse elementos de figuras societarias en el derecho europeo continental (en especial la sociedad en comandita y las cuentas en participación, ya que como hemos citado mas arriba eran conocidas comúnmente por el comercio habitual con Francia). En opinión de Taubman [1957: 81], la figura tiene un origen mixto porque “...de hecho, América asimiló la experiencia francesa, tomó prestado el nombre escocés y domesticó su propia organización comercial, a la que denominó *joint venture* o *joint adventure*”.

La afirmación jurídica de esta figura en aquel momento, aunque sobre una base socio-económica diversa, se justificaba:

- En su natural limitación temporal y objetiva, lo que la convertía en un ágil instrumento apto para articular la integración empresarial en la floreciente industria norteamericana, y todo ello fuera de un marco societario formal, preservando así la recíproca autonomía jurídica y económica de los participantes.
- En el derecho norteamericano, una sociedad de capital no podía ser socio de una sociedad de personas, es decir que una *corporation* no podía formar parte de una *partnership*, pero si de una *joint venture* que se consideraba como una *partnership* para un solo proyecto. Aunque los tribunales se expresaban en este sentido, la dis-

¹⁶ La limitación a la que alude el término *limited*, se refiere a la duración en el tiempo, no al objeto.

tinción entre *partnership* y *joint venture* no era convincente para la mayoría de la doctrina¹⁷ de aquel momento.

Lo que sucedía era que, como acostumbra a ocurrir, la práctica del comercio, motivada en gran parte por las necesidades de limitación de responsabilidad, iba por delante del aparato jurídico. Así los hombres de negocios utilizaban habitualmente una práctica que los juristas unos pasos por detrás, trataban de insertar (sin conseguirlo en su totalidad), dentro de las figuras que tenía su ordenamiento.

A fines del siglo XIX emergieron numerosas *joint ventures* en el sector ferroviario para la construcción de puentes y estaciones, así como para la adquisición de vagones destinados a ser empleados en varias líneas. A estas siguieron otras a comienzos de siglo en el sector marítimo, la extracción de metales preciosos, la exploración petrolífera, etc., sectores todos ellos donde el alto riesgo de la empresa invitaba a la cooperación.

En esta época la *joint venture* se irá conformando en la jurisprudencia como una figura social del derecho estadounidense, cercana pero a la vez distinta respecto de la *partnership*, proceso en el que fueron identificándose los elementos de distinción de una respecto de la otra. Con todo buscar una definición por esta vía es difícil debido a que:

- La noción aparece en ciertas decisiones judiciales como elemento de una situación de hecho que el juez antitrust analiza. Lo más probable es que en todas las sentencias del siglo XIX en las que aparece la expresión, los jueces la empleasen, no para establecer los vínculos entre las partes, sino para describir el objetivo de la relación.
- Las primeras sentencias no indicaban claramente el sentido exacto del término.
- La jurisprudencia de principios del siglo XX, no ha explicado, ni con acierto, ni con suficiente extensión, las fuentes de las que deriva el concepto.

La primera aparición en el marco jurídico de la expresión *joint venture*, o más concretamente *joint adventure*, se registra ya en 1808 en dos casos: *Hourquebie v. Girard* y *Lyles v. Styles*.

Los sucesivos fallos judiciales, como por ejemplo el caso de *Ross v. Willet*, 27. NYS, 785. de 1894, indicaban que una *joint adventure* es una *partnership* limitada, no en cuanto a la responsabilidad según el sentido legal de esta expresión, sino en cuanto a su alcance y duración, y según este derecho *partnership* y *joint adventures* están gobernadas por las mismas reglas. Pocos años antes, en 1887, en el caso de *Hubbell v. Buhler* se había utilizado ese mismo razonamiento para argumentar una cuestión similar. Estos dos casos suelen citarse como la primera referencia en la jurisprudencia norteamericana que señala de manera reiterada que la *joint venture* es una figura con características propias.

¹⁷ La década de 1950 fue, en Estados Unidos, el momento de más auge de un debate doctrinal, que (aún continúa abierto), acerca de si la *joint venture* es o no, jurídicamente, un tipo especial de *partnership*. No existe consenso y las posiciones mantenidas al respecto difieren según las jurisdicciones.

Por esta razón podemos afirmar que la expresión, tal como la conocemos en la actualidad, fue acuñada por los tribunales estadounidenses a finales del siglo XIX. No obstante, la verdad acerca de si eligieron el término remitiéndose conscientemente a los *Merchant Adventurers*, a la *joint adventure* escocesa, o simplemente porque describía la situación económica de hecho, es algo que jamás se sabrá.

A partir de 1880 la figura evoluciona, puesto que el simple acuerdo de *joint venture* pasó a desarrollarse en forma de sociedad de capital creándose las denominadas *joint venture corporations*¹⁸, justo cuando se empezaban a reconocer sus características propias como alternativa entre la *partnership* y la *corporation*.

La razón de que los operadores comerciales fueran abandonando la *joint venture* en favor de la *joint venture corporation*, se debe a que era el único modo en que cabía habilitar en la regulación social el beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios¹⁹.

Desde el punto de vista jurídico hemos de reconocer que, tanto en el derecho norteamericano, como en derecho internacional, los hombres de negocios utilizan abundantemente una expresión con la que no se corresponde una definición jurídica rigurosa, y ello, en palabras de Baptista y Durand [Baptista y Durand, 1991: 9-10], por dos razones:

- “En primer lugar, entre los tipos de acuerdos que la práctica corriente denomina *joint ventures* muchos serían en realidad calificados por los tribunales como *partnerships*, o considerados como simples acuerdos financieros.
- Si la noción de *joint venture* diferenciada de la *partnership* es claramente reconocida por los tribunales, se trata de una creación de la jurisprudencia reciente²⁰, sin una construcción claramente lograda”.

En honor a la verdad no podemos concluir este apartado sin volver a mencionar la idea de que el espíritu de este tipo de cooperación, es un fenómeno que se da de forma inexcusable donde existe actividad comercial, por lo que no es privativo de Estados Unidos aunque su influencia se deje notar más que la de cualquier otro país²¹. Nos referimos a que en el Reino Unido, por ejemplo, a principios del siglo XX, existen casos que hubiesen sido calificados de *joint venture* en los Estados Unidos y que eran considerados por los tribunales como *cuasi-partnerships* [Fox y Bowen, 1991: 179]. De igual modo, en Alemania también, existen numerosas referencias de creación de sociedades como éstas a principios del siglo XX.

¹⁸ Las primeras *joint venture corporations* se dedicaron a la explotación y construcción de ferrocarriles, durante los últimos veinte años del siglo XIX. Asimismo, una de las primeras *joint venture corporations* de importancia en 1.924 fue la *Ethyl Corporation*, sociedad conjunta de *Standard Oil* y *General Motors*.

¹⁹ Este es el momento histórico en el cual se generaliza la limitación de la responsabilidad merced a la emergencia de las sociedades de capital.

²⁰ Recordemos el adagio del mundo jurídico anglosajón que indica que si la sociedad no es una *partnership* o una *corporation*, no existe para el derecho.

²¹ En un apartado posterior nos adentramos en el porqué el tratamiento que otorga a la *joint venture* la jurisprudencia de los Estados Unidos, marca la norma de su empleo masivo en los negocios internacionales.

En la actualidad, tal como indica Esteban de la Rosa [1999: 37], “la práctica ha ido desvinculando la expresión *joint venture* de una concreta vestidura jurídico-formal, erigiendo por el contrario como elementos conceptuales de la noción a las ideas o finalidades económicas que subyacían en la figura norteamericana, que vendrían expresadas en la necesidad de arbitrar mecanismos de cooperación entre socios que permitan preservar la autonomía jurídica y económica de los mismos”.

3.4. ENTRADA DE LA JOINT VENTURE EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

A pesar de sus múltiples avatares jurídicos, el modelo que se debatía en la jurisprudencia norteamericana presentaba cualidades de flexibilidad y de facilidad de constitución que le conferirían una adaptación especial para los negocios entre distintos países.

Esta forma de asociación se difundió como práctica común en cierto tipo de acuerdos, normalmente internacionales, cuando los operadores estadounidenses trasladan su *modus operandi* a otros países en sus relaciones comerciales. Aunque existen precedentes a comienzos del siglo XX, su uso generalizado se hizo notar tras la Segunda Guerra Mundial, de manera muy significativa en el transcurso de los años cincuenta y sesenta. Los historiadores económicos señalan la influencia en esta época, de los cambios políticos en el entorno económico, que motivan la aparición de nuevos mercados. En concreto:

- Tras la Segunda Guerra Mundial comienza una etapa de reconstrucción europea.
- Estados Unidos toma el testigo del liderato económico.
- Se inicia la descolonización de Asia y África.

Las operaciones internacionales más tendentes a instrumentarse a través de *joint ventures*, fueron la perforación de yacimientos, y la extracción de petróleo y productos minerales; caracterizadas por las grandes concentraciones tanto de capital como de riesgos. Este tipo de empresas debían mantener cierta actividad en el país anfitrión, por lo que la forma de actuar norteamericana se extendió como instrumento de cooperación con total independencia tanto de la forma social como de los presupuestos técnico-jurídicos que la jurisprudencia había ido tejiendo en torno a estas alianzas.

La internacionalización atravesó las siguientes fases: tras ser empleada por las compañías americanas entre ellas como estructura de cooperación para sus proyectos en el extranjero, (primera fase), fue utilizada para instrumentar las relaciones que se establecieron entre dichas sociedades americanas y las inversiones de los gobiernos locales, (segunda fase). Estos gobiernos eran, a menudo, muy restrictivos en cuanto a su legislación con la inversión extranjera, así que la única forma que existía de hacer negocios, además de ser la más conveniente para el foráneo poco familiarizado con el modo de hacer local, era utilizando *joint ventures*. Las razones por la cuales se eligió esta forma radican:

- De una parte en la flexibilidad e indefinición de la figura, a la que subyace únicamente la idea de una colaboración muy fuerte.
- De otra, estriban en la escasa adecuación que los medios de inversión típicos presentaban en esta nueva circunstancia. Los hombres de negocio reclaman, en los

mercados internacionales, una institución jurídica que posibilitando la inversión directa, permita asimismo el control del negocio y que además, presente todas las ventajas de limitación de la responsabilidad si se acude a formas societarias.

Hoy son empleadas con ésta u otra denominación en todo el mundo, dentro del marco de las políticas de admisión-restricción de las inversiones extranjeras en numerosos países en vías de desarrollo y de la órbita excomunista. Existen lugares en los cuales son objeto de una reglamentación estatutaria. Es el caso, por ejemplo, de los regímenes jurídicos de dichos países socialistas, que 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. Entre los ejemplos más recientes, la Ley cubana de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995²² que contiene sendas definiciones de los dos tipos principales de *joint ventures*. De un lado la sociedad mixta que equivale a la *equity joint venture* o *joint venture corporation*²³, y se define como “compañía mercantil cubana que adopta 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 *unincorporated joint venture* o *contractual joint venture*, y que 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).

Desde su internacionalización las *joint ventures* han aparecido recogidas a pesar de que el entorno jurídico estaba mal adaptado para recibir una estructura típicamente capitalista. De todos modos, tanto si no están sujetas a una reglamentación estatutaria específica, como si se utilizan las estructuras locales preexistentes en el derecho de sociedades local; deben ser objeto de un análisis para definir, entre otras cuestiones, el régimen fiscal, y su conformidad con la ley antitrust (americana, europea, local, etc.), lo que conduce casi siempre a reconocer su existencia propia.

Lo anterior no fue obstáculo para que las características económicas que motivaron la necesidad de cooperación empresarial se mantuvieran incólumes, pasando así a identificarse la *joint venture* sólo a través de la realidad económica que representa, y “cuya instrumentación jurídica puede tener lugar de forma muy dispar y a partir de la utilización de los soportes jurídicos, contractuales y societarios, de que disponga cada Ordenamiento” [Esteban, 1999: 38].

Podemos concluir diciendo que, la *joint venture*, que nació en el derecho anglosajón no hace demasiado tiempo, ha evolucionado desde una forma de asociación empírica, aplicada a algunos de los dominios específicos de derecho interno, hasta universalizarse recientemente al ser usada en los negocios internacionales. No obstante los conceptos de *joint venture* americana y *joint venture* en el ámbito de la praxis internacional no son equivalentes.

²² Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 3 de 6 de septiembre 1995.

²³ La explicación de los diferentes términos en inglés aparece recogida en el apartado titulado “Clasificación y tipología”.

En los Estados Unidos, es una figura jurídica sobre la que pesa abundante jurisprudencia desde principios del siglo pasado, mientras que internacionalmente, la naturaleza de la utilización del término es económica. “Una consecuencia de esa duplicidad conceptual es que el calificar o no una relación como *joint venture* tiene importancia en Estados Unidos, mientras que en España, o en general en el ámbito del comercio internacional, es muy relativa. En caso de creación de una sociedad de capital, la cuestión es analizar si tiene características propias que la hacen merecedora de un tratamiento individualizado, o bien simplemente deben aplicarse las reglas generales” [Miquel, 1998: 99].

El que la práctica de las relaciones mercantiles no utilice el término en un único sentido, ya nos da una idea del acusado componente práctico de esta forma de asociación, hasta tal extremo que, a nuestro juicio, su sentido se desvirtúa y se aplica indiscriminadamente en numerosas ocasiones.

Por último, al saber de donde procede, merced a la referencia histórica, y conocer su difusión e institucionalización por parte de los operadores estadounidenses, podemos pasar a definir tanto las notas sustantivas, como las adjetivas que nosotros entendemos como características de la *joint venture*, frente a otro tipo de alianzas empresariales.

CAPÍTULO II: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

1. Introducción.
2. Rasgo sustantivo definitorio: el control conjunto.
 - 2.1. Caracterización de la relación de cooperación a la luz de la psicología de las organizaciones.
 - 2.2. Conceptos de control y control conjunto en el Derecho.
 - 2.3. El problema del bloqueo en la toma de decisiones.
3. Rasgos adjetivos definitorios.
4. Clasificación y tipología.
5. Definición de *joint venture*.
6. La *joint venture* frente a otros tipos de alianzas estratégicas.
7. Ventajas e inconvenientes de actuar mediante una *joint venture*.
8. Factores que determinan el rendimiento y el éxito de la *joint venture*.

CAPÍTULO II: CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este capítulo vamos a desarrollar una serie de apartados que nos permitan caracterizar la *joint venture* de forma directa o indirecta con objeto de poder llegar a una definición. No es tarea fácil o única, debido a que es una figura que a pesar de mantener ciertos elementos constantes, o no los mantiene con la misma intensidad o modifica la importancia de algunos frente a otros según el momento histórico o el país que estemos estudiando. Las *joint ventures* no presentan las mismas características en los Estados Unidos del siglo XIX que en la Europa comunitaria actual, aunque siempre se le identifica un perfil asociativo capaz de satisfacer la doble exigencia de integración de recursos para conseguir un fin común, y de preservación de la autonomía jurídica de los sujetos asociados.

Por otro lado la elección de la disciplina desde la que se va a producir la aproximación a la *joint venture*, derecho de la competencia, perspectiva organizativa empresarial, punto de vista económico, etc., conllevará la existencia o predominio de unas notas definitorias frente a otras. Junto con lo anterior, la flexibilidad que presenta ha motivado su uso generalizado al poder adaptarse a múltiples situaciones, pero ha traído como contrapartida la falta de nitidez de sus contornos, hecho que se hace palpable en las discrepancias que aparecen en la literatura a la hora de afirmar sus características o rasgos diferenciadores.

En las páginas que siguen se expondrán las caracterizaciones más al uso de la expresión, con objeto de proveer un concepto instrumental que sirva para delimitar el objeto de este trabajo desde el punto de vista económico, legal y contable. Asimismo, según su caracterización económica, la *joint venture* aparece en el capítulo de las alianzas empresariales, societarias o contractuales, dirigidas a vincular económicamente a dos o más empresas que no pierden por ello su autonomía. Dentro de esta idea general distinguiremos el objeto de nuestro estudio del resto de alianzas empresariales presentando las correspondientes diferencias y similitudes.

Terminaremos planteando las ventajas e inconvenientes que presenta actuar mediante un *joint venture*, comentando los factores que determinan el rendimiento y el éxito de las mismas, en un intento de delimitar sus características básicas, no sólo mediante su mera enunciación, sino también oponiendo dicha figura a otras afines, señalando sus bondades y elementos que hacen que se desarrolle con éxito la colaboración interempresarial.

2. RASGO SUSTANTIVO DEFINITORIO: EL CONTROL CONJUNTO

No existe unanimidad a la hora de enunciar el elemento diferenciador de la *joint venture* frente a otros tipos de alianzas. La expresión se emplea en el ámbito del comercio internacional para designar acuerdos de colaboración, esencialmente entre sociedades de capital, aunque veremos que no siempre tiene por que ser así. Sus características fueron determinadas inicialmente por los tribunales norteamericanos, a pesar de su origen europeo y, con leves modificaciones, se han adaptado de manera progresiva a la práctica internacional.

En la segunda mitad del siglo XIX, el recurso a la *joint venture* se justificaba por su limitación temporal y objetiva, lo que la convertía en un instrumento ágil para articular la integración empresarial en la floreciente industria norteamericana. No obstante, algunas de las definiciones dadas por la doctrina y jurisprudencia estadounidense resultan excesivamente vagas, pues mientras unas incluyen cualquier acuerdo de colaboración entre empresarios, otras inciden en el ánimo de lucro y en el carácter temporal de la colaboración o en la noción de riesgo. Finalmente, las más específicas añaden como elemento más característico de la figura, el control conjunto sobre el negocio.

Baptista y Durand [1991: 50] se refieren a las características de la *joint venture* en el contexto internacional, con el objeto de crear una definición clara y precisa, que sea transportable a distintas legislaciones. Para ello citan los cuatro criterios siguientes:

- Origen contractual, aunque sin necesidad de forma específica.
- Naturaleza asociativa.
- Derecho de los participantes, independientes entre ellos, a la gestión conjunta.
- Objeto y duración limitados.

Teniendo en cuenta que las dos primeras notas pueden ser características de cualquier relación, y que, como veremos, duración limitada no tiene porque darse siempre, aunque en su origen estadounidense estuvo presente, y que el objeto limitado no es en si mismo un elemento distintivo, podemos afirmar, a falta de posteriores matizaciones, que el control conjunto es el elemento diferenciador exclusivo de una relación de *joint venture*.

Miquel [1998: 48], recoge que la jurisprudencia estadounidense reciente ha expresado en repetidas ocasiones la necesidad de la existencia de un control conjunto para determinar si existía o no *joint venture*. En el caso *Ballard v. United States* (17 F.3d 116, 5th Cir., 1994) se señalan como atributos necesarios para considerar la existencia de una *joint venture* la existencia de una comunidad de intereses, el acuerdo para compartir beneficios y pérdidas y el derecho recíproco de control o administración²⁴.

²⁴ En el mismo sentido *Itel Containers International Corporation et al. v. Atlanttrafik Express Service Ltd. et al.* (909 F.2d 698, 2nd Cir., 1990) en el que se requiere además de un acuerdo específico para llevar a cabo una empresa con ánimo de lucro, una contribución por parte de los sujetos de bienes, capital, conocimientos o esfuerzos, una previsión relativa a la distribución de ganancias o pérdidas y algún grado de control sobre la empresa.

Por otro lado, la definición de *joint venture* que da la Comisión de Comunidades Europeas en el Reglamento de 21 de diciembre de 1989, afirma que son empresas controladas conjuntamente por otras empresas. En nuestra opinión, esta característica de acceso conjunto al poder de decisión se da principalmente en la *joint venture*, y constituye, como vamos a analizar en los apartados siguientes, su rasgo diferenciador frente a otras formas de naturaleza asociativa.

2.1. CARACTERIZACIÓN DE LA RELACIÓN DE COOPERACIÓN A LA LUZ DE LA PSICOLOGÍA DE LAS ORGANIZACIONES

La *joint venture*, se fundamenta en la habilidad de compartir el poder y el control. Estos términos no tienen las mismas implicaciones para todas las compañías ni en todas las circunstancias; no son pues conceptos absolutos, por lo que hemos de detenernos en su estudio. El hecho de compartir poder y control se basa en lo que define la psicología, en el ámbito de la organización, como una relación de cooperación y por tanto opuesta a una relación de dominio, como puede ser la vinculación de una matriz con su filial por ello vamos a señalar desde el punto de vista de la psicología, los rasgos distintivos y las diversas cuestiones que se plantean en este tipo de interacción.

La cooperación es más compleja y menos elemental que la dominación. En un primer acercamiento podemos decir que la relación de cooperación se produce cuando dos o más personas comprometen sus esfuerzos en el logro de objetivos que consideran comunes. El mensaje básico de ambos entes es semejante y simétrico: “yo soy sujeto de poder, tú me aceptas como tal, y al mismo tiempo yo te acepto a ti como otro sujeto de poder” lo cual, no supone impedir que la otra persona lo sea plenamente a su vez. Sin embargo, no siempre que ambos sujetos emiten este mensaje se produce una verdadera relación interactiva.

El psicólogo Uriz [1994: 91, 92] indica que en este tipo de relación es preciso resolver ciertas cuestiones.

La primera y más elemental consiste en analizar cómo es posible la coexistencia de dos procesos completos de poder en torno a un mismo objeto o en un mismo lugar, sin subordinarse el uno al otro. La solución es de carácter psicológico, ya que el principal problema radica en la mente de los sujetos, en no considerar al otro como un intruso. También existe el componente económico ligado a la limitación de los recursos disponibles. Ambas facetas, económica y psicológica, determinan que las partes que se relacionan lo hagan frecuentemente desde la perspectiva de los llamados “juegos de suma cero”, incompatibles con la cooperación y muy emparentados con la dominación.

La segunda controversia es prácticamente un corolario de la anterior: la cooperación ¿es una verdadera relación entre sujetos y procesos de poder? o simplemente una cuestión de buena voluntad, en la que cada elemento, lejos de desarrollar completamente su proceso de poder, lo limita voluntariamente para facilitar al otro la realización del suyo.

La tercera duda se refiere al concepto de interés común y a su importancia psicológica o subjetiva. El sujeto se mueve y realiza su proceso de poder a partir de necesidades

vitales sentidas como propias. Todo ello confiere a sus más radicales y primeras motivaciones para actuar un carácter subjetivo y egocentrado que, en principio, es más afín con lo personal que con un altruista interés común.

La última cuestión a considerar es relativa a la regulación mutua y al control entre los entes que cooperan. Los conceptos de regulación y control son lógicamente próximos a la dominación, y resultan difícilmente compatibles con los rasgos atribuidos a la cooperación. Por otra parte, resulta arduo imaginar una verdadera relación interactiva sin influencia y sin control de un miembro sobre el otro. Tendremos pues que definir si la cooperación es compatible con la regulación y con el control, y en qué consisten estos supuestos.

Para dar respuesta a estos asuntos debemos reflexionar sobre las condiciones en que con mayor frecuencia se produce la cooperación. En la interacción lo habitual es tender de forma natural a actitudes próximas a la dominación. No obstante existen dos tipos de circunstancias en las que la cooperación se produce espontáneamente:

- La primera de ellas es la unión frente a un enemigo común, como puede ser un invasor, la competencia comercial, cambios en el entorno, etc.
- La segunda circunstancia es también aplicable a la *joint venture*. Aquí la cooperación se produce cuando varios individuos pretenden lograr algo que ninguno de ellos por sí solo podría alcanzar. Como los escaladores que forman una cordada, o los ladrones que dan un golpe audaz, un equipo pluridisciplinar que desarrolla, por ejemplo, un producto, coopera en respuesta a su necesidad de existencia, es decir, conseguir sobre su entorno un impacto de tal calibre que ninguno de ellos es capaz de obtener por sí mismo. Ello sólo es posible en la medida en que saben que los demás sujetos, que tienen idéntica pretensión, pueden complementarse.

De esta forma, los comportamientos de cooperación tienen estas tres características básicas:

- Objetivo común aceptado por todos en torno al cual se articulan.
- El objetivo sobrepasa a cada individuo en recursos y cualidades.
- Como la realidad se impone sobrepasando al sujeto, éste logra trascender el “juego de suma cero”, de manera que puede salir de su subjetividad, dejando detrás un “yo” para formar un “nosotros”.

Con esta breve aproximación las cuestiones planteadas más arriba empiezan a tener respuesta [Uriz, 1994: 94]:

- Existen procesos en los que no es aplicable la “suma cero”, es decir todos ganan, sin necesidad de que pierda alguno.
- No se trata de simple “buena voluntad”, sino de procesos de poder.
- El interés común puede entroncar con la subjetividad, haciendo salir del individuo sus mejores energías.
- Se producen interacciones, regulación y controles mutuos en las personas que colaboran.

Para precisar la esencia del control conjunto en la *joint venture* podemos acudir a la estructura de la relación de cooperación y a los procesos que la conforman. Uriz [1994: 97] describe esta relación como “un conjunto de tres procesos de poder perfectamente integrados entre sí formando una unidad”. Vamos a analizar esos procesos sirviéndonos de un ejemplo real²⁵ como hilo conductor a lo largo de todo el desarrollo. En primer lugar lo utilizaremos para ilustrar el descubrimiento de dicha estructura.

Primer Proceso

A principios de los años setenta, la aeronáutica se hallaba al comienzo de una nueva etapa. Las cuatro mayores compañías luchaban por el mercado de motores para aviones: *Pratt & Whitney*, *General Electric Aircraft Engines*, *Rolls Royce*, y la francesa *Snecma* (*Société Nationale d'Etude et de Construction de Moteurs d'Aviation*).

En los Estados Unidos, *Pratt & Whitney* dominaba el 90% del mercado libre mundial gracias a los motores JT3D y JT8D. Con éstos últimos iban equipados los aviones de tamaño medio *Boeing 737, 727* y *Douglas DC9*. Sin embargo y a pesar de su uso común, estos motores tenían un diseño anticuado, resultaban ruidosos y eran poco eficientes en relación al combustible consumido. *General Electric* se hallaba muy situada en el sector militar y estaba empezando a ganar mercado dentro de la aviación comercial, con una presencia del 2%. El 8% restante lo tenía la británica *Rolls Royce*.

En Francia, *Snecma* se dedicaba con éxito a los motores militares sin apenas incursiones dentro de la aviación comercial. Su único intento al respecto había sido diseñar y producir junto con *Rolls Royce* los motores OLYMPUS 593 para el avión supersónico Concorde. Pero a pesar de que constituyó un éxito técnico, sólo se vendieron 14 motores a *Air France* y *British Airways*.

Ante esta situación *Snecma*, que deseaba introducirse en el ámbito comercial, tuvo la idea de diseñar y construir un nuevo motor para aviones comerciales que, aplicando el concepto de tecnología *high bypass*, (del que fueron pioneros los motores CF6 de *General Electric* y los JT8D de *Pratt & Whitney*), mejorara los existentes:

- Sirviendo para aviones comerciales pequeños y medianos (10 toneladas métricas de empuje, metric tons thrust class), ya que hasta ahora esa tecnología sólo se había utilizado para los Jumbo Jet.
- Ahorrando un 25% del consumo de combustible.
- Reduciendo de forma drástica el nivel de ruido y las emisiones.

Con esta idea *Snecma*, que no tenía realmente ninguna experiencia en el mercado comercial, tras evaluar los recursos necesarios cayó en la cuenta de que acometer y desarrollar la idea en solitario, podría costar más de un billón de dólares, cuantía que no podía costear. Ante el excesivo coste de la operación, su inexperiencia en el ámbito comercial, y la necesidad de expertos colaboradores familiarizados con la tecnología de base de la que

²⁵ El ejemplo está sacado de un dossier de documentación interna de Iberia, proporcionado por un directivo de esa empresa.

querían partir, *Snecma* se dirigió a las tres grandes compañías de fabricación de motores para seleccionar un socio que participara en una aventura conjunta con ella.

Hasta aquí hemos visto el primero de los tres procesos de poder que describen los psicólogos en una relación de cooperación. Es estrictamente individual y consiste en la estructuración del entorno. La primera compañía, *Snecma*, a partir de su “necesidad” de creación de un nuevo motor para introducirse en un mercado en el que no participa, convierte esa idea en un “objeto significativo” alrededor del cual estructura el conjunto de su entorno, (léase, de las personas generadoras de la idea y que la van a llevar a cabo, ya que no se dedica a esta idea en exclusiva, sino que continúa con su actividad de construcción de motores militares). Se ha propuesto un objetivo que desborda sus propios medios. Los psicólogos entienden que este es un primer proceso de poder que se interrumpe y se sustituye por las posibles acciones en un nuevo proceso de poder que pasamos a describir.

Segundo Proceso

Consiste en planear los objetivos y planificar los medios. Es un puente entre lo individual y la consecución colectiva del objetivo. Para tratar de lograr el concurso de un socio copartícipe, expone sus planes al posible candidato para tratar de convencerlo y lograr que sintonice en principio con la idea.

En nuestro ejemplo *Snecma* se dirigió a las tres grandes compañías. *Rolls Royce* estaba en bancarrota. *Pratt & Whitney*, con la que ya había trabajado no se hallaba especialmente motivada. Un nuevo motor de esas características iba dirigido al mismo mercado que sus motores JT8D, que tanto éxito tenían, por lo que la motivación no se producía teniendo en cuenta su posición monopolística. Finalmente, tras varios meses de evaluaciones y negociaciones, seleccionó a *General Electric* con la que consiguió sintonizar plenamente, entre otras razones porque le propuso un acuerdo de igual a igual, y no una subcontrata como pretendió *Pratt & Whitney*. En la operación confluían diversas ventajas:

- No tenía ningún producto que entrara en competencia con el que pretendían desarrollar, y necesitaba uno para irrumpir en el mercado de los motores de diez toneladas métricas de empuje que dominaba *Pratt & Whitney* con nueva tecnología.
- El núcleo del motor de *General Electric* se beneficiaba del apoyo militar y la experiencia del ejército de los Estados Unidos.
- En 1969, *SNECMA* y *General Electric* habían trabajado juntas en el programa CF5-50 para el Airbus A300.

El programa pudo comenzar a realizarse, tras todos los avatares mencionados, a principios de 1972.

Como contenido propio de este proceso, se estudia la planificación, se modifica, y entre ambos se construye un nuevo proyecto más sofisticado y completo —que incluye el reparto de tareas entre ellos y la coordinación en función de las ventajas comparativas y las fortalezas de cada uno—. Tras confeccionar el plan todos deben estar conformes con las acciones que deben realizar. Este proceso planificador y negociador es extremadamente delicado.

do, ya que en él se gestará la *joint venture*, se conformará su personalidad y, en gran medida, dependerá su futuro.

En relación a la alianza que narramos, esta fue la fase más complicada. La decisión de entrar en el proyecto no fue fácil para la *General Electric*. Surgió oposición al programa del nuevo motor y apareció el síndrome “*not invented here*” o dicho en términos unamunianos “que inventen ellos”. Muchos pensaron que el tamaño del motor era incorrecto. Algunos infravaloraban la capacidad tecnológica de los franceses. Otros se preguntaban, ¿no podemos hacerlo solos? Los sindicatos creían que se estaban exportando empleos. La unión significaba aceptar la discusión y las objeciones de una compañía inferior en tamaño y que no era conocida y reputada internacionalmente. Poco a poco, gracias al tesón de los directivos que creían en el proyecto, y en la filosofía del “compartir para ganar” o lo que es lo mismo “trabajando juntos, ganamos todos”, las dudas se fueron despejando.

Por su parte *Snecma* tuvo que demostrar sus capacidades, a si misma en primer lugar, y afirmar sus ambiciones.

A grandes rasgos la planificación se hizo en torno a dos versiones de motores, que habrían de llamarse CFM56²⁶. El trabajo se estructuró como sigue:

- *General Electric*, fabricaría el núcleo del motor, (compresor de alta presión, combustor y turbina de alta presión), derivado del motor militar F101, los principales controles de éste y el diseño del sistema de integración de todas las partes.
- SNECMA el ventilador, la turbina y compresor de baja presión, la caja de cambios y los accesorios y la instalación del conjunto.
- Finalmente ambas lo ensamblarían y ensayarían.

El trabajo quedó dividido por mitades y la responsabilidad de cada partícipe era total en relación al diseño y fabricación de su parte según la división que hemos mencionado. De esta forma no era necesaria la transferencia de tecnología entre ambas empresas.

Con el caso expuesto podemos ver que es un proceso completo. La existencia de varios sujetos que, movidos por la misma idea, la convierten en horizonte común, no sólo conduce al objetivo estratégico, donde se diseñan las acciones parciales fragmentarias y coordinadas que conduzcan al logro de la meta común, sino también al aspecto subjetivo en el que todos los implicados han de aceptar el plan en su conjunto como más idóneo para transformar los deseos en realidad en el sentido buscado.

Al margen del ejemplo, puede suceder que en ocasiones el grupo que pretende cooperar no precisa suficientemente cuál es el fin común, de forma que algunos sujetos que aspiran a alcanzar propósitos individuales al no conseguirlos les frustra. En otros casos, el objetivo supuestamente colectivo no lo es tanto y corresponde a las necesidades de algu-

²⁶ El nombre del motor y de la compañía que formarán deriva de lo siguiente: CF por que así se llamaban todos los motores de este tipo que fabricaba *General Electric*, M por los *Moteurs* de SNECMA, y 56 por que era el número que hacía dentro de los proyectos de SNECMA.

nos, lo que defrauda a los demás. En ambos casos, una parte de los sujetos cuya cooperación se pretende no se integra en un modelo de cooperación, sino en uno de dominación.

Existe una condición importante en este proceso que puede darse y no invalida ni la cooperación ni el consecuente control conjunto. Los copartícipes que colaboran en estos proyectos en común pueden hacerlo de distinta manera. En unos casos será desde la estructuración del entorno, mientras que en otros aceptan la estructuración hecha por otros sujetos y aspiran a participar en la elaboración de un plan. Existen también personas que consideran este segundo proceso excesivamente complejo para ellas y prefieren aceptar el plan elaborado por otros en los que confían. En cualquiera de los tres casos existe cooperación y control conjunto y la posición tomada deberá ser voluntaria, de acuerdo con la imagen que de sí mismo y de su capacidad tenga cada sujeto.

En esta línea, Uriz [1994: 102] señala que “a consecuencia de esta condición, la acción correspondiente al segundo proceso, (elaboración de planes), se realiza las más de las veces en común, sino entre todos si entre algunos de los cooperadores, quienes definen el plan por medio de discusiones e intercambios de información. Los que no participan directamente lo hacen desde la confianza en los que participan. Llevando las cosas al extremo, el plan puede ser elaborado por una sola persona con gran capacidad de liderazgo, que consiga transmitir a sus futuros colaboradores la convicción de que tienen unos intereses y objetivo común entroncado en necesidades íntimas, así como el entusiasmo por implicar su subjetividad en las acciones que él les propone. Sin embargo en la mayoría de los casos la implicación de la subjetividad en las acciones propuestas por el plan será tanto más probable cuanto más directa y más personal sea la participación de cada uno en el segundo proceso”.

Tercer proceso

El tercer y último proceso que describe Uriz consiste en la realización de las acciones a través de las cuales se desarrollará, construirá y ensayará, en nuestro ejemplo, el prototipo del motor. Es el momento en que se ponen en práctica las acciones previstas en el plan, y al igual que el segundo, es un proceso completo. Cada actuación prevista en el programa coloca a los “socios” en una circunstancia que se convierte en su lugar de poder y le asigna un objetivo final que encauza su proceso. Dentro de esos límites el sujeto desarrolla su proceso de poder con unos grados de libertad mayores o menores según la complejidad del entorno y las posibles alternativas en cuanto a los objetivos intermedios y las acciones a realizar.

El primer prototipo de motor fue probado en junio de 1974, y la sociedad conjunta que se creó al efecto, *CFM International, S.A.* se fundó el 17 de septiembre de ese mismo año en París. En las etapas iniciales se observó que una parte sustancial de las ventas se iban a realizar en los Estados Unidos, por lo que se fundó una segunda sociedad conjunta el 16 de abril de 1975, con cuartel general en Cincinnati, Ohio. En ambas la participación fue paritaria.

La mayor o menor amplitud de grados de libertad de que se disfruta, tiene una influencia mínima para que el sujeto acepte las acciones que le son confiadas como un lugar de

poder propio o como una imposición restrictiva: la clave para que se decante por una u otra posibilidad y se sitúe en el registro de la cooperación o en el de la dominación, se encuentra en la manera en como se aborda, no el tercero, sino el segundo proceso de poder, como hemos podido comprobar tanto en el ejemplo como en los comentarios que hemos realizado al respecto.

Todo lo anterior cobra especial relevancia en relación con las *joint ventures*, puesto que si el segundo proceso de poder se planifica de manera que uno domine a los demás, no existe *joint venture* y por ende relación de cooperación. Para concluir esta idea es necesario precisar que el segundo proceso puede planificarse de tal forma que entre dos o más sujetos se de la cooperación, y que, simultáneamente, de estos cooperantes hacia otros intervinientes se establezca una relación de dominación. Siempre que como mínimo haya dos sujetos que ejerzan el control conjunto, existe *joint venture* entre ellos.

Previo a continuar centrados en la *joint venture* como forma negocial de asociación, creemos necesario hacer unas reflexiones sobre las ventajas y limitaciones que tiene la cooperación frente a las múltiples formas de dominio.

El dominio está más presente que la cooperación, tanto en las relaciones humanas como en las organizaciones. La razón estriba en la mayor complejidad y elaboración de la segunda frente a la primera, que es más elemental. En nuestra cultura occidental son cuatro las limitaciones principales:

- a) No se recurre a ella de manera espontánea, sino cuando el entorno nos fuerza a ello por una realidad que nos sobrepasa. Brian Rowe, de *General Electric*, expresa esta idea, al señalar que “los programas de cooperación internacional no son siempre fáciles y frecuentemente están llenos de sorpresas. Sin embargo no hay otra alternativa para nuestra industria si queremos alcanzar los retos tecnológicos que nos hemos propuesto para nuestro futuro”.
- b) Su estructura básica no es sencilla puesto que está formada por tres procesos de poder, el segundo de los cuales resulta especialmente complejo ya que debe satisfacer condiciones objetivas del entorno y subjetivas de los diferentes participantes. Volviendo al ejemplo, el motor satisfacía las carencias del entorno, por lo que se erigió en objetivo común a la par que objetivo individual de cada compañía.
- c) Es una vinculación exigente para los cooperadores por estar centrada sobre imposiciones objetivas de la realidad y no sobre planteamientos subjetivos de los miembros en relación. Estos se ven confrontados a una realidad exterior exigente y frente a la que realizan su proceso de poder sin la posibilidad de sustraerse a cierta sensación de riesgo de fracaso en la confrontación. Al hilo de esto nos remitimos a los párrafos en los cuales narramos las dificultades que encontraron ambas compañías cuando se propuso la unión para el proyecto.
- d) En la relación de cooperación, al ser todos los sujetos de poder reconocidos, se genera una dependencia forzosa no exenta de incertidumbre. El objetivo común es el que hace previsible los comportamientos.

Estas razones explican la dificultad de aceptación de este tipo de relaciones pero al mismo tiempo presentan una característica específica que las coloca en una situación privilegiada allí donde la dominación ve agotada sus posibilidades. En palabras de Uriz “en ella se produce, en torno al objetivo común una focalización y concentración coordinada de energías mucho mayor que en la dominación” [Uriz, 1994: 106].

El objetivo común o principal también existe en la relación de dominación, pero en la cooperación las energías son:

- Cuantitativamente mayores o las máximas posibles puesto que:
 - No hay disipación de energía en torno a otros objetivos.
 - El sujeto vive las acciones que le han sido asignadas como algo propio.
- Cualitativamente más adaptadas porque las acciones que realiza son fruto de su tercer proceso de poder. Se propone los objetivos más apropiados para el logro del fin más genérico y son más adaptadas que las que se originan en una planificación rígida que impone la dominación.

Para concluir lo relacionado con la efectividad del control conjunto en la práctica de las *joint ventures*, terminamos resaltando ciertas precisiones generales que quizá no hayan quedado claras dadas las particularidades del ejemplo.

Como hemos indicado, una de las características definitorias era que ningún socio podría decidir unilateralmente acerca del manejo de la empresa o sociedad conjunta, puesto que consiste en una relación de cooperación. Sin embargo ello no implica:

- Que la participación en el capital tenga que ser paritaria para aquellos socios copartícipes en la aventura, como sucedía en el ejemplo.
- Que se invalide la participación de otro tipo de socios que no ostentan ese control conjunto y son por lo tanto, meros inversores.
- Que no pueda existir un socio controlador, siempre que ello sea tanto lo razonable como lo mejor para ambas partes; esto es, que uno de los partícipes puede delegar el control real de la operación en el otro y seguirá siendo *joint venture*, entendido en el contexto que señalamos a continuación.

En otras palabras, si bien la existencia un socio controlador iría contra el propio espíritu de la institución y de sus ventajas, no es menos cierto que los socios que ejercen el control conjunto, deberán ser conscientes de que en ocasiones alguno de ellos sabe más que el otro en la toma de determinadas decisiones.

La idea anterior se ha visto clara en la división del trabajo realizada por *Snecma* y *General Electric*. Otro ejemplo podemos hallarlo en ciertas *joint ventures* internacionales, en las cuales a la empresa extranjera le interesa contar con el conocimiento del mercado y del ambiente cultural, político y de negocios del país de actuación. Desde el ángulo de la empresa local, lo que importa es contar con la capacidad tecnológica, empresarial y financiera de la otra. Con independencia de la actividad y el tipo de socio requerido, todos deberán saber respetar y entender tanto la experiencia de sus copartícipes, como el hecho de que uno tome la delantera o liderazgo en ciertas áreas.

La distribución del poder en las *joint ventures* es una de las partes más importantes y peliagudas de la negociación. Puede ser dividido en unidades constitutivas, como por ejemplo financiera, tecnológica, relaciones gubernamentales, etc.

Para realizar una distribución de estas características es necesario tener en cuenta tres cuestiones.

En primer lugar, que en la toma de decisiones todos deberán ser responsables de la marcha del negocio.

En nuestro ejemplo, *CFM International* se organiza en base a un cuadro de diez directivos, cinco de cada compañía incluyendo al presidente de *General Electric* y el Presidente-Director General de *Snecma*. El presidente de *CFM International* es asistido por dos vicepresidentes ejecutivos, uno de cada compañía, que tienen una oficina ejecutiva que toma las decisiones del día a día. Cada vicepresidente ejecutivo representa el proyecto CFM56 en su compañía matriz.

Las decisiones importantes que incluyen acuerdos a largo plazo necesitan la aprobación de un comité del cuadro de directivos. El presidente de la compañía trabajaba desde Cincinnati y tradicionalmente ha sido seleccionado de *Snecma*. Las decisiones más importantes, como el lanzamiento de nuevos derivados o modelos de motores o la política de precios requieren la aprobación de la cúpula de *Snecma* y *General Electric*.

Fuera del ejemplo es posible que puedan existir socios que no ejerzan el control, que ya hemos calificado anteriormente de inversores.

En segundo lugar, lo habitual es que el que ostente la mayor participación de capital en una empresa sea el que asuma más riesgo. No obstante, un copartícipe que tenga menor participación en el capital que otro, puede involucrarse al mismo nivel en la toma de decisiones como copartícipe, si así está recogido en el contrato de formación de la *joint venture*. Para que esto sea posible, es común instrumentar en los estatutos o en el contrato controles tales como derechos de veto o mayorías cualificadas para condicionar ciertas decisiones a una aprobación especial. Estos mecanismos ayudan a establecer el control conjunto sobre la dirección de la empresa y, como veremos más adelante, participa de elementos característicos de las sociedades personalistas.

Finalmente, la distribución de los resultados también puede pactarse en el contrato. Si bien lo normal es que sea en función del capital, nada impide que el reparto se haga según cualquier otra preferencia de los socios.

En *CFM International* el programa está basado en el reparto de los ingresos y no en los costes o resultados. Cuando el trabajo se ha negociado, siempre lo más próximo al 50/50 y dividido, cada compañía recibe la parte correspondiente de ingresos por ventas de acuerdo con la división negociada del trabajo. Cada parte es responsable de sus gastos, por lo que para un ingreso dado, cada compañía tiene un incentivo adicional para realizar sus tareas tan eficientemente como sea posible para incrementar sus beneficios. *Snecma* fue particularmente insistente al respecto debido a que tuvo problemas

con el acuerdo de reparto de beneficios con *Rolls Royce* por diferencias en los sistemas contables.

En resumidas cuentas, de todo lo anterior se desprende que el control conjunto no supone, ni que las decisiones se tomen por el voto unánime de los socios, ni que obviamente uno domine al otro. El espíritu no es este, sino que implica que siempre debe existir cooperación entre los socios para su beneficio mutuo y llevar adelante el proyecto. Habrá ocasiones en que se requerirá que se tomen decisiones de forma rápida, o por el contrario con más cuidado, y aún otras que serán adoptadas por el socio más especializado o por todos conjuntamente.

Para que pueda existir una verdadera división de poder y control entre los socios se necesita, además, que todos los participantes sean conscientes de su papel dentro del proyecto, hecho que propicia algo tan necesario como la flexibilidad en la toma de decisiones. Si esta flexibilidad y rapidez se viera menoscabada, podría suponer la inutilidad de la institución para la gestión de negocios con estas características.

Las anteriores consideraciones nos conducen a afirmar que el espíritu que impregna una *joint venture* es netamente el de las sociedades personalistas y no el de las sociedades capitalistas. Desde sus orígenes, en los comerciantes y empresarios medievales, la elección de los socios debía hacerse cuidadosamente, *intuitus personae*, por ser quienes eran y en función de sus características personales, puesto que acometer una empresa de riesgo supone, tanto entonces como hoy, que todos los partícipes reconozcan las capacidades de los otros y se respeten como especialistas y profesionales. Por esta razón, podemos afirmar la contradicción existente entre *joint venture* y sociedad, sobre todo frente al modelo legal de sociedad de capital, en la que con frecuencia se instrumenta jurídicamente la forma societaria de una *joint venture*.

Hasta el surgimiento de las sociedades capitalistas, una de las principales ventajas de estas alianzas era la limitación de la responsabilidad a la aventura en cuestión, en una época en la que la responsabilidad frente a terceros no se limitaba, como es el caso de la *partnership*. La lógica evolución del derecho de sociedades hizo aparecer la limitación de la responsabilidad al capital aportado, de modo que nacieron diversos tipos sociales con este beneficio. Con el tiempo, estas nuevas formas de sociedad se utilizan con frecuencia para dotar de forma social a la *joint venture* de acuerdo con las particularidades de cada ordenamiento jurídico, lo cual supone una paradoja conceptual.

En nuestros días la práctica de los negocios ha impuesto la habitualidad de la sociedad de capitales, razón por la cual, en ocasiones, los integrantes de la empresa no son conscientes del papel que desempeñan. En esos casos, el espíritu subyacente a la *joint venture* es de difícil aplicación, porque generalmente constituimos sociedades de capitales más que de personas donde lo que realmente importa es la aportación de los socios y no su calidad o su prestigio, con independencia de que los mismos sean personas físicas o más comúnmente jurídicas.

A medida que los socios se conocen más y adquieren más experiencia es posible compartir un mayor control. En un principio se produce una vigilancia mutua hasta que llegan

a confiar el uno en el otro. El componente psicológico de cooperación, adquiere entonces relieve definitorio.

Para finalizar esta nota sustantiva desde el ámbito de la sociología de la organización, queremos precisar, a pesar de su evidencia, que para que exista una *joint venture* deben unirse al menos dos personas, ya que si no atentaría directamente contra el significado de asociación, control conjunto y cooperación implícitos en el vocablo *joint*. Dos, será el número mínimo de partícipes en estas alianzas. El número máximo dependerá en cada caso de factores tales como el tipo de empresa a acometer, el conocimiento previo de los partícipes, la especialización que tengan y el reparto del control que hayan pactado en el contrato. Un número elevado de socios, que deban reunirse para tomar ciertas decisiones, conllevará una disminución de la flexibilidad en la toma de decisiones que puede ser fatal para el negocio. En la práctica²⁷ hemos constatado que este tipo de alianzas se forman por la unión de dos o a lo sumo tres miembros.

2.2. CONCEPTOS DE CONTROL Y CONTROL CONJUNTO EN EL DERECHO

Algunas precisiones sobre el concepto de control

El control constituye no sólo un concepto difícil de captar, sino también una realidad difícil de probar. En el lenguaje común, se utiliza la palabra con dos sentidos distintos. La primera acepción de control es sinónimo, de comprobación, inspección fiscalización e intervención mientras que la segunda recoge el sentido de control como dominio, mando o preponderancia [DRAE, 1992: 561]. En el ámbito del derecho autores como Champaud [1962: 105] y Esteban [1999: 186], también distinguen dos significados de la expresión “control” prácticamente coincidentes con los anteriores. En primer lugar se habla de control como sinónimo de vigilancia, en palabras de Champaud “control-vigilancia”; a la par que también se alude a él según el mismo autor como sinónimo de poder de decisión y “control-dominación”. El sentido que a nosotros nos interesa es el segundo.

Lo primero que debemos aclarar es sobre la propia definición y características del concepto de control. ¿Que tratamiento le dispensan los ordenamientos jurídicos?, ¿existe una única definición, un sólo concepto de control? Y una vez aclarado esto, la cuestión que veremos estudiar es la del control conjunto, es decir, ver si es posible que una sociedad se encuentre dominada no por un solo sujeto sino por varios en común. Pero, sobre todo, es necesario clarificar la noción jurídica de control conjunto, para determinar su contenido y su situación relativa entre los dos conceptos opuestos de control: “en solitario” y de “no control”. En suma ¿cuales son las características del llamado control conjunto?

Ascarelli [1955: 252], destacó de manera muy acertada, como veremos a lo largo de esta parte, que el control no es una expresión de una disciplina normativa sino una indicación de un supuesto de hecho tomado de la realidad, y añadió la existencia de un problema a la hora de afrontar el estudio del concepto: la diversidad de relaciones jurídicas de las que puede derivarse. En su opinión, el control podía definirse como la posibilidad

²⁷ Ver capítulo VII.

de que uno o más sujetos puedan imponer su decisión a la junta. Champaud [1962] se pregunta, ante la diversidad de técnicas usadas para definir el control y la imposibilidad de encontrar un denominador común entre ellas, si el control tiene o no una naturaleza jurídica. Autores más cercanos en el tiempo, como Storck [1986: 385], dejan constancia de que esa diversidad persiste en la actualidad al afirmar que “el control ha sido explicado desde un punto de vista jurídico, económico y político, se ha contrapuesto control de hecho a control de derecho, control objetivo a subjetivo, control mayoritario a minoritario, control de dominación a control vigilancia, control material a control formal”.

Miquel [1998: 187] recoge que las definiciones sobre el concepto de “control” en el ámbito jurídico han sido de dos tipos: formales y materiales. Las primeras se dirigen a señalar las manifestaciones del control, más que su naturaleza y dada su simplicidad son las preferidas por los legisladores. Acostumbran a basarse en un único hecho que indica la existencia del control: la posesión de un número determinado de acciones. Las definiciones materiales, que pretenden basarse en los atributos esenciales del control, han sido formuladas por la doctrina ante la ausencia de definiciones de estas características por parte de los tribunales y legisladores. Champaud [1962: 153] señala al respecto que ninguna de las definiciones propuestas nos permiten obtener una idea precisa de su naturaleza jurídica.

Berle [1958: 1.215] muestra como los tribunales y la doctrina estadounidense albergan menos dudas en relación con la noción de “control”. En la sentencia *Patagonia Corp. v. Board of Governors of Federal Reserve System*, 517 F2d 803, se define el control como la posesión directa o indirecta, del poder de dirigir o influir sobre los administradores en la administración y política de una sociedad de capital. Por tanto se ha considerado que quien tiene el control no es tanto el titular de un derecho de propiedad, como la persona que ocupa una situación de poder.

La noción de control aparece en el Derecho español en el artículo 42 del Código de Comercio, en el que se establecen cuatro criterios a partir de los que se entiende que una sociedad controla a otra. Aunque es un supuesto referido a las cuentas consolidadas de los grupos de sociedades, es el punto de partida necesario para el estudio del control según la normativa española y constituye un lugar de referencia de distintas normas que se refieren a él. Sin embargo el Código de Comercio no nos ayuda a construir una definición de control aplicable a la sociedad conjunta, ya que su característica esencial es precisamente que no hay una mayoría de ninguna de las partes.

En Francia la noción de control, pese a la diversidad de aproximaciones legales existente, converge entorno a una idea directriz: una persona física o jurídica está investida de un poder soberano de dirección o mando en el seno de una sociedad jurídicamente autónoma [Stork, 1986: 394]. Los puntos de divergencia entre las diferentes concepciones legales de control se refieren, principalmente, al grado de participación requerido dentro de una sociedad que permita presuponer la existencia de un poder de dominación. Asimismo existe un concepto jurisprudencial sobre el control que vamos a citar como curiosidad pero que no aparece en ningún texto legal: el control consiste en el poder exclusivo de disponer de los bienes sociales. No obstante recalamos que, pese a su aparición repetida en diversas sentencias en derecho positivo francés, el control no se analiza como la posibilidad de apropiarse de los bienes de la empresa, sino que se traduce como el poder de

decisión en el seno de una sociedad dada, o en otras palabras como el ejercicio de un poder mayoritario centralizado en la cabeza de una persona, (física o jurídica).

Antes de terminar con el breve comentario sobre la situación en el país vecino, hemos de precisar que Stork [1986: 395] señala, con todo acierto, la existencia de un grado de imprecisión relativo a esa noción de control. En primer lugar la existencia de un “poder mayoritario”, es una noción relativa puesto que no se reduce a una simple proporción del capital y que debe definirse caso por caso²⁸. En segundo lugar para calificar un poder mayoritario de “poder de control”, conviene comprobar que sea estable y que reside en la voluntad de una sola persona.

En Italia aparece el concepto de control con el sentido de “influencia” en el artículo 2.359 del Código Civil y en el artículo 7 de la Ley de 10 de octubre de 1990, n.287, conocida como “ley antitrust” [Spolidoro, 1995: 467]. En el lenguaje legislativo la “influencia” es calificada mediante tres adjetivos: dominante y notable en el artículo citado del Código Civil y determinante en la ley antitrust. No obstante, el fundamento del control en el sentido del artículo 2.357 consiste en la existencia de influencia dominante de hecho, por lo que es dominante una sociedad que dispone de la mayoría de los votos ejercitables en la Junta General ordinaria de otra sociedad.

El derecho europeo de la competencia²⁹, a la hora de tratar la cuestión, tanto en el reglamento n° 4064/89 de 21 de diciembre de 1989, como en diversas comunicaciones³⁰, define con más facilidad el control negativamente por comparación con la cooperación y por sus modalidades de control único y control conjunto. Poillot [1995: 8] explica que la influencia determinante que supone el control, se ejercita positivamente dentro del control único, en actos positivos de determinación de estrategias, mientras que es ejercitado negativamente al existir control común, o conjunto, mediante el bloqueo de decisiones.

A pesar de estas dificultades a la hora de definir el concepto, vamos a citar algunos rasgos característicos del mismo que nos ayudarán a precisarlo. Para que el control pueda existir se han de tener en cuenta las siguientes características:

²⁸ Stork [1986: 392] indica al respecto la existencia de por ejemplo acciones con derecho de voto doble o plural (Ley de 24 de julio de 1966, art. 175), o la posibilidad estatutaria de derogación de la regla de proporcionalidad de los votos en función del capital poseído (art. 177). También menciona que el absentismo de los accionistas en la Juntas Generales y la dispersión del capital en manos de pequeños accionistas son factores que reducen la proporción de capital necesaria para obtener la mayoría.

²⁹ Dentro del Derecho Mercantil existe un Derecho especial denominado Derecho industrial o Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales, que constituyen un conjunto de normas que regulan dos grandes aspectos de la economía actual: la competencia y las creaciones del ingenio humano. Nace para proteger intereses insuficientemente atendidos por el Derecho tradicional. Constituye la legislación ordinaria que protege el derecho a la libre competencia (núcleo esencial de la libertad de empresa: art.38 CE) y el derecho de explotación exclusiva de las creaciones resultantes del esfuerzo de competencia (que debe considerarse incluido en el derecho de propiedad: art. 33 CE).

³⁰ Comunicación relativa a las operaciones de concentración y cooperación: Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) n°C203, 14 de agosto de 1990; y también Comunicación de 31 de diciembre de 1994: DOCE n° C385.

Tabla II. I

CARACTERÍSTICAS
— Estabilidad: debe poder ser ejercido en el largo plazo.
— Situación de hecho o de derecho.
— Potencialidad: la posibilidad de poder ejercer una influencia significativa.
— La posición de influencia significativa no tiene por que ser deseada por el sujeto.

En primer lugar, el control ha de tener un carácter estable y determinar la actividad del sujeto dominado. No puede ser una situación transitoria ocasionada, por ejemplo, por el nombramiento por cooptación³¹ de un miembro del Consejo que es destituido en la siguiente Junta. En el mismo sentido se pronuncia Lamandini [1996: 8.475] y Miquel [1998: 191] al señalar que “el hecho de que hay una opinión mayoritaria en una Junta en un momento concreto, referida a algún aspecto determinado, no implica la existencia del control por parte de esos socios”.

El Reglamento n° 4064/89 de la Comisión de Comunidades Europeas en su artículo 3 apartado 3, indica que el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por si mismos o en conjunto, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa. Añade que el control puede ser ejercido bien por los titulares de derecho, bien por quienes lo ejerzan de hecho. Es decir que se considera, por ejemplo para el caso de una sociedad pantalla interpuesta, que el control lo efectúa la persona o la empresa que puede controlar esa sociedad. Para probar la existencia de este control indirecto conviene tener en cuenta relaciones familiares o fuentes de financiación.

Otro rasgo esencial consiste en que no es necesario que se ejerza de manera efectiva, sino más bien que exista la posibilidad de hacerlo, es decir, potencialidad. Que no se ejerza el control por razones organizativas o de carácter práctico, no significa que la característica deje de estar presente o que no sea un elemento esencial. Esto sucede también para las sociedades colectivas. En la sentencia del caso *Halloran vs. Ohlmeyer Communications Co.*, 618 F. Supp. 1214 (DCNY 1985), en donde el tribunal dice textualmente: “el requisito del control conjunto sobre la administración no quiere decir que cada socio (*coventurer*) deba implicarse él mismo en cada detalle de la sociedad, sino más bien que las partes de una *joint venture* podrían escoger dividir las responsabilidades entre ellos mismos y delegar a cada uno de los otros diferentes áreas de conocimiento”. Otra sentencia en el mismo sentido, la encontramos en el caso *Shell Oil Co. vs Prestidge*, 249 F 2d, 413, citado por Le Pera [1989: 77].

Por último, vamos a citar que la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración, con arreglo al Reglamento n° 4064/89 del Consejo, (JOCE C385 pág. 6, punto 9), indica que el control no es necesario que sea deseado por las partes: “*il peut y*

³¹ La cooptación es una venerable estrategia para manejar la interdependencia entre organizaciones [Mintzberg, 1997: 221]. Implica la absorción parcial de otra organización mediante la colocación un representante de esa organización en el consejo directivo de la organización focal.

avo ir prise de contrôle même si ce n'est pas l'intention déclarée des parties"³², ya que el Reglamento define claramente como control la posibilidad de ejercer una influencia decisiva mas que el ejercicio real de dicha influencia.

En definitiva el control debe ser definido básicamente por su finalidad. Habrá que juzgar el resultado de la operación y establecer si ha existido control, por lo que hay que poner énfasis en la realidad económica subyacente más que en el envoltorio jurídico.

Antes de pasar a analizar el "control conjunto" queremos precisar que el objeto de control puede ser: una empresa dotada de personalidad jurídica, o una actividad o elementos de activo como por ejemplo una marca; pero en cualquier caso, es necesario que se pueda obtener una cifra de negocio determinada.

El control conjunto

Bovincini [1977: 231], entiende que a su vez el control conjunto puede verse desde un punto de vista activo o pasivo (este es un punto de vista similar al expuesto por Poillot respecto al control), puesto que: "la realización de un dominio conjunto sobre la *joint venture corporation* presupone en concreto la atribución a cada asociado del poder de incidir en modo determinante en el proceso de formación de la voluntad social". A esto es a lo que denominados control activo, al manifestarse en la toma consensuada de decisiones. Por otro lado, el mismo autor continúa diciendo, "tal poder desde el punto de vista negativo, se traduce en la posibilidad de bloquear las iniciativas sociales", es decir desde el punto de vista pasivo, implica un poder de veto.

En España, el tratamiento del control conjunto es prácticamente inexistente. Como referencias legales tenemos la del Plan General de Contabilidad que, en relación con las llamadas sociedades multigrupo, señala en su 4ª Parte, I, 11, párrafo 3 que, "se entenderá por empresa multigrupo aquella que esté gestionada conjuntamente por una empresa del grupo o la entidad o persona física dominante, y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas". Esta definición está basada en criterios puramente económicos y en absoluto precisa el concepto jurídico que buscamos aquí. Además, está pensada más para los supuestos relacionados con los grupos de sociedades.

Podemos encontrar en la Ley de sociedades comerciales francesa³³ otro punto de referencia para acercarnos al concepto desde el plano jurídico. En el apartado relativo a la regulación de las cuentas consolidadas del grupo de sociedades, define que el control conjunto o paritario (*égalitaire*), se obtendrá cuando "el capital de la sociedad está poseído por un número limitado de asociados o accionistas que designan conjuntamente a los órganos de dirección en base a una política común". En otras palabras: existirá control conjunto siempre y cuando nos encontremos ante una representación equilibrada de las partes en el órgano de administración.

³² Como ejemplo podemos mencionar el asunto IV/M.157, Air France/SABENA de 5 de octubre de 1992.

³³ De 24 de julio de 1966, nuevamente redactada por la Ley núm. 85/11, de 3 de enero de 1985, art. 4.

Por su parte en la legislación Italiana, el artículo 2.359 del Código Civil mencionado no dice ni una sola palabra sobre si es admisible o si engloba en su definición de control el control conjunto, ya que parte siempre de la unicidad de la sociedad controlante de hecho o de derecho, sin prever en ningún momento la hipótesis contraria [Lamandini, 1996: 8463]. No obstante, el legislador italiano se ha ocupado del control conjunto aunque con fórmulas no homogéneas e inconexas. Una posición clara, en el sentido de admitir la posibilidad de la existencia del control conjunto se encuentra en la Ley sobre disciplina del sector radiotelevisivo, (Ley de 6 de agosto de 1990, número 223). En su artículo 37 se prevé que constituyen “control” y “unión” la existencia de relaciones configuradas como tales en el artículo 2.359 del Código Civil italiano, aunque tales relaciones se realicen conjuntamente con otros sujetos a través de sociedades directa o indirectamente controladas por medio de titularidades fiduciarias o acuerdos parasociales. Por otro lado, y sin ánimo de exhaustividad, la admisión jurídica del control conjunto aparece en los artículos 5 y 7 de la ley antitrust (Ley de 10 de octubre de 1990, número 287), en los que se hace referencia al hecho de que “uno o más sujetos en posición de dominio de al menos una empresa” y a que “el control se adquiere por la persona o por el grupo de personas o empresas”.

En consecuencia, pese a que el legislador italiano [Lamandini, 1996: 8469] “ ha afrontado el tema del control conjunto con inseguridad y con escasa consideración conceptual [...], no puede ya negarse que el control conjunto es una realidad conocida y utilizada por el ordenamiento”.

Como definición general podemos decir, que la clave para determinarlo consiste en indagar si las partes, empresas fundadoras, deben necesariamente entenderse para tomar las decisiones estratégicas de la empresa en común, luego la influencia determinante característica se manifiesta porque los partícipes no pueden controlar el negocio separadamente. Por lo tanto, si para un control exclusivo la influencia de la empresa se mide por su comportamiento positivo en relación a la empresa controlada, para el control en común conviene buscar en principio si existe la posibilidad para una de las empresas de bloquear las decisiones que determinan la estrategia comercial. En otras palabras, si ninguna de las empresas es capaz, por separado, de dirigir el negocio, se necesita del concurso de todas las demás.

Los medios de ejercitar este control conjunto son diversos, hasta el punto de que no se puede formular una definición de control de forma precisa. Conviene analizar tanto la distribución del capital, como los derechos de voto y los pactos entre los accionistas, por lo que puede ser útil un análisis caso por caso. Continuando con esta idea debemos precisar que el análisis del acto constitutivo, no es suficiente para determinar el control conjunto porque éste puede resultar de disposiciones o actos ulteriores, como por ejemplo de la toma de una participación en una empresa existente. En consecuencia, prácticas posteriores al momento inicial pueden conducir al control conjunto, tanto si existe acuerdo escrito como si no.

Por este motivo vamos a citar, paralelamente a la explicación, algunas sentencias de la Comisión que ilustran la importancia del análisis de cada caso a la hora de declarar que existe control conjunto en empresas comunes, puesto que no sólo hay que tener en cuenta el reparto del poder que se deriva del reparto del capital y de los derechos de voto,

sino también cualquier disposición estatutaria o extra estatutaria, o cualquier situación de hecho, que modifique ese reparto, como la existencia de derechos de veto, o el ejercicio en común de los derechos de voto.

La Comunicación relativa a la noción de concentración³⁴, distingue los siguientes rasgos para el ejercicio del control conjunto (párrafo 18 y ss.):

- Paridad en los derechos de voto o de representación.
- Derecho de veto.
- Ejercicio común de los derechos de voto.

En primer lugar, la paridad en los derechos de voto o de representación en los órganos de decisión (punto 20), consiste en que los copartícipes se reparten de manera paritaria el capital y ejercen de la misma manera el poder de decisión. Es la forma más clásica, común, simple, e intuitiva de control conjunto, debido a que está organizada de manera transparente por las reglas societarias. La igualdad puede resultar de un acuerdo entre los fundadores. La paridad puede ser obtenida de diversas maneras, y la comunicación cita un ejemplo de la práctica: el acuerdo puede precisar que cada empresa tenga el derecho a un mismo número de representantes, y que ninguno tenga una voz preponderante.

Sin embargo, un acuerdo paritario de ese tipo no conduce a la existencia de un control en común si los fundadores son más de dos y las decisiones entonces se toman por mayoría. Este es el caso *Televisión par Satellite* —DOCE de 2 de abril de 1999— cuyo capital está repartido por cuartas partes entre cuatro empresas dedicadas a la teledifusión pero que no constituía una *joint venture* porque no era una empresa sujeta a un control conjunto por parte de sus asociados. Solamente en el caso de dos fundadores esta paridad conducirá necesariamente, salvo pacto en contrario, a un control conjunto.

Poillot [1995: 10], cita como ejemplo el caso de *Asko/Omni*, de 21 de febrero de 1991, en el cual las sociedades copartícipes tenían cada una el 48% del capital. Lo mismo se repite en *Mitsubishi/Ucar*, de 4 de enero de 1991, *BNP/Dresner Bank*, de 26 de agosto de 1991 y *Mannesman/Hoesch* de 12 de noviembre de 1992.

Por el contrario, y sin perjuicio de explicaciones posteriores, si el reparto del capital no es igualitario, es posible que exista control conjunto, por lo que conviene analizar en conjunto la relación de las partes. En el asunto de *Aérospatiale/MBB*, de 25 de febrero de 1991, la primera poseía el 60% de la sociedad común *Eurocopter*. Esta última tenía la calificación de sociedad conjunta, porque en el contrato se establecía que todas las decisiones estratégicas, necesitaban la unanimidad de los fundadores, y porque la dirección era asumida por dos directivos procedentes uno de cada una de las compañías fundadoras. Resumimos estas ideas en la tabla II.2.

³⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C n° 385 de 31 de diciembre de 1994, página 5 y ss.

Tabla II.2

<ul style="list-style-type: none"> — Paridad de los derechos de voto o, — Paridad en el reparto del capital o, — Paridad de representantes en los órganos decisorios <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">DOS SOCIOS</p> <p style="text-align: right;">= CONTROL CONJUNTO</p>
<ul style="list-style-type: none"> — Desigualdad de los derechos de voto o, — Desigualdad del reparto del capital o, — Desigualdad de representantes <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">DOS O MÁS SOCIOS</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">PACTO SOBRE LA TOMA DE DECISIONES CONJUNTAMENTE O PACTO SOBRE LA UNANIMIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES</p> <p style="text-align: right;">= CONTROL CONJUNTO</p>
<ul style="list-style-type: none"> — Paridad de los derechos de voto o, — Paridad en el reparto del capital o, — Paridad de representantes en los órganos decisorios <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">TRES O MÁS SOCIOS</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">PACTO SOBRE LA TOMA DE DECISIONES CONJUNTAMENTE O PACTO SOBRE LA UNANIMIDAD EN LA TOMA DE DECISIONES</p> <p style="text-align: right;">= CONTROL CONJUNTO</p>

La segunda forma que cita la Comunicación mediante la que se puede ejercer el control conjunto son los derechos de veto (punto 21). La ausencia de paridad no supone necesariamente la ausencia de control conjunto. La Comisión deberá buscar si existe por parte de alguno de los fundadores un derecho de veto que le permita bloquear las decisiones estratégicas y, por lo tanto, ejercer una influencia determinante. Esos derechos de veto pueden ser estatutarios o instrumentarse mediante un acuerdo entre los fundadores. De la misma manera, el principio de veto puede obtenerse de diversas formas: puede tratarse simplemente de la concesión de un derecho de veto a cada fundador, tratarse de un *quorum* a alcanzar para adoptar ciertas decisiones, o requerir una autorización necesaria para esas mismas decisiones.

No obstante, la jurisprudencia de la comisión relativa a la noción de control conjunto en el caso de empresas conjuntas, ha mostrado que pudieran subsistir dudas en lo que concierne a la naturaleza de las decisiones sobre las que debería existir un derecho de veto, para que sea control conjunto. La jurisprudencia ha afirmado que debe tratarse de decisiones estratégicas. Para que exista control conjunto, ni es preciso el derecho de veto sobre la gestión corriente, ni tampoco deben circunscribirse las decisiones estratégicas a cuestiones relativas a la vida de la empresa como, modificaciones estatutarias, liquidación, venta o disolución de la empresa.

La comunicación relativa a la noción de concentración precisa la naturaleza de las decisiones importantes: se trata de cuestiones relativas al nombramiento de directivos de alto nivel, preparación del presupuesto, plan de empresa, inversiones, o derechos particulares resultantes de la especificidad del mercado (puntos 25 a 28), existiendo abundante jurisprudencia en este sentido.

En la decisión de *Eridiana/ISI*, de 30 de julio de 1991, la comisión no aceptó la calificación de empresa conjunta al darse las siguientes condiciones: una participación mayoritaria del 65% y un derecho de veto para las decisiones relativas a la modificación de la sede social, capital, disolución o entrada de otros accionistas. La razón aducida fue que el derecho de veto sólo se refería a modificaciones estatutarias y no a grandes decisiones relativas a la vida económica de la empresa. El derecho de veto en los términos expresados no constituye un control conjunto de la empresa, salvo que vaya acompañado también de decisiones del otro tipo. En ese mismo sentido la decisión *SITA- RPC/SCORI*, de 19 de marzo de 1993, señala la ausencia de control conjunto entre accionistas cementeros y químicos; por un lado, porque los derechos de veto de los primeros eran los habituales de los accionistas minoritarios, pero no eran relativos a “las decisiones relativas a la política comercial o a la estrategia sobre la competencia de la empresa”; además, “los cementeros no disponían de ninguna prerrogativa particular en lo concerniente a la aprobación de presupuestos o del plan de negocio”.

En todo caso, la apreciación del derecho de veto tiene que ser global y los distintos índices que pueden señalar el derecho de veto no deben tomarse aislados, aunque no es necesario que el minoritario tenga veto sobre todos los asuntos citados anteriormente, para que el control sea calificado como conjunto. Como ya hemos mencionado es muy importante que se de una situación de hecho. En consecuencia, puede que el derecho de veto para nombrar a los altos directivos o para establecer el presupuesto sea suficiente para deducir el control conjunto. Por otra parte, un solo derecho para la determinación del plan de empresa puede suponer control conjunto si es muy detallado, o no suponerlo si el plan es muy general. Si el derecho de veto es sobre las inversiones, el índice será suficiente si el nivel de inversiones es inferior al habitual para proteger al accionista minoritario, y si esa inversión juega un papel importante en el mercado. En definitiva, según las características del mercado, un derecho de veto sobre la utilización de nuevas tecnologías, o sobre nuevas líneas de productos, puede ser determinante de un control en común, si esas decisiones son esenciales desde el punto de vista del comportamiento de la competencia de la empresa común.

Hemos mencionado que el derecho de veto se puede referir a la gestión de la sociedad, pero no necesariamente al día a día. En la decisión *Vesuvius/Wülfrath* de 5 de septiembre de 1994, la Comisión, reconoce la existencia de un control conjunto a pesar de un reparto del capital de 75% - 25%, y además del hecho de que una de las empresas estaba encargada de la gestión cotidiana, mientras que la otra disponía de un derecho de veto en relación a las decisiones importantes. En el mismo sentido se pronuncia la decisión *Bertelsmann/News International/Vox*, de 6 de septiembre de 1994, en relación con la empresa *Vox* de la cual *New International* poseía el 49,9%, *Bertelsmann* el 24,9% y el resto del capital estaba diluido. La Comisión entendió que existía control conjunto porque ambos te-

nían derecho de veto sobre la adopción y la modificación del plan de la empresa, (*business plan*), sobre la contratación del director y de altos directivos, y sobre todas las decisiones de cambio de estrategia, (el resto de decisiones necesitaban una mayoría del 80%).

Por otra parte, el derecho de veto no debe ser temporal, tal como se establece en el punto 38 de la Comunicación. No habrá empresa conjunta si se tiene un derecho de veto por un período transitorio únicamente. En este sentido, en la decisión BS/BT de 28 de marzo de 1994, la comisión concluye que no existe control conjunto porque está previsto para 3 años, cuando el plan de empresa lo está por 10. Además el accionista que perdía el control conjunto podía durante ese periodo exigir que su participación fuera rescatada por un montante convenido (*put option*). En el mismo sentido tenemos la decisión GE/*Nuovo Pignone II*, de 6 de mayo de 1996. En la tabla II.3 sintetizamos lo anterior.

Tabla II.3

— Desigualdad de los derechos de voto o,	
— Desigualdad del reparto del capital o,	
— Desigualdad de representantes	
	+
DOS O MÁS SOCIOS	
	+
DERECHO DE VETO DEL SOCIO/OS MINORITARIO/OS	
NO TEMPORAL	
SOBRE DECISIONES “VERDADERAMENTE” ESTRATÉGICAS	
	= CONTROL CONJUNTO

En tercer lugar aparece recogido el ejercicio en común de los derechos de voto, a partir del punto 30 de la comunicación. Si varias empresas adquieren una participación minoritaria en otra, puede existir control conjunto de hecho o de derecho, aunque no haya derechos de veto. Sucede este caso cuando los minoritarios poseen juntos una mayoría del capital o de derechos de voto y se unen para ejercerlos juntos. Esa situación puede resultar de un pacto entre los accionistas que permitirá llegar a la creación de un holding para el ejercicio conjunto de los derechos o de una situación de hecho difícil de probar.

En ese caso, la comunicación insiste en la necesidad de un análisis preciso de las relaciones de hecho o de derecho. Un índice de que esa concentración existe, puede ser la existencia de una convergencia de intereses económicos comunes que impliquen una política común con respecto a la empresa, y que puede ser resultado de la existencia de vínculos anteriores entre los minoritarios, o de una acción concertada para unir las participaciones, aunque hay que mencionar la dificultad existente a la hora de medir estas prácticas en ausencia de alguna formalización de las mismas.

La comunicación, presume la existencia de unión entre minoritarios en la creación de una empresa común nueva, sobre todo si los minoritarios hacen una aportación vital a la empresa común, y si el nombre de los fundadores es restringido. La presunción reposa en la constatación de intereses comunes poderosos. En efecto, si no hay fuertes intereses comunes, y tampoco acuerdos entre los minoritarios, las posibles alianzas existentes no

constituirán control conjunto. Resumimos este tercer rasgo para el ejercicio del control conjunto en la tabla II.4.

Tabla II.4

<p>— Diversos accionistas minoritarios que: — Ostentan la mayoría del capital, o de los derechos de voto</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">PACTO/S ENTRE ELLOS PARA EJERCERLOS CONJUNTAMENTE</p> <p style="text-align: right;">= CONTROL CONJUNTO</p>
<p>— Diversos accionistas minoritarios que: — Ostentan la mayoría del capital, o de los derechos de voto</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">EXISTENCIA DE INTERESES COMUNES (Sin necesidad de pacto formal expreso)</p> <p style="text-align: right;">= CONTROL CONJUNTO</p>
<p>— Diversos accionistas minoritarios que: — Ostentan la mayoría del capital, o de los derechos de voto</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">TRES O MÁS SOCIOS</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p style="text-align: center;">EXISTENCIA DE VÍNCULOS ENTRE LOS MINORITARIOS (Sin necesidad de pacto formal expreso)</p> <p style="text-align: right;">= CONTROL CONJUNTO</p>

De todo lo anterior podemos resumir que la noción de control conjunto es extremadamente amplia y que puede cubrir una gran diversidad de situaciones. Así puede consistir en la creación de una empresa en común en la cual los fundadores dividen el capital o los derechos de voto de manera paritaria; puede tratarse de empresas comunes en las que la participación no sea paritaria, pero que no pueden funcionar si no existe un acuerdo de los copartícipes, o también puede tratarse de participaciones cruzadas. Como ninguna operación puede ser calificada automáticamente de control conjunto, se hace necesario analizar caso por caso.

Si el capital está repartido paritariamente entre dos socios, la configuración del control conjunto será sencilla, aunque se crea el presupuesto idóneo para que se produzcan situaciones de bloqueo, lo cual puede poner en peligro el funcionamiento de la sociedad. En las sociedades en que concurra dicha circunstancia, el problema mayor será prever los mecanismos de resolución de dichas situaciones de bloqueo.

Si por el contrario el capital no está distribuido de manera paritaria, entra en juego la capacidad de las partes para incluir determinadas cláusulas estatutarias o extraestatutarias que aseguren la existencia del control conjunto, tal como podemos ver a continuación.

Así, la toma de una participación mayoritaria que no conduce a la adquisición del conjunto de acciones, puede ser considerada control conjunto si los antiguos accionistas man-

tienen de hecho o de derecho, una influencia que no permita ejercer una influencia determinante al accionista mayoritario. Esa fue la conclusión de la Comisión en el caso *Péchiney/Usinor-Sacilor* el 24 de junio de 1991, a propósito de la toma de una participación mayoritaria por parte de *Péchiney* en la sociedad *Oloron Frittage* que estaba previamente controlada por *Usinor-Sacilor*, la cual conservaba derecho de veto sobre las decisiones importantes. Cuando la toma de participación mayoritaria no va combinada con medidas contractuales que permitan al minoritario tomar parte en el ejercicio de una influencia determinante, el control no será conjunto.

De la misma manera, una toma de participación minoritaria, puede a la inversa, conducir a la adquisición del control conjunto, si el desequilibrio de los derechos de voto se compensa mediante disposiciones contractuales que confieran al nuevo accionista un derecho de veto para los asuntos importantes. Este fue el caso de *Lyonnaise des Eaux/Dumez/Brochier*, de 11 de julio de 1991, a propósito de la participación de la *Lyonnaise* del 25,1% de la sociedad *Brochier*.

Además puede producirse una tercera situación. El capital puede distribuirse al 50 por 100, pero con una serie de pactos que no permitan afirmar que exista control conjunto. Si una de las partes disfruta de una posición preeminente, no estamos ante una sociedad conjunta, debido a la inexistencia de control conjunto. Miquel [1998: 200], cita en este sentido el caso de la Decisión de la Comisión Europea de 28 de marzo de 1994, caso N. IV/M.425 Banco Santander/British Telecom.

El control conjunto sobre una empresa puede ser directo o indirecto, en el sentido de que es suficiente que en el origen de la cadena de sociedades que preceden a la empresa conjunta, exista ese control común. Así en la decisión de la Comisión sobre el asunto *Mitsubishi/Ucar*, el control conjunto sobre las empresas comunes presentaba una particularidad. Para una de las empresas comunes, *Ucar*, las empresas madres ejercían un control clásico, no solamente porque poseían la mitad del capital y tomaban conjuntamente las decisiones importantes, sino también porque tenían el derecho de nombrar la mitad de los miembros del consejo de administración y, además, porque el presidente resultaba elegido alternativamente de los miembros de cada una de las sociedades madres. Por el contrario, para cuatro empresas comunes en la que el capital era poseído por mitades por las empresas madres, el control estaba asumido exclusivamente por *Ucar*. A pesar de la existencia de este control único, la Comisión ha considerado que las empresas controladas eran empresas comunes, ya que el control estaba ejercido por una empresa que respondía ella misma a las condiciones de empresa conjunta.

No obstante hemos de añadir que el control conjunto también participa de tres de las cuatro las características definidas para el control:

- Estabilidad: el control conjunto debe ser ejercido en el largo plazo. Si sólo existe para el periodo de arranque, y luego se sustituye por un control único, debe prevalecer esto último y por lo tanto no existirá sociedad o empresa conjunta. Cualquier modificación que se produzca en el control, debido por ejemplo al aumento o disminución del número de partícipes, debe ser analizada para concluir si continúa o no existiendo control conjunto.

- Potencialidad: el control conjunto no es necesario que sea ejercido de manera efectiva para considerarse como tal, basta con que exista la posibilidad de ejercerlo.
- El control conjunto puede derivarse de una situación de hecho o de derecho.
- El cuarto aspecto del control se refería a que la posición de influencia significativa no tiene por que ser deseada por el sujeto. Esta característica es difícil que aparezca en las sociedades conjuntas ya que sucede todo lo contrario, se pactan y establecen de manera muy precisa para las sociedades “madres” el control que ejercerán sobre la *joint venture*.

Sin embargo lo anterior no es totalmente suficiente, ya que podemos enunciar más manifestaciones de control. Las respectivas identidades de los socios, que se eligen por sus características personales, tienen una importancia tal, que la decisión de una de las partes de vender sus acciones, incluso al otro socio, podría suponer el final de la sociedad conjunta. Por ello, tras la elección del socio el control se dirige a mantener la identidad del otro socio, de tal forma que la facultad de elegir no se limita al momento inicial, sino que perdura durante toda la vida de la sociedad.

A este respecto podemos señalar que la relación entre control conjunto y elementos personalistas es muy estrecha. Cuando se produce una situación de control conjunto existe un acercamiento entre la propiedad y la gestión típico de sociedades personalistas. De hecho, en las normas del Código de Comercio español que regulan la sociedad colectiva está muy presente la idea de control conjunto. Especialmente significativo es el tenor del artículo 129 ya que, salvo pacto en contrario, otorga a todos los socios la facultad de administrar la sociedad debiendo actuarse de común acuerdo entre todos.

Se produce en la sociedad conjunta el mismo fenómeno que en la sociedad familiar, y en general en las sociedades cerradas: no existe separación entre propietarios y gestión. En relación con la responsabilidad, las leyes mercantiles prevén, en general, una responsabilidad más alta para el gestor con independencia del tipo elegido. Cabe mencionar que el elemento personalista puede no ser tan importante en el caso de que una de las partes sea el Estado o designada por él. Este supuesto está más cercano a la sociedad de economía mixta que a una auténtica relación de *joint venture* porque:

- El inversor extranjero no tiene una verdadera libertad para elegir a su socio y,
- El control conjunto puede encontrarse distorsionado por la posición dominante o preponderante del ente público anfitrión, que impondrá una serie de reglas innegociables ante las cuales sólo queda la alternativa de adherirse o no.

Las características personales de los socios son tan importantes que, además, son la causa de que el control conjunto no signifique que los fundadores deban jugar exactamente el mismo papel en la entidad conjunta ni en su gestión cotidiana. Puede darse el caso de que el control se reparta en función de las parcelas en las que cada uno destaca y que motivaron su elección como socio. Es el caso en el que la presencia de uno de los fundadores, se vea justificada por consideraciones de tipo financiero, de estrategia a largo plazo, de imagen de marca o de política en general. Otro ejemplo lo encontramos cuando uno de los copartícipes es elegido por tener un producto concreto y el otro por el conoci-

miento del mercado en el que se desea introducir el producto del primero. En este caso es lógico que cada uno tome las decisiones de la parcela en la que es superior.

La jurisprudencia ha consagrado los siguientes montajes para las empresas conjuntas. Puede tratarse de una estructura nueva, como en la decisión *BNP/Dresdner Bank* de 26 de agosto de 1991, o de una estructura preexistente controlada inicialmente por una sola empresa y que se ha erigido en empresa común mediante la cesión de parte de las acciones a un tercero, como en el caso de *Mitsubishi/Unión Carbide* de 4 de enero de 1991, o el ya citado de *Pechiney/Usinor-Sacilor*; o a más de uno, como en la decisión *Drager/IBM/HMP* de 28 de junio de 1991, a propósito de la operación por la cual *RVI* y *Volvo Bus Corporation* adquirirían cada una el 50% de la sociedad *La Charolaise*, que controlaba ella misma el 75% de la sociedad *Heuliez Bus*.

La empresa puede igualmente ser calificada de conjunta aunque esté controlada por un *holding* intermedio que tenga el mismo la condición de empresa conjunta. Es el caso de las decisiones *Asko Omni* de 21 de febrero de 1991 y *Asko Jacobs/Aida*, de 6 de mayo de 1991. También es el caso de la decisión de *Aérospatiale/MBB* ya citada en la cual se había confiado a un *holding* común preexistente, *Eurocopter SA*, la gestión de una actividad.

2.3. EL PROBLEMA DEL BLOQUEO EN LA TOMA DE DECISIONES

Cuando dos o mas socios ejercen el control conjunto uno de los problemas que se debe prever es la resolución de las situaciones que pueden paralizar la sociedad. Se precisa establecer mecanismos capaces de solucionar los potenciales supuestos de paralización, y las desventajas psicológicas que puede ocasionar “determinar las condiciones del divorcio cuando se está llevando a cabo el matrimonio”. Probablemente, el mayor problema que se deriva de la existencia de pocos socios, especialmente cuando son sólo dos, es que, o bien se produce un consenso entre ellos, o hay un desacuerdo que acaba en un empate y produce un bloqueo con la subsiguiente paralización de la actividad social. Con mayor exactitud, la posibilidad de paralización está presente en todas aquellas sociedades en las que la minoría, si existe, tiene derecho de veto sobre una serie de cuestiones consideradas esenciales. En definitiva, el control conjunto tendrá siempre la contrapartida de un posible bloqueo, por ello se considera imprescindible, tener la previsión de incluir en el acuerdo marco o en los estatutos de la sociedad un conjunto de cláusulas que dispongan cómo puede resolverse el empate si este llega a producirse.

En una sociedad controlada conjuntamente, y especialmente en los casos en los que la participación sea paritaria, es indiferente que el bloqueo se produzca en la Junta o en el órgano de administración. Aquí existe una diferencia importante con las situaciones de paralización que se producen en sociedades cuya estructura interna es distinta y la participación no es paritaria, pues cuando el bloqueo tiene lugar en el órgano de administración, puede resolverse cesando a los administradores.

Vamos a comentar los mecanismos de resolución de bloqueo que enunciamos en la tabla siguiente.

Tabla II.5

MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE BLOQUEO	COMENTARIOS
Tribunales	Totalmente desaconsejado Procedimiento lento Provoca publicidad negativa
Voto de calidad	Utilizado, pero plantea inconvenientes Se recomienda que sea rotatorio
Voto de una persona externa — Arbitrajes: Institucional vs. <i>Ad hoc</i> . De equidad vs. de derecho.	Se utiliza en la práctica internacional Conocido como <i>Swing-Man Director</i> Es un sencillo arbitraje interno El de mayor aceptación Presenta múltiples ventajas Constituye una opción extraordinaria
Otros — Creación de distintas comisiones internas. — Relación de asuntos cuya irresolución provocará el fin de la relación.	La modalidad dependerá del hecho presentado

Tribunales

Una forma de resolver el conflicto es acudir a los tribunales, pero lo normal es descartarla por diversos motivos:

- En primer lugar, al menos una de las partes en la sociedad conjunta internacional será reticente a buscar una solución judicial, pues es probable que desconfíe de la aplicación de un ordenamiento jurídico poco conocido, aunque esta no sea la única razón.
- Las instancias judiciales ofrecen una mayor lentitud que otras posibles soluciones.
- Además, suele generarse una publicidad que los socios no desean.

Estas razones son en definitiva no exclusivas de la sociedad conjunta, pues generalmente motivos de esta índole se alegan, en general, para acudir a otros mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje. Otros motivos para acudir al arbitraje [David, 1985: 10 y ss.] son: la mayor preparación que puede tener el árbitro en relación a aspectos concretos, la existencia de un formalismo mucho menor, la aplicación de una solución más adecuada a las necesidades de las partes, o la mayor celeridad en la resolución del problema. Además suele ser más barato.

Junto con el arbitraje se conocen otras soluciones prácticas para resolver los bloqueos sin acudir a los tribunales. Son básicamente el voto de calidad o el voto de una persona externa.

Voto de calidad

La concesión de voto de calidad a una de las partes plantea una serie de problemas en nuestro ordenamiento. El primero es su discutible licitud [Esteban, 1999: 345]. La Ley de 1989 no introdujo referencias a este supuesto, lo que contrasta con las llamadas doctrinales a un pronunciamiento legal expreso. Si se admitiera, habría que determinar a quién se le atribuye esa facultad y bajo qué condiciones. En cualquier caso no es un mecanismo excesivamente satisfactorio para los participantes de la sociedad conjunta. Aunque esa facultad decisoria se mantuviera de manera alternativa y rotatoria, sería bastante posible que alguno de ellos, el que no tenga el voto de calidad en cada caso, quedara descontento de la solución alcanzada. En este sentido el Catedrático de Derecho Mercantil Ignacio Arroyo, escribe en el prólogo del libro de Miquel [1998: 28] que, según su experiencia profesional en el asesoramiento de sociedades conjuntas, el arbitraje y la rotación temporal, anual o bianual de la presidencia del órgano deliberante, consejo y asamblea reconociéndole el voto dirimente son las soluciones preferidas. La rotación es la solución más sencilla y también la más fácil, operativa y económicamente. Tiene el inconveniente bien de la falta de objetividad, cada presidente suele interpretar el “interés social” de la forma más cercana al interés de su sociedad, bien de la perentoriedad y por tanto de las diferencias de criterio, según el turno de la presidencia. Basta con esperar tiempos mejores para cambiar, si todavía se puede, los criterios anteriores.

Por esta razón sería conveniente establecer mecanismos complementarios que impidieran que decisiones resueltas mediante ese sistema vuelvan a revisarse, al menos hasta transcurridos dos años, y se hubiera podido producir una alternancia en la presidencia, lógicamente salvo acuerdo de las partes. Altozano y Portero [2003: 197] señalan que “puede nombrarse de manera alternativa un presidente de la Junta y un representante de la otra facción de socios, como presidente del Consejo. Las decisiones tomadas en ambos órganos dirimidas por un voto de calidad, naturalmente salvo voluntad de ambas partes, no sería posible volver a someterlas a votación al menos hasta que vuelva a ser presidente el que lo era cuando se hizo efectiva la resolución mediante el voto de calidad”. La afirmación anterior se fundamenta en que cuando se ha instituido una mayoría cualificada, es evidente que las partes tenían la intención de resolver la cuestión de manera consensuada, y no a través de la decisión de uno de los interesados.

Voto de una persona externa, arbitrajes

La otra solución más frecuente es someter las cuestiones problemáticas a la decisión de un tercero. No es tampoco la respuesta más satisfactoria, pero tal vez es la que menos inconvenientes presenta. Dentro de la atribución de esas facultades decisorias a un tercero, la práctica conoce dos vías diferentes: el voto de un tercero ajeno a los socios, pero que forma parte de la sociedad, y el arbitraje en sentido estricto.

Aunque el voto decisorio de un tercero independiente presenta una serie de problemas, la solución es conocida en la práctica internacional como el recurso al *Swing-Man Director*, y es el más simple de los métodos de arbitraje interno. Existen dos formas esenciales de configurar su actuación: formar parte del órgano de administración con carácter permanente, o ser nombrado específicamente para resolver la cuestión.

La solución que goza de una mayor aceptación suele ser el arbitraje, que además es un mecanismo de resolución de conflictos internacionalmente reconocido y especialmente adecuado para relaciones de colaboración continuadas. El arbitraje tiene una serie de ventajas que pueden interesar a los participantes en una sociedad conjunta. Además de las ya señaladas con carácter general, debe incidirse en las posibilidades de los socios en decidir cuales son las condiciones más convenientes bajo las que se desarrollará el arbitraje. Además de la facultad de designar expertos en campos determinados, los socios pueden optar entre el arbitraje institucional o el arbitraje *ad hoc*. Debe determinarse el lugar del arbitraje, y lo que aún es más importante, la ley aplicable al arbitraje.

El arbitraje *ad hoc* es preferido al arbitraje institucional porque el segundo pone en marcha una maquinaria, la del organismo administrador del arbitraje, que es poco ágil debido a la naturaleza de la cuestión objeto de desacuerdo. Por lo general serán decisiones técnicas, de gestión y de administración ordinaria, que no pueden esperar la formalización del colegio arbitral y la tramitación de un procedimiento lento. El *ad hoc* tiene las ventajas de realizarse “a medida”. Deberán establecerse previamente las condiciones esenciales tales como: plazo para dictar el laudo y designación del árbitro, previendo suplentes.

Junto a lo anterior, el arbitraje de equidad ofrece más ventajas que el de derecho por dos razones esenciales. En primer lugar porque la mayor parte de las decisiones serán cuestiones técnicas, de administración y de gestión social. Con esta premisa, si se exige un laudo que se fundamente en Derecho se introduce mayor rigidez en la decisión que se basa en lo que a juicio del árbitro sea *equo et bono*. En segundo lugar porque, según nuestra Ley de arbitraje de derecho privado, el recurso de anulación del laudo en el arbitraje de equidad presenta menos causas que en el arbitraje de Derecho, cerrando así el paso a dilaciones de la parte impugnante, que ve en el recurso una vía para prolongar la disidencia y con ello la ejecución del acuerdo adoptado en este caso por el procedimiento arbitral.

Es necesario hacer referencia a la discusión doctrinal acerca de someter a arbitraje cuestiones relativas a las sociedades mercantiles, especialmente en lo que se refiere a la impugnación de acuerdos sociales. Asimismo, cabe señalar que la doctrina ha destacado la validez de las cláusulas arbitrales en materia de impugnación de acuerdos sociales en las sociedades cerradas.

Un segundo problema que se observa reside en que se considera que en ocasiones las controversias que pueden dar origen al arbitraje no son verdaderos conflictos litigiosos, o pretensiones que merezcan la tutela judicial, siendo por tanto cuestiones que no pueden resolverse ante los tribunales ni mediante un arbitraje. La doctrina admite que no han de ser sometidas a arbitraje controversias que deriven de la falta de adopción del acuerdo por parte del órgano social competente. En cambio, si se admite que puedan resolverse controversias derivadas de la ausencia de adopción de acuerdos. Los árbitros no son competentes para dictar un laudo sustitutivo de la voluntad social, pero si podrían, si así se hubiera previsto, declarar a instancia de los socios o administradores la disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales.

Es evidente que el recurso al arbitraje lo que pretende es buscar una solución a la situación de paralización. El carácter más o menos jurídico de la controversia podrá depen-

der del punto de vista desde el que se observe el problema, y no será infrecuente, en una sociedad conjunta, someter a arbitraje la interpretación de una determinada cláusula estatutaria o extraestatutaria.

Por último, cabe señalar la recomendación de que las costas del arbitraje se impongan al vencido como medida disuasoria, porque la solución arbitral debe ser un recurso extraordinario al que sólo hay que acudir tras haber agotado todas las vías de entendimiento y sin perjuicio del deber de fidelidad del socio frente a la sociedad conjunta.

Otras vías para la resolución del bloqueo

La opciones señaladas no son las únicas existentes. Ofreciendo una solución de contenido menos jurídico, pero que tal vez pueda ser más práctica desde la perspectiva de la organización empresarial, se ha señalado que podrán crearse distintas comisiones de carácter interno y de distinta naturaleza (financiera, comercial) al frente de las cuales cada uno de los socios nombrará de manera alternativa y equilibrada distintos representantes. También se puede determinar previamente una serie de asuntos cuya irresolución provocará la terminación de la relación.

Los distintos mecanismos de solución de conflictos pueden ser previstos de manera alternativa. Así, las partes podrán acordar en cada caso cuál es el modo más adecuado de dirimir sus diferencias, e incluso establecer *ex ante* la aplicación de uno de ellos, por ejemplo el arbitraje en caso de no llegar a un acuerdo sobre cuál de los procedimientos previsto debe utilizarse.

Finalmente podemos recordar que también se aprecia en torno a esta problemática una cierta contradicción entre el régimen básicamente flexible y tolerante en los Estados Unidos y la mayor rigidez en los ordenamientos europeos. La praxis internacional refleja el intento de las partes de acuerdos de *joint venture*, de introducir soluciones plenamente aceptadas en los Estados Unidos, pero que son más discutibles fuera de ese país.

3. RASGOS ADJETIVOS DEFINITORIOS

En este apartado vamos a analizar una serie de rasgos característicos de la *joint venture* cuya particularidad radica en que si bien por separado, uno a uno, no son exclusivos de la misma, en armonía con el control conjunto contribuyen a diferenciarla del resto de alianzas estratégicas. En otras palabras, si no existe control conjunto no se puede afirmar, a nuestro juicio, la existencia de una *joint venture*, sin embargo la falta de alguno de los demás rasgos o la escasa importancia relativa de alguno de éstos frente a la globalidad para un caso concreto, no invalidaría la existencia de empresa o sociedad conjunta.

Asimismo analizaremos una serie de rasgos que aparecen con frecuencia. Los hemos denominado “indistintos” porque pueden darse ellos o sus contrarios en estas alianzas. Son atributos que no caracterizan a una *joint venture*, pero que de una u otra manera están presentes y nos ayudaran a realizar alguna clasificación que nos será útil más adelante.

Tabla II.6

RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA <i>JOINT VENTURE</i> (QUE SIEMPRE PRESENTA)	
RASGO SUSTANTIVO	
— Control conjunto.	
RASGOS ADJETIVOS	
<ul style="list-style-type: none"> — Disminución del riesgo. — Proyecto único o un grupo de proyectos relacionados entre sí. — Los socios hacen una aportación importante al negocio común motivo de su elección para el proyecto. — Obligación de lealtad reforzada entre los socios. — Los miembros son sociedades, (ver puntualizaciones al respecto en el texto). — Los socios operan con plena autonomía al margen de la actividad común que supone la <i>joint venture</i>. 	

Disminución del riesgo

El hecho de compartir el control para disminuir el riesgo es otra de las características definitorias de la empresa conjunta. De hecho Rodríguez [1986: 516] recoge que, en su opinión, la denominación de inglesa de *joint venture* podría ser traducida como “unión de riesgo”³⁵, y cita a Greenland, en su obra *Encyclopedia of Economics*, el cual advierte que un negocio de riesgo, *Business venture* es un compromiso que envuelve algún elemento de riesgo o incertidumbre para el futuro. Un contrato de *joint venture* sería como un com-

³⁵ A este respecto nos gustaría llamar la atención de que mientras la palabra *venture* dentro de la expresión *joint venture* se traduce como empresa o sociedad, la misma palabra en la locución *venture capital* se traduce como riesgo —capital riesgo—.

promiso o convenio dirigido por dos o más socios que reparten entre sí los riesgos. Los socios pueden ser individuos, corporaciones gobiernos o una combinación de estos tres elementos.

Hemos dudado entre si colocarla como un rasgo sustantivo junto con el control conjunto, o como el primero en importancia de los rasgos adjetivos. Finalmente nos hemos decantado por la segunda opción por las razones siguientes: el hecho de compartir riesgo no es un rasgo exclusivo de la *joint venture* porque, en general, cualquier negocio con independencia de la forma jurídica que adopte conlleva un cierto riesgo, las cuentas en participación, la constitución de filiales etc. Como no es un elemento exclusivo no puede considerarse sustantivo, sin embargo también es cierto que podemos señalar algo característico del riesgo propio de esta alianza frente a las demás estableciendo una graduación del mismo. Ilustremos esa idea con un ejemplo hipotético. Si McDonald abriera una nueva hamburguesería en Madrid soportaría un cierto riesgo pero un riesgo controlado porque no hay ningún elemento de novedad, el negocio es el mismo, y el mercado también porque tiene otros establecimientos abiertos. Sin embargo el riesgo sería mayor si introducimos alguna variable nueva, nuevo mercado —otra ciudad, otro país—o nuevo tipo de negocio —una cadena de supermercados McDonald—.

La *joint venture* se utiliza en ocasiones para llevar a cabo un proyecto nuevo y genera un “riesgo de proyecto” por la novedad del mismo. Siempre hay un elemento de novedad que supone para alguno de los socios el desconocimiento de algo —mercado, negocio, etc.—, y que lo hace arriesgado. Por ello podemos concluir afirmando que la creación de empresas conjuntas permite disminuir el riesgo por varias vías [Contractor y Lorange, 1988] extendiendo el riesgo de un gran proyecto sobre más de una empresa, favoreciendo la diversificación de la cartera de productos, y permitiendo una entrada más rápida en el mercado. En conclusión, compartir riesgos —o de manera más precisa, la gestión del riesgo—, puede ser una de las razones fundamentales para el establecimiento de una empresa o sociedad conjunta, sobre todo para afrontar proyectos que por su magnitud, coste o peligrosidad no es aconsejable que sean realizados por una sola entidad.

Proyecto único o grupo de proyectos relacionados entre sí

De la explicación anterior se desprende que este tipo de alianzas se constituyen para la realización de un proyecto concreto en el que no se puede actuar solo. El carácter *ad hoc* del proyecto supone que la *joint venture* se halla limitada en cuanto al objeto, pero no necesariamente en lo referente al tiempo. En este punto conviene precisar, aunque se desarrollará mas adelante, que el proyecto puede tener una duración limitada en el tiempo o bien vocación de permanencia.

Cuando hablamos de “proyecto” nos referimos a él en sentido amplio. Una *joint venture* constituida, por ejemplo para desarrollar una tecnología que luego será comercializada por los partícipes, es un tipo de proyecto, pero también lo es la transferencia a una empresa conjunta de una rama de actividad por parte de los copartícipes.

Aportación importante al negocio en común en función de las características distintivas de los socios

Para que haya *joint venture* los partícipes deben efectuar una contribución al negocio común. Dicha aportación puede consistir en bienes, derechos o dinero, pero también en industria o simplemente tiempo aplicado a la ejecución del proyecto. Estas contribuciones deben ser combinadas de tal manera que por ellas se cree una comunidad de intereses.

La sentencia del caso *Hasday vs. Barocas*³⁶ dictaminó, al referirse a los criterios determinantes para afirmar que existe *joint venture*, que “la investigación final debe dirigirse a determinar si las partes han unido sus bienes, intereses, habilidades y riesgos de tal manera que sus respectivas contribuciones se han unificado para los fines de una aventura en particular; y los entrecruzados bienes e interés han sido aportados en la confianza de que cada uno de ellos actuará para beneficio común, y como motivación”.

Los miembros se eligen *intuitus personae*. Uno de los elementos característicos es que es un elemento de cooperación en función de las cualidades personales de los socios, lo que aparentemente podría en ciertos casos parecer una paradoja dada la condición de personas jurídicas de los mismos. Pero debe anotarse que es posible que, especialmente en determinados sectores, a una sociedad le interese colaborar con otra por las cualidades personales de quienes están al servicio de la sociedad, como técnicos o científicos y por las aportaciones que en función de ellas puede hacer a la *joint venture*.

En el capítulo V analizaremos con detalle tanto las aportaciones de los socios a la empresa o sociedad conjunta, como las contraprestaciones que reciben a cambio de la operación por lo que encontramos innecesario extendernos aquí al respecto.

Obligación de lealtad reforzada entre los socios

En la sociedad conjunta se presentan de manera acentuada los requisitos que con carácter general fundamentan y explican la existencia de deberes de fidelidad en el marco del Derecho de sociedades. Miquel [1998: 201] recoge que “el reconocimiento de obligaciones de fidelidad en las relaciones societarias, especialmente en los tipos capitalistas, es ciertamente reciente, y se encuentra en fase de evolución. Su admisión constituye un recurso empleado para corregir defectos de configuración legal o estatutaria de los comportamientos exigibles en el contexto societario”. Según Baptista y Durand [1991: 17], “los contratantes se obligan recíprocamente a la más estricta lealtad” y citan al respecto un caso clásico en la jurisprudencia estadounidense: *Meinhard v. Salmon*³⁷ en el que se entienden los deberes de fidelidad como un precepto moral.

³⁶ 115 N.Y. S. 2nd.209.

³⁷ 249 N.Y. 458, 164 N.E. 545 (1928). Es una sentencia del juez Cardozo que ha sido citada hasta 1990 por 653 jueces estadounidenses [vide la obra de Posner, *Cardozo. A Study in Reputation*, Chicago, 1990, citado por LePera [1989: 218].

A principios del siglo XX Salmon arrendó a Meinhard por veinte años el Hotel Bristol, situado en la esquina de la 5ª Avenida con la calle 42 de Manhattan. El inmueble requería remodelación y Salmon celebró con Meinhard un acuerdo por el cual éste aportaría la mitad de los fondos necesarios. Ambas partes se dividirían los beneficios y pérdidas por la mitad, pero Salmon sería el administrador del proyecto. Cuando el plazo de veinte años

Para acotar el comportamiento exigido y los sujetos obligados partimos de una premisa fundamental: la prohibición al socio de obtener ventajas para sí a costa del sacrificio de la sociedad. En otras palabras, se refiere a un deber de fidelidad vertical³⁸. Además también existe la prohibición de obtención de esos beneficios cuando el perjudicado no es la sociedad sino algún otro socio [Miquel, 1998: 237]. Este supuesto es de enorme interés para la sociedad conjunta y se refiere al deber de fidelidad horizontal. Por lo tanto, los sujetos activos del deber serán los socios, y la obligación se debe tanto en relación a la otra sociedad como a la propia sociedad conjunta, mientras que los sujetos pasivos del deber serán tanto la sociedad conjunta como el otro socio. También serán sujetos pasivos incluso aquellos que actúan en representación de cualquiera de los socios, es decir, quienes actúan en nombre de uno de los sujetos que lo pueden infringir.

No obstante lo anterior es necesario hacer algunas precisiones en relación con los sujetos activos del deber. En una sociedad cuyos miembros son personas físicas, exigir el deber a los socios no plantea problemas en relación al sujeto obligado, sin embargo esto se complica cuando se exige a un socio que es persona jurídica debido a la existencia de distintos órganos con algún tipo de capacidad de decisión sobre la sociedad conjunta. En consecuencia son sujetos obligados a observar comportamientos acordes con el deber de fidelidad:

- Los socios de las sociedades madres en sus respectivas juntas generales.
- Los componentes de los órganos de administración de las sociedades con participación en la sociedad conjunta.
- Dentro de la sociedad conjunta, los propios socios, tanto en la junta como en el órgano de administración.

Además hay que señalar que todos ellos deberán observar esos deberes cuando lo requieran las circunstancias, aunque sea fuera de la intervención en los órganos de las distintas sociedades, es decir en todas aquellas situaciones en que se pueda infringir la obligación. Asimismo el deber puede exigirse a los miembros ejecutivos de los órganos de administración o a los representantes de los socios en las Juntas generales. Lo contrario permitiría evitar la aplicación de los deberes mediante la simple delegación.

Esteban [1999: 239] comenta un problema interesante en relación con el deber de fidelidad vertical. Si ambos socios están de acuerdo en actuar de manera contraria a los intereses de la sociedad conjunta, pero favorable para ellos mismos, estarían contraviniendo el deber de fidelidad vertical, pero no el horizontal. Continúa explicando que la situación es similar a la que se produce en los grupos de sociedades, con la diferencia de que aquí no habrá accionistas minoritarios.

se aproximaba a su fin, Salmon sin dar cuenta ni invitar a Meinhard, arrendó varios inmuebles adyacentes al hotel a través de una sociedad unipersonal que le pertenecía para beneficiarse con la revalorización que los mismos habían experimentado debida a su proximidad al hotel que funcionaba con gran éxito.

El tribunal condenó esta actitud y reconoció al propietario del hotel el derecho a dividir los beneficios de la segunda operación de la misma forma que la inicial, otorgándole para ello el derecho a la mitad menos una de las acciones de la sociedad constituida por Salmon para alquilar dichos inmuebles.

³⁸ El deber de fidelidad vertical es el de los socios hacia la sociedad, mientras que el horizontal se establece entre unos socios respecto a los demás.

Sin embargo es posible que existan otros terceros implicados que podrían verse perjudicados: acreedores de la sociedad conjunta, trabajadores y competidores. En este caso es probable que la técnica del deber de fidelidad no sea la más apropiada para resolver esta situación, y tal vez deba recurrirse a otras soluciones previstas por el ordenamiento. Sería cuando menos discutible otorgar legitimación para alegar una infracción del deber de fidelidad a sujetos distintos de los obligados a respetarlo.

La existencia del deber de fidelidad no es exclusiva de las sociedades de personas, ni su extensión se limita a las sociedades de capital. Aunque no sean tan usadas en el tráfico, ni tengan el carácter supletorio de la sociedad civil y colectiva, en otros tipos societarios como la sociedad cooperativa, la agrupación de interés económico, o incluso en el supuesto de la sociedad irregular, los deberes, se exigirán en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas y recaerán en cada momento sobre unos sujetos determinados. Esto es lógico puesto que si los deberes se exigieran en función del tipo, la simple transformación podría servir para eludirlos. Sin embargo no hay que olvidar que tales deberes tienen que ser graduados en función de la estructura de las sociedades, pues el accionista inversor, que posee un insignificante porcentaje de acciones, y que ni conoce ni tiene ninguna relación con los demás socios, que pueden ser cientos, no debe guardar el mismo comportamiento que el socio de una pequeña sociedad familiar, o de la sociedad conjunta.

En resumen, todo lo anterior nos indica que en una sociedad conjunta debemos entender que sus miembros tienen que guardar un deber de lealtad mutuo, concretado en obligaciones de no beneficiarse o beneficiar a algún tercero en detrimento de la sociedad o del otro socio. La lealtad es, por un lado, directamente proporcional al poder; al que tiene más poder se le exige un nivel de lealtad más alto, lo que supone en la *joint venture* la admisión automática de la existencia de unos deberes, en base a la propia estructura interna de la sociedad. El deber de fidelidad se acentúa en las situaciones de poder: se le exige más a un socio mayoritario. Sin embargo, por otro lado, debido a la característica sustantiva de la *joint venture* —el control conjunto—, el deber de fidelidad también incluye a los socios que teniendo una participación minoritaria, tienen la capacidad de influir en el devenir social porque su minoría es suficiente para bloquear acuerdos —derecho de veto, necesidad de unanimidad o de mayoría cualificada para la toma de decisiones, etc.—

El deber está siempre presente pero el momento de su manifestación y su ámbito de aplicación varían según la situación del socio en cada caso. Naturalmente debe quedar claro que emitir un voto en una u otra dirección no puede considerarse, en sí mismo, nunca una violación de los deberes de lealtad. El principio de libertad de voto es inderogable y no debe confundirse con la toma de decisiones que perjudiquen a la sociedad o a los demás socios para obtener beneficio propio.

Concretando en las conductas específicas que tienen mayor posibilidad de producirse en la sociedad conjunta encontramos como deberes más importantes el de no competir con la sociedad, no beneficiarse de las oportunidades de negocio conseguidas por ella, y el mantenimiento del deber de confidencialidad, en el doble sentido de revelar información al otro socio y de mantener el secreto³⁹.

³⁹ El carácter personalista que rige las relaciones entre los socios de una *joint venture* se manifiesta en los comportamientos que se exigen.

El deber de no competir se refiere, lógicamente, al objeto exclusivo de la sociedad. Si por ejemplo dos empresas farmacéuticas constituyen una *joint venture* para el desarrollo, fabricación, y comercialización de una vacuna, es lógico que se prohíba que alguna de ellas comercialice por separado dicha vacuna, pero es impensable que una de ellas deje de fabricar medicamentos para no competir con la sociedad conjunta.

Por otro lado, el grado en que se involucran las partes de la sociedad conjunta en su gestión, supone que los aspectos relacionados con ella tengan que tratarse con toda la transparencia posible. La concreción de la idea anterior se plasma en la necesidad de establecer un deber de información incondicional, y en no apropiarse de las ventajas que pudieran ser aprovechadas por la *joint venture*. Sin embargo si uno de los socios comunica a la sociedad, o al otro socio, una posibilidad de negocio y se llega a la conclusión de que no es interesante, no habría impedimento para que el socio proponente aprovechara esa oportunidad.

Párrafo aparte merece la problemática, ahondado en la obligación de confidencialidad, de los secretos comerciales e industriales. Normalmente existen contratos independientes del acuerdo preliminar⁴⁰ y de los estatutos, por lo que las obligaciones en ese sentido quedan especificadas al regirse por contratos de licencia, *know how*, etc. De todas maneras, en una sociedad conjunta “la vinculación entre sus socios es mucho más estrecha que la que se establece a través de un contrato de cesión o licencia de los secretos” [Miquel, 1998: 248]. Por ello es conveniente reforzar las obligaciones y derechos de los socios.

Los miembros son sociedades

Una de las características más extendidas de la sociedad o empresa conjunta internacional es el hecho de que sus miembros sean empresarios, generalmente sociedades de capital. La propia evolución de la figura en su proceso de transnacionalización ha determinado una selección natural cuya consecuencia ha sido la exclusión de sujetos de derecho distintos de las sociedades de capital [Esteban, 1999: 179]. En el contexto internacional el concepto de *joint venture* ha sufrido una reducción en relación con el estadounidense, puesto que en ese país ha habido sentencias de los tribunales que han afirmado la existencia de relación de *joint venture* entre personas físicas que ni siquiera realizaban actividad comercial alguna. Aunque no es discutida la existencia de *joint ventures* en las que participan personas físicas⁴¹, en cambio son minoritarias y criticadas las decisiones que admiten que pueden existir *joint ventures* con propósitos no comerciales. Recordemos que en los Estados Unidos la expresión *joint venture* conserva la práctica totalidad de su carga polisémica, englobando múltiples supuestos, mientras que en el contexto internacional es más concreta. En consecuencia este rasgo no hay que entenderlo de una manera absoluta sino en el ámbi-

⁴⁰ Esta cuestión es tratada mas en profundidad en el capítulo III “Expresión jurídica de la realidad económica”.

⁴¹ Por ejemplo, en la sentencia del caso *Meinhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458, 164 N.E. 545 (1928), dictada por el célebre juez Cardozo, demandante y demandado eran personas físicas. No obstante hemos de señalar que esa sentencia es célebre no por esta razón sino porque en ella se establece el deber de lealtad reforzada que debe presidir las relaciones entre los socios de una *joint venture*.

to de la praxis internacional en general y europea en particular. Dos personas físicas, empresarios o no, difícilmente constituirían una *joint venture* internacional.

Cuando se realiza comercio de Estado al menos uno de los socios, aún siendo un ente público, tiene la condición de empresario. Sin embargo cuando existe cooperación entre el Estado —u otra persona pública o privada designada por él— y compañías extranjeras, pueden no darse las características propias de una verdadera relación de *joint venture* si falta un elemento fundamental: la igualdad de las partes a la hora de configurar los derechos y obligaciones. Por ello es mucho más dudoso en ese caso que se logre un verdadero control conjunto, rasgo fundamental de una *joint venture*. Aunque la expresión inglesa se utiliza para denominar este tipo de sociedades, realmente estamos ante sociedades de economía mixta. Ejemplos de ellas podemos encontrarlas en Cuba puesto que las llamadas “diplotiendas” o “tiendas para diplomáticos”, en las que se paga en dólares, están participadas al 50% por el Estado cubano. Lo mismo sucede con numerosos hoteles —muchos de ellos de cadenas españolas—. Otro caso similar es el de las sociedades mixtas pesqueras que nuestro país tiene con Marruecos.

Autonomía de los socios al margen de la *joint venture*

Bradley citado por Chuliá y Beltrán [1999: 80] afirma que “el *joint venture* está sujeto al control común de las sociedades matrices que no se hallan sujetas a un control relacionado”. La esfera de autonomía individual de los sujetos participantes permanecía intacta en todos los demás negocios, ya que la actividad de la *joint venture* es una distinta a aquella a la que los copartícipes dedican la mayor parte de su tiempo y esfuerzo.

Por otro lado queremos mencionar una serie de características que entendemos que no definen en absoluto estas alianzas —en nuestro entorno y en la actualidad—, puesto que pueden darse o no indistintamente. Las hemos bautizado como “rasgos indistintos” y son las siguientes:

Tabla II.7

RASGOS INDISTINTOS DE LA <i>JOINT VENTURE</i> (QUE PUEDE PRESENTAR O NO)
<ul style="list-style-type: none"> — La personalidad jurídica. — Complementariedad. — Ocasionalidad frente a permanencia del proyecto conjunto.

La personalidad jurídica

Autores como Fossas [1996: 699] o Valdés [1996: 127] afirman que “sin duda la característica distintiva de las empresas conjuntas frente a otro tipo de colaboración es la creación de una nueva entidad con personalidad jurídica independiente para la realización de las actividades objeto del acuerdo”. En nuestra opinión eso no es así. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos se acostumbra a revestir a la *joint venture* de una forma societaria, debido a los beneficios derivados de la personalidad jurídica, no es menos cierto que,

como ya hemos mencionado, este tipo de alianzas pueden constituirse mediante acuerdos contractuales.

De la misma manera Esteban [1999: 27] indica que, en atención a sus posibles articulaciones jurídicas, la noción de *joint venture* abarca dos realidades diferentes: de un lado la llamada *contractual o non equity joint venture*, dirigida normalmente a la ejecución de un proyecto limitado en el tiempo, donde la cooperación se agota en relaciones puramente contractuales; de otro la *equity joint venture o joint venture corporation*⁴², caracterizada por la presencia instrumental de una sociedad de capitales controlada conjuntamente por los participantes.

García [1996: 112] recoge que, tras un análisis de las principales bases de datos construidas a nivel europeo o mundial, una de las tendencias que se observa es que “la forma contractual de empresa conjunta (*joint venture*) es la más frecuente”. Le Pera [1989: 213] desarrolla el caso de las llamadas *non incorporated joint ventures* indicando que a menos que determinadas circunstancias exijan la constitución de una sociedad (las denominadas *incorporated joint ventures*), es muy probable que una *joint venture* se limite a una relación contractual entre las partes. Nosotros hemos traducido esa terminología inglesa como empresas conjuntas para la forma contractual. Tal es el caso de la cooperación que se estableció entre Ford Europa Incorporated y la alemana Volkswagen⁴³. Estas empresas se asociaron para desarrollar, diseñar y producir un vehículo polivalente a través de una empresa conjunta que situaron en Setúbal, sin personalidad jurídica y que se dedicó a la fabricación para sus partícipes. El diseño del modelo corrió por cuenta de Volkswagen en Alemania, y Ford se responsabilizó de la fabricación y organización de las instalaciones en Portugal. Aunque ambas empresas disponían de los conocimientos técnicos necesarios, no podían acometer el proyecto individualmente debido a la inversión que era necesaria, el número de unidades que tenían que vender para garantizar la rentabilidad y el escaso volumen del mercado.

Las distintas figuras societarias están reguladas en sus respectivos ordenamientos normalmente con un grado de detalle considerable, por lo que someter a la *joint venture* a ellas constituye un corsé que impide la libre voluntad de las partes por ejemplo, a la hora de elegir a que legislación desean someterse en caso de conflicto. Si se forma una sociedad conjunta en España y adopta la vestidura de sociedad anónima, estará sujeta a nuestra legislación en nuestros juzgados. Sin embargo si se trata de una *joint venture* contractual, la libertad por la que se rigen los contratos para adaptarse a los deseos de las partes origina la inclusión de una “cláusula de sometimiento a los juzgados”, que permite a los socios decidir dónde desean dirimir sus posibles desacuerdos. En consecuencia este contrato es mucho más ágil, por lo menos, para la primera etapa de la alianza.

⁴² 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.

⁴³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, IV/33.814 — Ford/Volkswagen, Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE. DOCE L n° 20 de 28/1/93, pág.14 y ss.

Por otra parte en la creación de una entidad con personalidad jurídica independiente de los socios, se permite armonizar el conflicto latente en toda cooperación horizontal: el reparto de los derechos de propiedad sobre los activos utilizados, es decir, el reparto del control y el reparto de los beneficios. No obstante si se adopta una solución contractual que no implica la creación de una unidad con personalidad jurídica diferenciada (acuerdos contractuales, *unincorporated joint ventures*), los socios tienen que fijar ex-ante, en el momento del contrato, una distribución de los derechos de propiedad, especificando todas las contrapartidas de la relación. Deben suscribir un contrato que recoja todos sus derechos y obligaciones en todos los intercambios. En caso de no hacerlo así se exponen a duras renegociaciones y conflictos.

La existencia de un ente con personalidad (sociedad conjunta) constituye, además, un nexo contractual entre los socios y entre estos con los potenciales clientes. Dinamiza las relaciones de todos ellos permitiendo que éstas sean más flexibles, al no ser necesario negociar en el momento del contrato todas las partidas de la relación. De este modo, el control de las actividades ordinarias se delega en el administrador de la sociedad, y en cualquier caso como los socios están representados en los órganos de gobierno de la *joint venture*, pueden resolver sus diferencias dentro de ellos. Los beneficios serán repartidos en función de las contribuciones de los socios, las cuales han sido perfectamente delimitadas a la hora de constituir la sociedad y efectuar la distribución de capital.

Estas circunstancias permiten a las *joint ventures* reducir los conflictos de intereses antes señalados mejor que con un acuerdo contractual, aunque cuentan con una desventaja: el coste de creación y funcionamiento de una nueva entidad. Por esta razón las *joint ventures* suelen crearse en acuerdos horizontales que revisten un mínimo de complejidad de tal forma que este coste adicional se vea compensado por el mejor gobierno de la relación entre los socios.

Como colofón a estos comentarios sobre la personalidad jurídica debemos mencionar una cuestión de importancia: el papel de la confianza entre los socios. Diversos autores han señalado que la confianza reduce la necesidad de introducir mecanismos contractuales explícitos de salvaguarda o de recurrir a la forma contractual de empresa conjunta [Gulati, 1995; Zaheer y Venkatraman, 1995]. La importancia de las relaciones previas entre los socios condiciona en gran medida la forma contractual de alianza, existiendo menos propensión a la creación de empresas conjuntas cuando se dan estas circunstancias. Aunque el término confianza puede resultar confuso, es una variable que según García Canal [1996: 117] puede ser reinterpretada en términos económicos, entendida como un riesgo calculado de que la otra parte va a cumplir su compromiso. Este riesgo tiene su base en la reputación y las expectativas de negocio futuro.

Complementariedad

Con frecuencia la creación de empresas o sociedades conjuntas responde a razones de complementariedad de recursos que refuerzan la capacidad competitiva de los socios, pues es muy probable que cada uno tenga un conjunto de recursos clave y sea deficiente en otros.

Así, por ejemplo, en *joint ventures* internacionales el socio local puede aportar una red de distribución adecuada y la empresa extranjera la tecnología necesaria. En esa línea Hladik [1988: 187] señala que los beneficios de la uniones de I+D se basan principalmente en conseguir recursos complementarios por parte de los diferentes socios. De ese modo, en la obtención de un producto por el esfuerzo conjunto en I+D un socio puede contribuir con ciertos recursos críticos, tales como habilidades tecnológicas, mientras otro puede ser útil proporcionando financiación o acceso a grandes mercados, domésticos o internacionales. Para ilustrar el caso podemos citar la *joint venture* entre Mercedes y Citroën para la creación de los motores HDI. El proyecto de investigación era demasiado cuantioso para su volumen de negocio lo que imposibilitaba que la primera pudiera asumirlo por separado. Costear a medias el proyecto supuso las siguientes ventajas:

- Mercedes obtenía el liderazgo tecnológico y un periodo de explotación en exclusiva.
- Citroën comercializaría más tarde esa tecnología líder de coches de gama alta, diferenciándose así de la competencia de su segmento de mercado.
- En cuanto a los costes del proyecto de I+D, Mercedes podía asumir la mitad del proyecto y repercutirlo en el precio de sus vehículos porque son caros, mientras que Citroën podía diluir su mitad debido al gran volumen de vehículos vendidos.

No obstante lo anterior también se puede cooperar en igualdad de recursos, porque se necesite una capacidad superior a la de los socios tomados individualmente. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la *joint venture* establecida entre Varta y Bosch⁴⁴. Varta —primer fabricante alemán de baterías y uno de los principales de la Comunidad—, y Bosch —dedicada entre otras actividades a la fabricación a escala mundial de repuestos de automóviles—, proyectaron la creación de una sociedad conjunta *Startervatterie GmbH* a la que transferirían sus actividades nacionales e internacionales en baterías de arranque, incluidas sus actividades de I+D.

Otra razón para cooperar teniendo igualdad de recursos surge cuando se debe hacer frente a un enemigo común, como puede ser por ejemplo la liberalización del mercado en el que operan los socios. *British Telecommunications plc.* y *MCI Communications Corporation* son dos compañías de servicios de telecomunicaciones. Su objetivo era introducirse en un nuevo mercado que se estaba liberalizando: los servicios de valor añadido y servicios mejorados destinados a las grandes empresas multinacionales⁴⁵, para lo cual crearon una *joint venture* a la que llamaron *Newco*. En la decisión de la Comisión aparece recogido que, aunque ambas tenían la capacidad financiera y tecnológica necesaria para introducirse en dicho mercado, la creación de *Newco* era indispensable para que pudieran introducirse con éxito en el nuevo mercado porque:

⁴⁴ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Asunto IV/M.012 — Varta/Bosch, Decisión de la Comisión de 31 de julio de 1991 por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración. DOCE L n° 320 de 22/11/91, pág. 26 y ss.

⁴⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Asunto n° IV/34.857 — BT-MCI, Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1994 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE. DOCE L n° 223 de 27/8/94, pág. 36 y ss.

- Se acortaba el tiempo de comercialización, factor competitivo importantísimo por la gran competencia, hecho que motivaba la proliferación de éste tipo de alianzas.
- Se reducían costes y riesgos.
- Se superaba rápido el problema de suministro a las multinacionales.

Ocasionalidad

La ocasionalidad es un rasgo cuya importancia ha variado a lo largo del tiempo y el espacio. Como vimos al comienzo muchas *joint ventures* surgieron en el comercio de ultramar debido a la necesidad de financiación que presentaban ciertas empresas que, por lo aventurado o innovador de las mismas, necesitaban de alguna persona que pudiera costearlas asumiendo el riesgo financiero, siempre que existiera otra que se arriesgara a llevarla a cabo físicamente. Era pues un proyecto ocasional, en el que la responsabilidad no trascendía los límites de la aventura conjunta para ambos socios, lo que lo hacía particularmente atractivo frente a la responsabilidad ilimitada que suponían los negocios hasta el surgimiento de sociedades que limitan la responsabilidad a la aportación.

Sin embargo podemos concretar aún más en dos hechos del mundo antiguo que manifiestan ocasionalidad en prácticas comerciales y que podemos identificar con la *joint venture*: la financiación de las guerras y el comercio de largas distancias, no sólo por mar como hemos mencionado, sino también por tierra.

En cuanto al primer hecho podemos decir siguiendo a Polanyi [1976: 131] que en la Grecia de Aristóteles “la misma campaña (de guerra) era con mucha frecuencia una incursión para depredar más o menos racionalizada, cuando no el préstamo de un ejército para servir a algún Gobierno extranjero y reportarle beneficios al país que financiaba la aventura sobre bases de rentabilidad económica”, esta idea aparece, por ejemplo, en los escritos de Jenofonte. O dicho de otro modo, en Grecia parte de la estrategia de la guerra estaba el buscar financiación para la misma por parte de otro estado o de banqueros influyentes, a cambio de repartir con ellos el botín una vez finalizada la contienda en caso de victoria. Este hecho puede ser considerado una *joint venture* en la que uno de los socios financia, el otro ejecuta la misión, y ambos comparten el resultado de la aventura.

Respecto del comercio a larga distancia, lo primero que hay que reseñar es que consiste en un asunto de transporte, puesto que lo que es determinante es la ausencia de ciertos productos en una región concreta. En sus orígenes, el comercio exterior está más próximo a la aventura, a la exploración y la guerra que al trueque.

En opinión de Polanyi [1989: 107] “el verdadero punto de partida es el comercio a larga distancia, resultado de la localización geográfica de los bienes y de la división del trabajo nacida de esta localización”. Tiene su ritmo de preparación y de acumulación de material, con la solemnidad final del retorno de los aventureros. La organización del comercio antiguo debía de diferir según las mercancías transportadas, la distancia a recorrer, los obstáculos a superar por los viajeros y las condiciones políticas y ecológicas de la aventura. Por eso, entre otras razones, todo comercio es específico en sus orígenes, así lo determinan las mercancías y su transporte. En este sentido, Polanyi [1976: 306] escribe que “la

decisión de adquirir un tipo de bienes en un lugar determinado se toma en circunstancias diferentes de las que aconsejarían comprar otros productos en algún otro lugar. Por consiguiente las aventuras comerciales tienen un carácter discontinuo. Están restringidas a empresas concretas, que se liquidan una por una y no tienden a convertirse en una actividad continua. La *societas* romana, como la posterior *commenda*, era una asociación comercial limitada a una sola operación. [...] Antes de la época moderna no se conocen asociaciones comerciales permanentes.”

En la misma línea referida a la ocasionalidad, podemos mencionar otro ejemplo célebre para seguir avanzando en el tiempo. Nos referimos al veneciano Marco Polo que fue encargado, junto con su tío, de una expedición comercial con destino al lejano oriente. En este proyecto también encontramos los elementos caracterizadores de la empresa o sociedad conjunta: un consenso del viaje a realizar —que equivale a control conjunto—, dos partes que actúan según sus capacidades —una reuniendo la financiación y otra ejecutando la misma—, reparto del resultado al término del proyecto —beneficio o pérdida—, aventura más arriesgada de lo habitual de los negocios que podían realizarse sin salir de Venecia —es innecesario extendernos en comentar el riesgo de un viaje de Venecia a China, ida y vuelta, en aquella época transportando mercancías valiosas o el dinero de su venta—, y por supuesto la ocasionalidad del proyecto. Estos ejemplos también se caracterizan porque el resultado de la aventura no era conocido hasta el final por lo que no son negocios periodificables. En consecuencia tampoco era posible elaborar una cuenta de pérdidas y ganancias anual, hecho que no se da hasta la aparición del establecimiento permanente.

Acercándonos algo más en el tiempo, en el siglo XIX la *joint venture* fue ampliamente usada en los Estados Unidos para proyectos concretos como la construcción del ferrocarril, actividades marítimas o de extracción, es decir, era utilizada para negocios que se caracterizaban por su ocasionalidad porque perseguían el logro de un objetivo sin vocación de continuidad, más allá de la consecución de los fines para los que se había previsto.

Ya en la actualidad Guardiola [1998: 301] señala que “debe tratarse de un proyecto [...] duradero entre dos o más empresas”, y en el mismo sentido se pronuncian Chuliá y Beltrán [1999: 82]. Sin embargo en nuestra opinión la cooperación tiene un carácter dinámico [Hennart, 1988], por lo que en nuestros días aún no está determinado en que medida las alianzas en general son prácticas transitorias o con un carácter estable. Algunas de las empresas conjuntas son creadas con una orientación a largo plazo, mientras que otras se crean con carácter temporal para favorecer la transmisión de conocimientos y habilidades. Para concluir los comentarios sobre este rasgo queremos mencionar que la ocasionalidad es en Estados Unidos, un elemento más importante que en Europa, y que con el devenir del tiempo, ha dejado paso al control conjunto como elemento más caracterizador de la relación de *joint venture*.

Por último y relacionando características como el riesgo, la ocasionalidad y la modalidad contractual de la *joint venture* podemos extraer la siguiente conclusión en términos históricos. De todo lo referido hasta aquí se deduce que la *joint venture* es una institución que se sitúa en el origen del comercio y de la economía de mercado cuando desplaza al

comercio de estado⁴⁶, puesto que es práctica habitual en los primeros mercados que manifiestan las características actuales⁴⁷ — localizados en las civilizaciones jónica y griega del primer milenio a.c. [Polanyi, 1976: 75]— Su creciente uso en la actualidad supone, curiosamente, una vuelta a los orígenes tanto remotos como próximos del mercantilismo ya que siempre ha estado presente, sobre todo en su variedad contractual. En la actualidad está todo tan regulado, que la *joint venture* contractual es el único mecanismo existente que permite la suficiente autonomía de la voluntad de las partes — merced al principio de libertad de pacto que rige los contratos—, para afrontar aquellas empresas con un riesgo superior al habitual en los negocios debido, generalmente, a la aparición de algún elemento de novedad —nueva tecnología o mercado, o cambios en la situación del entorno como una liberalización del mercado—. Es la opción elegida cuando no se puede actuar solo.

⁴⁶ Polanyi [1976: 70] describe como “la diferencia principal entre el comercio administrativo o convenido, por un lado, y el comercio de mercado, por otro reside en las mismas actividades del comerciante. En la primera, éstas actividades están libres de riesgos, tanto en lo relativo a las expectativas de los precios como a la posible insolvencia del deudor”. Es un comercio sin riesgo sobre bases administrativas. Continúa [1976: 71] indicando que “en aquel comercio sin mercado no había pérdidas por fluctuaciones de los precios, ni especulación, ni insolvencia de deudores. Era apasionante como actividad, pero libre de riesgo como negocio”. Esta forma disposicional de comerciar era la característica principal de sumerios, babilonios, asirios, así como sus sucesores hititas y tirios. El elemento esencial de la conducta del mercader no era una acción bilateral que daba lugar a un contrato negociado, sino una serie de declaraciones unilaterales de voluntad que se plasmaban en acciones mercantiles siguiendo normas legales.

Por lo tanto la aparición del comercio, incluido el comercio a larga distancia, no implica en origen la existencia de economía de mercado. La actividad comercial es anterior a la aparición del mercantilismo.

⁴⁷ En los escritos aristotélicos tenemos la descripción, a cargo de un testigo presencial, de algunas de las primeras características de la incipiente actividad de mercado en el momento de su aparición en la historia de la civilización. En el s IV a.c. los griegos iniciaron lucrativas prácticas mercantiles que en épocas muy posteriores se convertirían en la dinámica de la competencia de mercado.

4. CLASIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA

Las *joint ventures* pueden ser clasificadas de distintas maneras en función del criterio diferenciador utilizado, como presentamos resumido en las tablas II.8 y II.9.

En la primera recogemos una serie de clasificaciones habituales en la literatura al respecto, mientras que en la segunda proponemos un criterio de clasificación que se adapta a los objetivos de la tesis —basado en la razón por la que se realiza la operación de *joint venture* en función del fondo económico de la operación—.

Tabla II.8

CRITERIOS DIFERENCIADORES PROPUESTOS POR DISTINTOS AUTORES	CLASIFICACIÓN DE LAS <i>JOINT VENTURES</i>
En función del grado de participación de los socios en la dirección.	<ul style="list-style-type: none"> — Dominantes. — Compartidas. — Independientes.
En función de la naturaleza de sus actividades para un proyecto concreto.	<ul style="list-style-type: none"> — Explotación minera y petrolera. — Proyectos de construcción. — Explotación de terrenos. — Transacciones comerciales, ...
En función de la naturaleza jurídica de los copartícipes.	<ul style="list-style-type: none"> — Entre estados. — Entre estados y particulares. — Entre particulares.
En función del contexto económico en el que se desarrollan.	<ul style="list-style-type: none"> — En economías avanzadas. — En países en vías de desarrollo.
En función de la relación entre la actividad de la <i>joint venture</i> y las actividades de los copartícipes.	<ul style="list-style-type: none"> — Horizontales. — Verticales. — Aglomerado o diversificación.
En función del cariz de la cooperación desde el punto de vista de la competencia.	<ul style="list-style-type: none"> — Concentrativas. — Cooperativas.
En función del grado de formalización jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> — Contractuales. — Societarias.
En función de la existencia o no de la <i>joint venture</i> con carácter previo al proyecto.	<ul style="list-style-type: none"> — Inversión <i>ex novo</i> (nueva creación). — Adquisición conjunta de un negocio existente ajeno a los copartícipes. — Adquisición conjunta de un negocio existente de uno de los copartícipes.
En función de aquello que se controle conjuntamente (criterio de la Norma Internacional de Contabilidad 31).	<ul style="list-style-type: none"> — Entidades. — Activos. — Operaciones.

Dentro de esta diversidad vamos a comentar tanto aquellas que nos parecen más relevantes por razones históricas, jurídicas o económicas, como aquellas con las que no estamos de acuerdo a tenor de los rasgos distintivos que hemos recogido como diferenciadores de la *joint venture*. Además, vamos a resumir el interés o repercusión que pueden tener las distintas clasificaciones con objeto de no reducir este punto a una mera enumeración de tipos.

Tabla II.9

CRITERIO PROPUESTO	CLASIFICACIÓN
<p>En función del fondo económico de la operación.</p> <p>(Razón por la que se realiza la operación de <i>joint venture</i>)</p>	<ul style="list-style-type: none"> — Obtener tecnología especializada. — Conseguir capacidad de organización. — Formación o suministro de recursos humanos. — Lograr financiación. — Introducirse en nuevos mercado. — Disminución de la competencia entre los socios. — Garantizar el suministro de materias primas. — Ampliar la capacidad de la empresa para realizar algún proyecto que no se podría lograr por separado. — Limitación del riesgo.

En función del grado de participación de los socios en la dirección

No creemos acertada la idea que sostienen autores como Killing [1988], Kogut [1988], Valdés [1996], Fossas [1996], o Chulia y Beltrán [1999: 81] al distinguir entre empresas conjuntas:

- *Dominantes*, cuando un socio tiene más poder que los demás debido a que posee la mayoría de las acciones o que reúne las mejores capacidades directivas, desempeñando el resto de los socios un papel pasivo.
- *Compartidas*, cuando el poder de los socios se encuentra equilibrado y dirigen conjuntamente la entidad.
- *Independientes*, si ninguno de los socios desempeña un papel importante en la gestión de la empresa conjunta debido a que el cometido de la misma no afecta a sus intereses. Los socios son meros inversores.

Desde nuestro punto de vista ni la primera ni la tercera serían *joint ventures*, puesto que primero, no comparten el control y segundo, ambos tienen que involucrarse en la gestión de un modo u otro. Bortolotti y Morresi [1983: 539] afirman que una de las características de la *joint venture* es el ejercicio en común de la gestión de la sociedad por parte de todos los socios y que ese equilibrio de poder existente en la sociedad común⁴⁸ debe mantenerse para que pueda ser considerada tal y no puede ser modificado sin el acuerdo

⁴⁸ Los mencionados autores italianos hablan específicamente de la *joint venture* societaria, por eso utilizamos el término sociedad común.

de todos los socios. Es posible que repartan las parcelas de poder y control en función de aquello en lo que cada socio destaca, es decir del elemento que motivó su elección como socio, pero eso no significa en modo alguno que adopte un papel pasivo, es más bien un “zapatero a tus zapatos”.

En el mismo sentido, Guardiola [1998: 301] afirma al respecto que las aportaciones de los socios y su presencia en los órganos de administración no deben suponer el dominio absoluto de uno de ellos sobre los demás y Miquel [1998: 139] resalta que “el verdadero rasgo definidor de la sociedad conjunta no es la participación paritaria sino el control conjunto”. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras instituciones, la Comisión de las Comunidades Europeas y la Norma Internacional de Contabilidad nº 31. Por nuestra parte ya hemos dejado clara nuestra opinión al hablar de los rasgos definitorios de la *joint venture* en un apartado anterior⁴⁹ sobre el control conjunto.

En función de la naturaleza de sus actividades para un proyecto concreto

Otra clasificación mencionada por autores como Jaeger [1960], Baptista y Durand [1991], o Chuliá y Beltrán [1999], entre otros, se refiere a la naturaleza de las actividades de la *joint venture* creada para la ejecución de un proyecto puntual. Nos hacemos eco de ella por su importancia en términos históricos y porque se puede relacionar con el rasgo hoy “indistinto” de la ocasionalidad así, hemos visto en la Introducción como esta figura era en su origen utilizada para la realización de un proyecto concreto. Las primeras *joint ventures* traspasadas de la práctica americana al contexto internacional asociaban a compañías petroleras o mineras, ya que el elevado riesgo del sector inducía a la cooperación y a la explotación conjunta. En este sentido los mencionados autores distinguen, sin ánimo de agotar todas las esferas de negocio posibles, entre *joint ventures* para:

- *Explotación minera y petrolera.*
- *Proyectos de construcción (obras públicas, comunicaciones y transporte),* en general relacionados con grandes contratos de construcción como obras públicas, (autopistas, túneles, puentes), construcción de complejos industriales, grandes edificios, etc. proyectos todos ellos donde la necesidad de agruparse se da tanto por dividir el trabajo a realizar como por repartir la responsabilidad solidaria suscrita por las empresas. La contrapartida a esta responsabilidad común es el derecho a participar plenamente en las decisiones de gobierno de la sociedad que son tomadas, normalmente, por unanimidad por un “comité de dirección” [Baptista y Durand, 1991: 25].
- *Explotación de terrenos.* Chuliá y Beltrán [1999: 81] señalan que muchas veces se crea una *joint venture* para un único proyecto cuando el propietario y el financiero se asocian para desarrollar y explotar el terreno a través de una sociedad sujeta al control común por acuerdo entre los accionistas. En el mismo sentido aunque muchos años antes, Jaeger [1960: 118] habla del prolífico uso que se hace de este tipo de alianzas para la compra, desarrollo y venta de bienes inmuebles.
- *Transacciones comerciales.* Bajo este título Jaeger [1960: 119] comenta los ejemplos típicos de empresas relacionadas con el mar, cuando una parte aportaba el velero,

⁴⁹ Apartado 2 “Rasgo sustantivo definitorio: el control conjunto” de este capítulo.

la tripulación, su tiempo y habilidad, mientras que la otra contribuía con los fondos necesarios. Mas cerca en el tiempo Rodríguez Álvarez [1986: 517] estudia desde el punto de vista jurídico un caso en el que: “las partes deciden acometer en común la explotación comercial de dos buques durante un plazo fijado. [...] La parte A aporta el capital de financiación necesario para el avituallamiento y navegabilidad de los buques y la facultad de disposición que sobre ellos tiene, en virtud de su actividad como naviero; la otra parte (B), aporta su industria y experiencia en cierre de cargamentos y explotación de buques, que significa un mejor mercado de fletes para la comunidad”.

En función de la naturaleza jurídica de los copartícipes

La clasificación que distingue a las *joint ventures* en función de los socios se basa en la naturaleza jurídica de los participantes según se trate de Estados o personas públicas o particulares. Incluimos esta clasificación con todas las matizaciones mencionadas al respecto en el apartado de “Rasgos adjetivos”, puesto que para autores como Miquel [1998], aquellas alianzas en las que intervine un Estado son, en términos estrictamente jurídicos, sociedades de economía mixta y no *joint ventures* porque faltan dos elementos fundamentales: la igualdad de los socios para negociar los derechos y obligaciones y la libertad para elegir copartícipe.

Cuando utilizamos la expresión *joint venture* para hacer referencia a una forma básica de inversión extranjera en aquellos países en los que existe un marcado intervencionismo estatal, empleamos la denominación en su sentido más económico, lo que demuestra, una vez más, la idea que venimos apuntando sobre la gran variedad de significados de la expresión inglesa. No obstante, no es extraño que la figura de la *joint venture* —aunque solamente sea de manera nominal y distorsionada—, se emplee como medio de colaboración entre Estados y particulares. En realidad son sociedades de economía mixta, figuras jurídicas que al igual que la que estudiamos suponen el aprovechamiento de la construcción jurídica de sociedades y cuya dirección es ejercida conjuntamente por los particulares y las administraciones públicas participantes [Girón, 1942: 19].

Antes de pasar a la clasificación queremos destacar que en los supuestos mencionados, la expresión *joint venture* se utiliza con carácter general en sentido económico e insistimos en su desconexión jurídica con lo que un abogado llamaría *joint venture corporation*. Además hay que señalar la diferencia importante entre el régimen que existe en países de economía de mercado como Taiwan, Corea o Japón, más cercanos al concepto que estamos exponiendo, frente a otros como China o Vietnam, que representa el paradigma de la acepción de *joint venture* comparable a las sociedades de economía mixta.

Sin embargo compartimos con Baptista y Durand [1991: 32] y Ballesteros y García-Bernabeu [2001: 663] la siguiente clasificación desde el punto de vista económico:

- *Joint ventures entre Estados*. Es un sujeto de derecho internacional público que se aleja mucho del objeto de nuestro estudio. No obstante, la naturaleza misma de los participantes, impone desde el principio condiciones que hacen este caso similar a otras *joint ventures*. Sin ánimo de exhaustividad podemos mencionar las siguientes:

- Desde el punto de vista jurídico la organización de la empresa común debe estar reglamentada por un documento de tipo contractual entre los participantes. Lo que en una *joint venture* entre particulares es el “acuerdo marco”, en este caso se denomina “tratado”, y cumple la misma función y que tiene como único objetivo la creación de la *joint venture*. Este tratado luego se inserta dentro del marco de un acuerdo más amplio.
 - Otra condición consiste en que, las relaciones que se establecen entre las partes, son en pie de igualdad.
 - En ciertos casos no es necesario crear una estructura con personalidad jurídica. Por ejemplo la cooperación franco-británica para la construcción del *Concorde* reposaba sólo en estructuras informales (comités), puestas en marcha por los gobiernos y por las empresas de construcción aeronáutica de los dos países. Sin embargo, hay que reconocer que en la mayor parte de los casos las *joint ventures* entre Estados están dotadas de personalidad jurídica⁵⁰.
 - Por último, existen importantes similitudes entre estas alianzas y las *joint ventures* entre particulares sobre el modo de solucionar los conflictos. El mecanismo de resolución de conflictos más habitual entre Estados es recurrir a la Corte Internacional de Justicia, mientras que en otros casos se habla de “negociaciones diplomáticas”. Sin embargo existen numerosos tratados en los que prevalece el recurso del tribunal arbitral⁵¹.
- *Joint ventures entre Estados y particulares* (mixtas). Por un lado queremos mencionar que en este caso desaparecen dos de las condiciones definitorias del caso anterior: la existencia de un tratado y la igualdad entre las partes, y por otro, que la concepción del tipo de Estado influye fuertemente en el régimen de la *joint venture* entre Estados y particulares desde su concepción. La idea prioritaria en los países en vías de industrialización es el desarrollo, mientras que en el resto los objetivos son menos unívocos. En los países socialistas el Estado era la fuente más o menos directa de todas las decisiones económicas, mientras que en los de economía de mercado la intervención es limitada.
- *Joint ventures entre países socialistas y particulares*. Una de las cuestiones que se planteaba era que la *joint venture* se introducía en un entorno jurídicamente inadaptado a sus características como vehículo de inversión occidental. Por ello los copartícipes podrían decidir formar una *joint venture* contractual (*non incorporated*)⁵² cuya principal ventaja consiste en que se soslaya el problema de la diferencia de sistemas jurídicos, a la vez que permite a la empresa común crearse y funcionar sin grandes complicaciones. Por el contrario, este tipo de régimen pura-

⁵⁰ Podemos citar como ejemplo la Convención firmada en Berna el 20 de octubre de 1955 entre diversos países europeos para la creación de la Sociedad Europea para el Financiamiento de Material Ferroviario (EURO-FIMA). Esta sociedad de derecho suizo, cuyos estatutos se definen en anexos al tratado tenía como objeto comprar material rodante y ponerlo a disposición de los Estados miembros.

⁵¹ En el artículo XVII de Tratado franco-italiano relativo al túnel del Mont-Blanc se establece que en caso de conflicto la solución vendrá por: “...la vía diplomática o por otras vías amigables como un tribunal arbitral cuya decisión será obligatoria”.

⁵² Baptista y Durand [1991: 41] recogen que esta forma de inversión es la predominante en la “primera ola” de relaciones económicas Este-Oeste (1971-1986).

mente contractual no era el más atractivo para la inversión extranjera. No obstante lo anterior, se ha producido un proceso liberalizador de la economía de los países socialistas desde finales de los 80 que ha permitido la proliferación de *joint ventures* societarias (*incorporated*) en esos entornos⁵³. En lo que concierne a la gestión, las *joint ventures* han sido también objeto de ingeniosas adaptaciones a los principios constitucionales locales⁵⁴. En la actualidad el obstáculo constitucional que existía relativo al régimen de la propiedad se ha ido debilitando hasta desaparecer casi en su totalidad, lo mismo que las normas que prohibían al inversor extranjero poseer la mayoría de del capital.

- *Joint ventures entre particulares*. Es la categoría cuantitativamente más numerosa y en la que se centra nuestro estudio, por lo que no haremos en este apartado más comentarios al margen de la importancia que tiene la correcta elección del socio.

En función del contexto económico en el cual se desarrollan

- *Joint ventures en países de economía avanzada*.
- *Joint ventures en países en vías de desarrollo*.

Mientras en los países de economía avanzada el recurso a esta forma de colaboración industrial está esencialmente motivado por la oportunidad de realizar concentraciones por coordinación, en los países en vías de desarrollo su empleo está frecuentemente impuesto por la identificación de un aspecto de convergencia entre la necesidad de los empresarios occidentales de asomarse a nuevos mercados y de garantizarse el aprovisionamiento de materias primas esenciales, y la voluntad política de los países en vías de desarrollo de mantener una parcial disponibilidad de los recursos nacionales, obviando al mismo tiempo el propio retraso tecnológico y gerencial.

En relación al distinto contexto económico y político en el cual tales relaciones pueden explicar la propia eficacia, es posible, en una primera aproximación, diferenciar la relación de *joint venture* de carácter voluntario, cuya estipulación está motivada de modo exclusivo por precisas oportunidades económicas, de aquellas que indicaremos como necesarias en cuanto representan el único instrumento jurídico del cual los operadores extranjeros se pueden valer para operar en ciertos mercados.

Tal clasificación tiene un mero valor descriptivo y peca, de modo evidente, en cuanto es cierto que un acuerdo de *joint venture*, contractual o societario, puede ser al mismo tiempo necesario y voluntario. Sin embargo tal distinción vale como hipótesis de trabajo para ilustrar el diverso significado que asumen en los países de economía avanzada y del Tercer

⁵³ “Yugoslavia fue el primer país en adaptar su sistema jurídico interno a la innovación aportada por la *joint venture*” [Baptista y Durand, 1991: 42]. También se puede consultar al respecto [Newman, 1973: 271-295] *Joint ventures in Yugoslavia, 1971 Amendments to Foreign Investments law*, en *International Law and Politics* Vol. 6, 1973. El segundo país fue Rumanía.

⁵⁴ Por ejemplo, la gestión de las empresas de la antigua Yugoslavia estaba confiada a una comisión “obrera” que era el instrumento de la autogestión. La ley sobre las *joint ventures* autorizó la creación de un órgano intermedio encargado de la vida cotidiana de la empresa en el que podía participar el socio extranjero.

Mundo, donde tal relación no constituye sino sólo una entre varias formas de cooperación industrial, que se caracteriza como instrumento de política económica del gobierno local.

El creciente poder contractual de los países en desarrollo, debido en particular a la disponibilidad de materias primas esenciales, ha incidido de modo sustancial sobre la progresiva superación de los contratos de concesión y de las subsidiarias totalmente controladas, como formas típicas de inversión en la primera mitad del siglo XX, y la correspondiente afirmación de los acuerdos de *joint venture*. En ellos se realiza la voluntad de los países receptores de participar activamente en las inversiones extranjeras, poniendo como condición a su admisión la presencia de *co-venturers*, locales en condición de ejercer sobre ellas un efectivo poder de control y superar así el rol meramente pasivo de concedentes o destinatarios de *royalties* por inversiones a largo plazo.

Estas son las razones por las que hemos denominado “necesarias” tales alianzas; porque la multinacional, cuando decide invertir, no tiene alternativa entre distintas formas de inversión, estando las restricciones puestas por numerosas legislaciones nacionales frente a las inversiones extranjeras directas.

En función de la relación entre la actividad de la joint venture y las actividades de los copartícipes

La *joint venture* se puede usar para diversificar las actividades o alargar el ámbito de las actividades en desarrollo. Si atendemos a la distinta relación entre la *joint venture* y los copartícipes, podemos distinguir entre empresas o sociedades conjuntas:

- *Horizontales*, cuando las dos partes participan en el mismo comercio o mercado, trabajan en el mismo producto o en uno relacionado o utilizan la misma tecnología, y tienen la voluntad de establecer una empresa conjunta por un motivo común. Los socios son competidores y la *joint venture* actúa en el mismo mercado que éstos. La cooperación horizontal tiene por objeto aumentar los ámbitos de mercado, expandir o ampliar líneas de producto o racionalizar el exceso de capacidad.
- *Verticales*, si las partes o socios, trabajan independientemente a niveles diferentes del proceso de fabricación, o bien se crea la empresa conjunta a un nivel más o menos elevado del mismo proceso. Por ejemplo, una relación vertical puede darse cuando la *joint venture* actúa de distribuidor o proveedor de los copartícipes.
- *Aglomerado, conglomerado o diversificación*, cuando la *joint venture* se lleva a cabo en una esfera que no es común a las partes. Efectúa actividades que no realizan sus partícipes, las cuales además no pueden consumir los productos o servicios de esas empresas o sociedades conjuntas.

Como al menos deben existir dos socios, pueden darse dos o más tipos de relaciones entre la *joint venture* y los copartícipes.

La cuestión en materia de cooperación horizontal está en crear un nuevo competidor (la *joint venture* horizontal), *versus* detener a potenciales aspirantes al mercado. Esta ha sido una cuestión con la que empresas de los Estados Unidos han tenido que enfrentarse con frecuencia en el pasado [Harrigan, 1985: 34]. En los años 80 la diferencia estribaba en que

los potenciales socios eran firmas extranjeras competidoras que tenían ventajas rotundas de costes frente a las firmas estadounidenses. Estos intrusos no necesitaban crear *joint ventures* para entrar con éxito en el mercado. La cuestión para las empresas norteamericanas era si los avances tecnológicos debían ser bienvenidos o rechazados.

En el caso de la cooperación vertical el objetivo es disminuir la dependencia de extraños y burlar las imperfecciones del mercado. También pueden usarse para desarrollar industrias jóvenes. A veces los competidores aúnan esfuerzos para construir plantas de suministro más grandes, de forma que ninguna firma la podría utilizar sola para explotar las economías de escala, o para iniciar juntos como pioneros nuevos canales de distribución. Si una efectiva diferenciación del producto puede dar a las empresas ventajas sustanciales, los directivos optarán por *joint ventures* verticales. Lo harán porque el control de calidad depende de las buenas relaciones entre las diferentes etapas de producción. Además, los proveedores pueden formar una *joint venture* para mejorar la calidad de la materia prima o de los componentes para diseñar nuevos productos, o para apuntalar la posición de las firmas locales contra los importadores.

Los estudios realizados desde el punto de vista de que la *joint venture* es un medio de penetrar en los mercados que comienzan a industrializarse y en los que no existe una infraestructura previa, detectan muchas *joint ventures* verticales. Esta integración vertical es, a menudo, necesaria cuando una economía comienza a desarrollarse, como fue el caso de los ferrocarriles americanos en el siglo XIX. También son necesarias en industrias incipientes siempre que no exista una apropiada infraestructura, como fue el caso de los primeros años de la industria de los ordenadores personales. En consecuencia, las *joint ventures* verticales aparecen más en industrias incipientes y jóvenes economías.

Por último, en relación con las estrategias de diversificación, podemos citar que son utilizadas para ganar acceso al conocimiento, tecnología u otros recursos que la empresa busca, así como para entrar en nuevos negocios que no son los habituales de la firma y donde las barreras de entrada son tan altas que las empresas no pueden entrar solas. Las *joint ventures* de diversificación “relacionadas” pueden explotar alguna habilidad especial de sus copartícipes, como el marketing, I+D, la producción o la dirección.

No obstante en cualquiera de estos tres tipos, tanto los beneficios en general como las sinergias en particular, no pueden ser valorados hasta que no se establece una relación dinámica entre los copartícipes y la *joint venture* en su entorno competitivo.

Los directivos abrazan este tipo de alianzas cuando suponen que van a poder explotar las *joint ventures* con las empresas en las que participan al 100% o que pueden lograr economías de escala. Sin embargo estas ventajas no se consiguen a no ser que los sistemas de dirección sean los apropiados y que los co-venturers confieran a la *joint venture* suficiente autonomía para hacer frente a la competencia de manera efectiva.

En función del cariz de su cooperación desde el punto de vista de la competencia

Autores como Baptista y Durand [1991], o la propia Comisión de las Comunidades Europeas mediante desarrollo reglamentario de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma,

se hacen eco de la distinción entre *joint ventures* cooperativas y concentrativas en los siguientes términos:

- *Concentrativas*. Las grandes alianzas industriales suelen adoptar esta forma cuyo objetivo es constituir generalmente una empresa que tenga el tamaño suficiente como para resistir a la competencia y sea capaz de enfrentarse a los niveles de inversión necesarios, por ejemplo, en materia de I+D. La *joint venture* es a menudo el único procedimiento disponible para que las partes estén dispuestas a compartir su “fondo de comercio” y sacrificar parte del control. Por su parte, el Reglamento 4064/89 de 21 de diciembre de 1989 sobre control de concentraciones, establece que “una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni entre éstas y la empresa común constituirá una operación de concentración”.
- *Cooperativas*. Se dan en las industrias más diversas y sirven de marco para la investigación o la fabricación en común. También pueden tener como objeto centralizar algún tipo de función común como las ventas. En muchos casos los fundadores de esas *joint ventures* son los únicos que utilizan sus servicios. La industria química ha recurrido con frecuencia a ellas para crear unidades industriales de producción en base a los conocimientos de los copartícipes. Lo mismo ha sucedido con la industria automovilística para la fabricación de componentes, motores, etc. También ha recurrido a la fabricación en común la industria aeronáutica, como hemos visto en el caso de SNECMA. Por otra parte, el citado Reglamento que analiza la cuestión desde el punto de vista del derecho de la competencia, define las *joint ventures* de carácter cooperativo como aquellas que “tienen por objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que son independientes”.

Este es el criterio que se emplea en el ámbito del Derecho de la competencia comunitario, el cual se interesa por la concentración económica con independencia de la forma en que se produzca. Es frecuente que se relacione con la *joint venture* ya que como señala Miquel [1998: 57] “si consideramos una definición amplia de *joint venture* encaja en la práctica totalidad de conductas prohibidas o susceptibles de infringir las normas de defensa de la competencia”. Esta afirmación es válida en el contexto estadounidense, europeo y español⁵⁵.

Los peligros que puede acarrear un acuerdo de *joint venture* son, a grandes rasgos, la disminución de una competencia potencial entre las sociedades, la restricción de la entrada en el mercado de otros competidores y la eliminación de la competencia existente entre los sujetos que actúan en ese mercado. Sin embargo también pueden derivarse consecuencias positivas como el mejor aprovechamiento de los recursos, ya que los participantes emprenden conjuntamente proyectos que no iniciarían individualmente, bien por razones económicas, bien por razones técnicas.

⁵⁵ En la bibliografía aparecen citados numerosos artículos sobre las *joint ventures* y las leyes antitrust norteamericanas, así como estudios comparativos al respecto entre Europa y los EE.UU. Pese a que existen diferencias entre los distintos ordenamientos, la influencia norteamericana es notable en nuestro continente.

Para finalizar los comentarios sobre esta clasificación, hemos de mencionar que en la práctica la distinción entre *joint ventures* cooperativas y concentrativas no siempre es nítida [Baptista y Durand, 1991: 31], porque en ocasiones el acuerdo se encuentra entre la cooperación y la concentración. Por ello es más que cuestionable si la distinción es operativa o por el contrario genera una confusión añadida a la complejidad que por sí misma ya tiene la figura. Le Pera [1989: 72] cita a Huber y Börner⁵⁶ debido a que proponen como alternativa una división teórica al respecto ampliando a cuatro las dos categorías existentes. Incluyen en la clasificación las “predominantemente concentrativas” y las “predominantemente cooperativas”.

Aunque la Comisión ha construido un concepto amplio de *joint venture*, no podemos afirmar que sea muy convincente la distinción entre concentrativa y cooperativa, ya que tienen únicamente una función descriptiva y en la práctica son frecuentes los supuestos mixtos. Además no es fácil determinar el carácter cooperativo o concentrativo, pues los criterios no son excesivamente claros⁵⁷ como lo prueban las distintas aclaraciones y rectificaciones que ha hecho la Comisión. En ocasiones las propias partes que intervienen en el acuerdo han tenido dificultades para determinar qué tipo de relación han establecido desde el punto de vista de la competencia, hecho que genera un amplio grado de inseguridad. Pathack [1991: 183], propone prescindir de esta distinción ya que su juicio carece de sentido después de la entrada en vigor del Reglamento.

Sin embargo, aunque todas las clasificaciones anteriores puedan tener interés para ayudar a la construcción del concepto, ninguna de ellas es útil por separado para caracterizarlo jurídica o económicamente. En el ámbito del derecho la clasificación más útil es la que comentamos a continuación, porque de ella se derivan dos realidades jurídicas diferentes que se articularán de manera distinta⁵⁸.

En función del grado de formalización jurídica

Cambiando de criterio, y desde el punto de vista legal, las *joint ventures* pueden formarse a nivel puramente contractual, sin adquirir personalidad jurídica propia distinta a las de sus miembros, o puede culminar con la constitución de una empresa con forma social. En base a ello nos encontramos con las llamadas:

- *Joint ventures* contractuales o *Non-Equity joint ventures*: es un contrato por el cual dos o más empresas cooperan a un objetivo común, normalmente limitado en el tiempo, sin establecer una sociedad de capital, integrando recursos, capacidades organizativas etc.

⁵⁶ HUBER, U.; BÖRNER, B. (1978): *Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht*, Köln.

⁵⁷ Las dificultades conceptuales son reconocidas por la propia Comisión, la cual, en un informe al Consejo de fecha 28 de julio de 1993 sobre la aplicación del Reglamento sobre el control de concentraciones de 1989, reconoce que la distinción entre *joint ventures* concentrativas y cooperativas es una de las mayores dificultades para su aplicación.

⁵⁸ Esta cuestión será tratada ampliamente en el capítulo III, titulado “Expresión jurídica de la realidad económica”.

- *Joint ventures* societarias o *Equity joint ventures*: se constituye una sociedad de capital autónomo. Normalmente el instrumento jurídico más utilizado ha sido el equivalente a la Sociedad Anónima española, la *Company* inglesa, *Société Anonyme* francesa, *Aktiengesellschaft* alemana o la *Corporate* de EE.UU.

En el capítulo siguiente analizaremos más en detalle las implicaciones jurídicas de ambos tipos. Sin embargo no vamos a demorar el mencionar que, de nuevo, hemos encontrado diversos nombres usados indistintamente para referirse a lo mismo, por lo que creemos útil recoger en un cuadro todas las denominaciones localizadas para evitar confusiones o perplejidades.

Tabla II.10

<i>Joint venture contractual</i>	<i>Joint venture societaria</i>
Empresa conjunta	Sociedad conjunta
<i>Non-Equity joint venture</i>	<i>Equity joint venture</i>
<i>Unincorporated joint venture</i> o <i>Non incorporated joint venture</i> o <i>Joint venture without incorporation</i>	<i>Incorporated joint venture</i>
<i>Contractual joint venture</i>	<i>Joint venture corporation</i> o <i>Corporate joint venture</i>

Por último, nos parece indicado volver a mencionar tras este cuadro que las expresiones *equity* y *corporation* se refieren a la misma modalidad de *joint venture*, pero tratan de ideas diferentes. La expresión *equity joint venture* recoge el hecho de que se han realizado aportaciones de capital, mientras que el término *joint venture corporation* refiere la existencia, junto con los participantes, de una forma social dotada de personalidad jurídica.

En función de la existencia o no de la *joint venture* con carácter previo al proyecto

Altozano y Portero [2003: 236] señalan que el negocio conjunto puede ser el resultado de una inversión *ex novo* o de una adquisición, por parte de un inversor, de una participación en un negocio existente. También puede suceder que uno de los socios, titular de un negocio existente, opte por desgajar, escindir, una determinada rama de actividad para contribuir con ella al capital de una nueva entidad en la que participen otros inversores con otras aportaciones de distinta naturaleza.

De esta manera, aunque no existen diferencias en cuanto al resultado ni en cuanto a la estructura del negocio conjunto, optar por una u otra fórmula significará que el proceso mediante el cual los participantes realizan un análisis del negocio y de sus contingencias jurídicas, será necesariamente más extenso en el supuesto de la participación en un negocio ya existente.

En los supuestos de adquisición de una participación en un negocio ya existente será frecuente, además, encontrar cláusulas de manifestaciones y garantías más pormenorizadas tendentes a precisar, contractualmente, el alcance de la obligación del vendedor de responder por los vicios y defectos ocultos de la cosa vendida.

Criterio de la Norma Internacional de Contabilidad 31, (en función de aquello que se controle conjuntamente)

La Norma Internacional de Contabilidad 31 sobre “Participaciones en negocios conjuntos” distingue entre:

- *Actividades controladas conjuntamente*: “la puesta en explotación de algunas empresas coparticipadas implica sólo el uso de activos y otros recursos de los copartícipes, más que la constitución de una sociedad de capital o personalista u otra entidad, ni tampoco el establecimiento de una estructura financiera independiente de los copartícipes”. Los activos pasivos gastos e ingresos se reconocen en los estados financieros individuales del copartípite y “consiguientemente en los consolidados”, por lo que “no se precisan ajustes ni otras operaciones de consolidación con respecto a esas partidas al elaborar o presentar los estados financieros consolidados del copartípite”.
- *Activos controlados conjuntamente*: “algunas empresas coparticipadas suponen el control conjunto, y a menudo también la propiedad conjunta, por parte de los copartícipes, de uno o más activos aportados o adquiridos para cumplir con los propósitos de la empresa en participación”. En este caso tampoco tiene por que existir ni una forma societaria de cualquier tipo, ni el establecimiento de una estructura financiera independiente de los copartícipes, por lo tanto, sucede lo mismo que en el caso anterior. No se precisan ajustes de consolidación, puesto que todo está incluido en los estados financieros individuales del partípite.
- *Entidades bajo control conjunto*: “una entidad bajo control conjunto es una empresa coparticipada que implica la creación de una sociedad de capital, personalista u otra entidad similar en cuya propiedad cada copartípite toma una porción. La entidad opera de la misma manera que otras empresas, salvo por lo que se refiere al acuerdo contractual entre los copartícipes, que establece el control conjunto sobre la actividad económica desarrollada”. El constituir una entidad legal supone que puede contratar en su nombre, demandar y ser demandado, pedir préstamos, etc.

El objeto de nuestro estudio lo constituye realmente el tercer tipo que recoge la NIC, las *entidades controladas conjuntamente* aunque los tres tipos de *joint venture* pueden mezclarse en la práctica. Por ejemplo, una actividad que se controle de forma conjunta y parte de su actividad se realice en el extranjero, puede necesitar fuera del país una entidad que se controle conjuntamente. Además y debido a sus características, la distinción de tratamiento contable entre los dos primeros tipos no es significativa para el partípite.

Los dos primeros tipos de empresa conjunta pueden ser tratados juntos. Por ejemplo, una *joint venture* puede entregar un producto que no es pagado al contado. Esta deuda que mantiene el cliente con los copartícipes es para ellos un activo controlado conjuntamen-

te. También puede suceder que llegado a un punto, las operaciones controladas conjuntamente, necesiten de un activo que ninguno de los copartícipes posee, lo cual no crea ninguna diferencia sustancial para los intereses de los miembros, excepto que contablemente ahora son propietarios conjuntos de un activo.

Esta clasificación tampoco es adecuada para el propósito de nuestra tesis. A excepción de la tipología realizada en función del grado de formalización jurídica, que sí nos será de utilidad, el resto de clasificaciones se basan en aspectos descriptivos y accesorios de la relación como sintetizamos a continuación:

- El objeto al que dedican sus actividades tiene simplemente un valor descriptivo e histórico que no se agota con la enumeración que hemos escogido. Además, pueden existir empresas que se dediquen a la explotación minera, petrolera, construcción, etc. y que no sean *joint ventures*.
- La situación es parecida en cuanto al criterio en función de la naturaleza jurídica de sus participantes, Estados o particulares. Sólo indica las combinaciones posibles de sujetos participantes en una *joint venture* pero no es algo exclusivo de la misma. Los particulares pueden establecer una gran variedad de relaciones que no tienen la consideración de empresas o sociedades conjuntas, y lo mismo sucede entre los Estados y entre los particulares y los Estados.
- En cuanto al contexto económico en el cual se desarrollan, cabe mencionar que la *joint venture* ha sido ampliamente utilizada en vías de desarrollo por imposición de los gobiernos locales, pero no es menos cierto que, con el correr del tiempo y el desarrollo de las economías, estos gobiernos son cada vez más permeables a la inversión extranjera cualquiera que sea el porcentaje de participación foráneo en las empresas sitas en sus países.
- El hecho de que la relación entre dos empresas sea horizontal, vertical o de diversificación, puede darse tanto para una *joint venture* como para filiales de plena propiedad, por ejemplo, por lo que es un criterio descriptivo pero no diferenciador de este tipo de asociación empresarial.
- Por último el criterio de la Comisión que distingue entre alianzas cooperativas y concentrativas, aunque se ha aplicado a la *joint venture* de manera específica, no es privativo de estas alianzas, ya que por ejemplo, en el Reglamento 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre sobre el control de operaciones de concentración entre empresas, define el concepto de concentración de manera general pudiendo ser aplicado tanto a las fusiones como a las empresas comunes.

En consecuencia vamos a proponer un criterio que recoja el fondo económico de una operación de *joint venture* o, en otras palabras, la razón o razones que han motivado la formación de la alianza desde el punto de vista de cada copartícipe.

En función del fondo económico de la operación

Los socios de una *joint venture* han podido realizarla con el objetivo de:

- Obtener tecnología especializada.
- Conseguir capacidad de organización.

- Formar o suministrar recursos humanos.
- Lograr financiación.
- Introducirse en nuevos mercado.
- Disminuir de la competencia existente en el mercado entre los socios.
- Garantizar el suministro de materias primas.
- Ampliar la capacidad de la empresa para realizar algún proyecto que no se podría lograr por separado.
- Limitar el riesgo.

Algunos de los motivos anteriores, en teoría, pueden obtenerse de otras formas. Se puede realizar una fusión o una absorción para asegurarse la provisión de materias primas, si el país en el que se encuentran lo permite. Se puede pedir un préstamo o emitir un empréstito para obtener financiación. En ocasiones es posible comprar tecnología, aunque no siempre es tan sencilla su transferencia. Por el contrario la capacidad de organización o el saber inherente a los recursos humanos de una empresa no se pueden comprar, y lo mismo sucede con todas las habilidades necesarias para introducirse en un nuevo mercado, contactos, conocimiento de los procedimientos burocráticos, sus peculiaridades, etc.

Por ello, cuando se crea una joint venture para conseguir alguno de estos objetivos, significa que no existe otra relación de intercambio posible mediante la cual se puedan obtener, no se pueden comprar, no existe un mercado, y por ello si se desea conseguir ese activo hay que renunciar a la mitad del control de la operación. Compartir el control porque no queda otro remedio, es lo característico de la empresa o sociedad conjunta. Debido a que son elementos de difícil o imposible consecución porque no existe un mercado, sólo se podrá conseguir compartiendo el control en pie de igualdad y aportando a la operación otro activo que se encuentre en las mismas circunstancias, es decir, que no pueda ser adquirido en el mercado.

Lo anterior constituye la idea que se desarrolla ampliamente en la segunda parte de la tesis "Planteamiento Económico y Contable", por lo que no nos extenderemos aquí. Es la clasificación que nos parece más acertada en términos económicos, ya que recoge la esencia del intercambio entre las partes como la razón última para formar una *joint venture*. Además, es la más útil para los propósitos que se persiguen en esta tesis.

5. DEFINICIÓN DE *JOINT VENTURE*

Una vez expuesto todo lo anterior, lo primero que podemos concluir es la heterogeneidad del uso del término *joint venture* en la práctica, o en otras palabras que al término *joint venture* no le corresponde un único significado.

En los círculos del *common law* la locución se refiere a una forma social concreta, mientras que en la práctica del comercio internacional consiste en una modalidad de cooperación entre empresas que no se vincula a un tipo social específico y que entra en el ámbito de la inversión directa. En consecuencia, la definición variará según estemos hablando de la praxis estadounidense o de la europea y según estemos hablando en sentido amplio o queramos definir un tipo concreto.

Otra complicación para enunciar un concepto único radica en que, tanto por sus peculiares características como por el hecho de estar entre la cooperación y la concentración, tiene un atractivo que hace que nos podamos acercar a ella desde varios puntos de vista normalmente representados por distintos sectores del ordenamiento que tienen razón de ser diferente y responden a unos principios no coincidentes: las normas relativas al Derecho de la competencia, las que regulan los grupos de sociedades, normativa de carácter contable o fiscal o las propias disposiciones que regulan los tipos societarios elegidos para desarrollar el acuerdo.

También podemos estudiar el concepto desde distintos puntos de vista dentro del ámbito de la economía y la empresa. Por último, la flexibilidad de la relación y la multiplicidad de maneras de plasmarse jurídicamente, dificultan la unicidad del concepto.

Pese a las variaciones mencionadas, hay coincidencia en señalar algunos elementos que deben estar presentes para concluir que estamos ante un acuerdo de este tipo, como son los de:

- Puesta en común de una serie de bienes o industria para el proyecto conjunto. El socio hace una aportación importante con arreglo a sus capacidades propias, lo que constituye el motivo de su elección como tal. La contribución puede ser en términos de colaboración técnica, experiencia de mercado, apoyo financiero o adquisición de variados recursos que difícilmente una sola empresa puede poseer.
- Control conjunto del negocio o actividad para el que han sido aportados los bienes anteriores⁵⁹.

⁵⁹ Un artículo anónimo publicado en la *Harvard Law Review*, (Vol. 78, 1964, pp. 393 y ss) bajo el título *Joint Venture Corporations: Drafting the Corporate Papers*, comenta el resultado de una encuesta realizada a unas 250 sociedades de capital (*corporations*). Destaca como atributos de la *joint venture* la copropiedad, la coadministración y una estrecha cooperación.

Estos rasgos nos remiten a un concepto amplio que puede plasmarse o no en una forma social de las existentes en los distintos ordenamientos. Tanto desde el punto de vista internacional como desde la perspectiva del Derecho estadounidense, el carácter tan general de los elementos que caracterizan a la figura, supone a la vez sus mayores ventajas e inconvenientes. En primer lugar, porque permite escoger entre un amplio abanico de instituciones típicas para llevar a cabo el acuerdo⁶⁰. En segundo lugar, porque su heterogeneidad, consecuencia de su generalidad, dificulta notablemente el estudio sistemático. A partir de aquí podemos ir añadiendo elementos a la definición. La puesta en común de bienes o industria que van a ser controlados conjuntamente:

- Supone una integración parcial de las actividades de los socios [Defalque, 1978; Brodley, 1982; OCDE, 1986; Korah, 1988; Turiati, 1990], ya que si no, la operación sería un simple acuerdo, y serían innecesarias previsiones legales al respecto. No es una integración total, como una fusión, porque no se ponen en común todos los recursos ni desaparece uno de los participantes.
- Y tiene como fin el ejercicio de una actividad común [Pappalardo, 1990], económica y productiva [Turner, 1981] concreta [Hall, 1984], la cual crea nuevas capacidades de empresa en forma de nueva capacidad productiva, nueva tecnología, nuevo producto o la entrada en nuevos mercados [Brodley, 1982].
- Respecto al resultado de la actividad común existe tanto el derecho a compartir el beneficio como el deber, explícito o implícito de compartir las pérdidas⁶¹.

Desde el punto de vista jurídico la definición debe incluir el origen contractual de la *joint venture* que se articula en torno a un acuerdo base y a unos contratos satélites⁶². No precisa quedar estructurada de forma corporativa [Herzfeld, 1989], aunque puede desembocar en la creación de una sociedad, por lo que podemos disociar la empresa de su forma social.

Una *joint venture* no siempre se amoldará a uno de los *corsés* societarios existentes, pero siempre será una empresa⁶³ porque es una organización económica que une factores de producción. No obstante, aunque no tiene que existir una sociedad, siempre existirá una estructura organizativa mínima que garantice la coordinación de la actividad de los asociados y discipline la distribución de poderes, así como la responsabilidad entre ellos.

Hasta aquí menos ido construyendo una definición atendiendo a las características de la *joint venture*, sin embargo para que sea completa hay que mencionar algunos rasgos sobre los copartícipes:

⁶⁰ Sobre esto ahondaremos en el capítulo III “Expresión Jurídica de la Realidad Económica”.

⁶¹ Aparece recogido, por ejemplo, en la sentencia del caso *Shain Investment Co. v. Cohen*, 15 Mass. App Ct. 4, 9, 443 n.e. 2d 126, 130 (1982).

⁶² La regulación jurídica de la *joint venture* se trata con mayor profundidad en el capítulo III “Expresión jurídica de la realidad económica”.

⁶³ Hemos comentado las diferencias entre empresa y sociedad mercantil siguiendo a Larriba [1982] dentro del capítulo I en el apartado 2 “Aproximación semántica al concepto de *joint venture*”.

- La *joint venture* está formada por un número reducido de socios [Hezfeld, 1989; Wächterhäuser, 1992⁶⁴], normalmente dos o como máximo tres, aunque puede haber excepciones.
- Los socios pueden ser personas físicas o jurídicas [Díaz de Zárate, 1987], públicas o privadas. Aunque lo normal en el contexto internacional es que sean sociedades o entes públicos por la envergadura de los proyectos⁶⁵.
- Los copartícipes no están relacionados por ningún tipo de control [Brodley, 1982].
- Mantienen su autonomía económica e independencia operativa y jurídica al margen de la *joint venture* [Dabin, 1979; Chuliá y Beltrán, 1989, 1999].

Antes de concluir enunciando una definición propia, vamos a mencionar algunos elementos que están presentes en otras definiciones con los que no estamos de acuerdo, con los que no existe unanimidad en la literatura y otros que entendemos irrelevantes.

El primero es la limitación temporal de la actividad. Mientras que Herzfeld [1989] o Friedman y Kalmanoff [1961], opinan que el objeto de la *joint venture* no está necesariamente limitado en el tiempo, autores como Díaz de Zárate [1987], afirman que estas alianzas se estructuran por un periodo de tiempo perfectamente limitado.

En nuestra opinión lo que está perfectamente limitado es el objeto, ya que las partes integran parcialmente sus actividades para un lograr un propósito específico, pero no el tiempo de su ejecución. En consecuencia, la *joint venture* puede usarse tanto para un proyecto limitado en el tiempo como para aquellos otros sin plazo específico de finalización⁶⁶. Herzfeld [1989] indica que las *joint ventures* que adoptan una forma social tienen a tener una duración indeterminada, mientras que las contractuales no, sin que esta afirmación quede suficientemente demostrada.

El segundo consiste en la consideración como elemento necesario para la existencia de *joint venture*, de que las sociedades participantes estén en situación de potencial competencia entre ellas. En ocasiones se utiliza este tipo de alianza para abordar nuevas actividades, caso en el que no se da esa condición. Como ejemplo de lo anterior podemos citar el caso de la sociedad conjunta Vetro SpA dedicada a la producción y venta de vidrio⁶⁷; mientras que una de las sociedades “madres” Pilkinton plc, se dedicaba a la fabricación, distribución y comercialización de vidrio, entre otras actividades afines, la otra, Techint Financiaría SrL, no se dedicaba a esa actividad sino a la fabricación y producción de acero, ingeniería y construcción, ingeniería mecánica, petróleo y gas, por lo que no estaba en situación de potencial competencia con la primera.

⁶⁴ Citado por Esteban [1999: 16].

⁶⁵ Esta cuestión ha sido comentada con anterioridad en el punto 3 “Rasgos adjetivos”, por lo que no nos extendemos aquí.

⁶⁶ Hemos hecho algunos comentarios sobre el tema en el punto 3 “Rasgos adjetivos” de éste capítulo, al hablar de la “ocasionalidad”.

⁶⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Asunto n° IV/M.358 — Pilkington-Techint/SIV, Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1993 por la que se declara la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración. DOCE L n° 158 de 25/6/94, pág. 24 y ss.

Cuando las *joint ventures* se utilizan para instrumentar procesos de privatización, tampoco cumplen los socios la condición de ser potenciales competidores. Para ilustrar esa casuística citaremos el caso de la empresa de Alemania del Este *Mitteldeutsche Kali MdK*⁶⁸ dedicada a la potasa y la sal gema. Ésta entró en un proceso de privatización para poder hacer frente a los cambios del entorno y se convirtió en una sociedad conjunta, participada en un 51% por la sociedad de Alemania Federal *Kali und Salz AG* dedicada a la producción de potasa, sal y sus productos relacionados y en un 49% por la sociedad *Treuhandanstalt*, dedicada a reestructurar las antiguas empresas estatales de la antigua República Democrática Alemana para hacerlas competitivas y privatizarlas. Los copartícipes nunca estuvieron en situación de competencia potencial.

El último elemento está relacionado con las diferentes funciones que puede realizar una empresa. Creemos que no es acertado limitar el concepto de *joint venture* a los casos caracterizados por la existencia de una completa organización empresarial para la realización autónoma de beneficios, quedando fuera del concepto, modelos de cooperación en los que a la *joint venture* corresponde sólo una función parcial respecto a las sociedades que participan en el proyecto, como por ejemplo la adquisición de materias primas, el marketing o la investigación y el desarrollo.

La empresa o sociedad común existe como una entidad separada de los partícipes [Brodley, 1982], sin embargo puede integrar el conjunto de los estadios de una empresa, I+D, fabricación, comercialización y compra o de una parte solamente. Este fue el caso de la empresa *Autoeuropa*, una *joint venture* llevada a cabo por *Ford Europa Incorporated* y *Volkswagen AG*⁶⁹ que no era una empresa independiente con todas las funciones, porque su objeto era el diseño y la fabricación de un vehículo polivalente, mientras que la comercialización fue llevada a cabo por cada uno de los socios de forma independiente.

Por último, uniendo todos los elementos citados con anterioridad podemos estructurar la siguiente definición conceptual de lo que es, a nuestro juicio, una *joint venture* en términos económico-jurídicos:

Una joint venture es una empresa de origen contractual controlada conjuntamente por un número reducido de socios que integran parcialmente alguna de sus actividades, dentro o fuera de un concreto marco social, con el fin de acometer un negocio en común determinado, económico y productivo; capaz de crear nuevas capacidades de empresa en forma de nueva capacidad productiva, nueva tecnología, nuevo producto o la entrada en nuevos mercados.

Para ello, cada socio hace una aportación importante de bienes o industria con arreglo a sus capacidades propias, lo que constituye el motivo de su elección como tal, con objeto de dotar a

⁶⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Asunto n° IV/M.308 — *Kali +Salz/MDK/Treuhand*, Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo. DOCE L n°186 de 21/7/94, pág. 38 y ss.

⁶⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, IV/33.814 — *Ford/Volkswagen*, Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE. DOCE L n° 20 de 28/1/93, pág.14 y ss.

la joint venture de variados recursos que difícilmente una sola empresa podría poseer. La aportación lleva aparejado el derecho a compartir el resultado.

Los socios pueden ser personas físicas o jurídicas, aunque lo normal en la praxis internacional es que sean sociedades —privadas o entes públicos—, que no están relacionados por ningún tipo de control entre ellas y que mantienen intacta su autonomía económica e independencia operativa y jurídica en el ámbito que escapa al proyecto común.

6. LA *JOINT VENTURE* FRENTE A OTROS TIPOS DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS

El concepto de *joint venture* está ligado al de crecimiento empresarial. En general las decisiones estratégicas buscan que la empresa gane cuota de mercado año tras año, es decir, su objetivo final es el crecimiento. Además, el entorno empresarial en la actualidad se caracteriza por una dinámica económica sometida a cambios constantes. En esta situación de creciente competencia internacional, el ritmo del cambio puede ser superior a la velocidad de respuesta en la adaptación de las empresas al nuevo entorno como en este contexto, la calidad, la capacidad de reacción y la información son factores muy importantes, es preciso dotar a la empresa de unas estrategias que le permitan la anticipación al cambio, la adaptación a las nuevas reglas de juego del mercado y la consecución de una posición fuerte frente a la competencia.

La opciones estratégicas que las empresas tienen a su alcance son básicamente de dos tipos: las que hacen referencia a la búsqueda de una mejor posición competitiva para el producto (buscando nuevos mercados, desarrollando nuevos productos, o a través de la diversificación), y las que se refieren a las posibilidades de crecimiento que la empresa tiene a su alcance.

Si nos centramos en las segundas, el crecimiento empresarial ha sido un concepto muy interrelacionado con la búsqueda de ventajas competitivas, por lo que la literatura coincide al señalar que, entre los objetivos estratégicos más comunes del crecimiento, se encuentran:

- Adquirir mayor poder sobre el mercado que permita tener una posición fuerte y defendible.
- Adquirir recursos complementarios.

Junto a lo anterior se pueden identificar otro tipo de objetivos implícitos, como los obtenidos por las ventajas de la diversificación en tiempos de incertidumbre competitiva, los que se derivan de la expansión a mercados emergentes en épocas de saturación de mercados o los efectos sinérgicos que conlleva la internacionalización.

Todo ello promueve que las empresas busquen la integración de sus actividades para la consecución de mayor capacidad productiva con el objetivo de crecimiento. Este crecimiento por parte de la empresa puede ser de dos tipos:

- Interno, basado en el desarrollo de productos y de mercados, generando nuevas inversiones en el seno de la empresa a través del consumo de recursos internos. Este tipo de crecimiento modifica la estructura de la empresa y crea una capacidad productiva nueva dentro de ésta, por ejemplo expandiendo su red de ventas,

abriéndose a nuevos mercados mediante la instalación de una planta de producción o aumentando la capacidad de una existente.

- Externo, logrado mediante la adquisición, participación y control de otras empresas. En éste realmente no se genera una nueva inversión, salvo que se necesite financiación externa para atender al precio de los derechos de propiedad de la empresa participada o controlada.

Aliouat [1993: 25] representa lo anterior mediante el siguiente cuadro:

Tabla II.11

<i>Crecimiento</i>	Interno	<ul style="list-style-type: none"> – Creación de una nueva entidad 	<ul style="list-style-type: none"> – Acuerdos contractuales – Creación de una estructura común
	Externo	<ul style="list-style-type: none"> – Toma de participación – Toma de control – Adquisición – Absorción 	<ul style="list-style-type: none"> – Participaciones cruzadas – Adquisición conjunta – Fusión
		Autónomo	Cooperativo
<i>Tipo de acción</i>			

Menguzzato y Renau, [1991: 279] citan las siguientes ventajas del crecimiento externo frente al interno:

- Permite alcanzar un rendimiento más rápido que en el caso de realizar una inversión en la propia empresa. Esta ganancia de tiempo es particularmente importante en el marco de un entorno con grandes e imprevisibles cambios.
- Permite incrementar la participación de la empresa en el mercado sin crear una sobrecapacidad potencial. Es éste un aspecto particularmente importante en sectores muy competitivos.
- A veces, es el único medio de adquirir activos materiales, inmateriales o humanos para los cuales no existe mercado, o de entrar en determinados mercados.

Pese a sus ventajas, éste tipo de crecimiento no está exento de dificultades, que pueden provocar bajos resultados, Chevalier [1979: 34], menciona los siguientes:

- Resistencia al cambio que produce el tipo de estrategia elegida, problemas estructurales y culturales de la organización derivados de los recursos humanos.
- Dificultades de tipo jurídico, fiscal, administrativo y contable, como por ejemplo la valoración de la sociedad objetivo.

Vamos a comparar la *joint venture* con ciertas formas de concentración sin ánimo de agotar el tema, tratando de determinar si alguna de estas operaciones podría auspiciar dichas alianzas.

Para ello hemos relacionando en el siguiente cuadro la clasificación de Mintzberg [1997: 359] y la de Bueno [1996: 365-372] con objeto de resumir la modalidades de crecimiento externo y las estrategias que puede seguir una empresa para entrar y controlar.

Tabla II.12

		PROPIEDAD		
		TOTAL	PARCIAL	NO EXISTE
CONTROL	TOTAL	DESARROLLO INTERNO DESARROLLO EXTERNO INTEGRACIÓN DE SOCIEDADES (Pérdida de personalidad jurídica) — Fusión propia — Fusión por absorción — Aportación parcial de activos	No existe	No existe
	PARCIAL	No existe	DESARROLLO EXTERNO PARTICIPACIÓN EN SOCIEDADES (Sin pérdida de personalidad jurídica) — Filial de plena propiedad — Mayoría, minoría (Bolsa, OPA) — <i>Joint venture</i> ASOCIACIÓN DE EMPRESAS (Sin pérdida de personalidad jurídica) — Permanente: cartel, trust,... — Temporal: UTE,...	Licencias Franquicias

La joint venture y la fusión transfronteriza

La llamada fusión transfronteriza se opone a la fusión interna atendiendo al aspecto territorial de la fusión. Tanto si va a realizarse una fusión por absorción, o una fusión por constitución, consideraremos interna la fusión que se lleva a cabo por sociedades sometidas a una misma legislación, y transfronteriza en caso contrario. Hemos optado por esta última denominación debido a que las *joint ventures* son fundamentalmente y en la práctica de tipo internacional. Los elementos básicos característicos son cuatro:

- Las sociedades intervinientes en el proceso están sometidas a dos o más legislaciones.
- Desaparición al menos de una de las sociedades fusionantes.
- Transferencia universal del patrimonio a la sociedad absorbente, sin liquidación.
- Remuneración a los accionistas de la o de las sociedades absorbidas con la emisión de acciones de la sociedad absorbente, con una compensación eventual.

Como vemos exige una verdadera unidad social, lo que a priori ya la va a diferenciar de aquéllas fórmulas que sólo necesitan el ánimo de cooperar.

Es cierto que la fusión transfronteriza por creación y en ocasiones la *joint venture*, pueden acabar constituyendo una sociedad dotada de personalidad distinta a las sociedades constituyentes, pero por contra, no existe transmisión de patrimonio a título universal, se extinguen las sociedades constituyentes, y no existe un control conjunto de esta nueva sociedad, por lo que nunca será un procedimiento válido para formar una *joint venture*.

La joint venture y la aportación parcial de activos o fusión parcial

Por otro lado, dentro de las fusiones existe otra forma de colaboración que puede ser transfronteriza y que se denomina “fusión parcial”. Este tipo de operaciones consisten en el traspaso de parte del patrimonio de las sociedades madres al control otra sociedad, la beneficiaria, de activos como por ejemplo una división técnica, una filial especializada o una rama de actividad, de manera que la cedente es remunerada con títulos del capital de la beneficiaria.

La NIC 31 sobre empresas conjuntas recoge una forma específica de *joint venture*, que consiste en activos controlados conjuntamente, pero no debemos confundir el caso de la NIC con la aportación parcial de activos. Las similitudes con la fusión parcial consisten en la existencia de unos activos que se traspasan, sin embargo las diferencias son notables, debido a que en la *joint venture*:

- Se ejerce el control conjunto de esos activos.
- Habitualmente no existe ninguna remuneración en forma de títulos representativos del capital.

Podría considerarse que la creación de una sociedad conjunta supone una fusión parcial de las sociedades copartícipes. Miquel [1998: 132], recoge que esta idea ya fue “apuntada por la jurisprudencia estadounidense, fue recogida por la doctrina europea, y fue la base del actual concepto de *joint venture* o empresa común de carácter concentrativo recogido en el Reglamento 4046/1989 sobre control de concentraciones”.

En España la normativa que regula las fusiones está más pensada para la Sociedad Anónima, que para otro tipo societario, por lo que la doctrina jurídica española ha tratado el tema desde ese punto de vista, en el contexto de las denominadas fusiones impropias⁷⁰.

Joint ventures frente a filiales de plena propiedad

Las empresas conjuntas internacionales se suelen interpretar como una opción organizativa para combinar los inputs productivos para los que no existe un mercado externo [Hennart, 1991]; por una parte el conocimiento del mercado que posee una empresa asen-

⁷⁰ Se considera que existe una fusión impropia, cuando no se cumplen todos los requisitos legales de una fusión. Esta expresión viene a contraponerse a lo que podríamos denominar fusión legal, que incluye tanto la fusión por creación, o fusión propiamente dicha, como la fusión por absorción.

tada en el país de destino de la inversión y, por otra, las experiencias y habilidades en la producción y comercialización de un tipo de producto desarrolladas por la empresa que se expande.

En la línea de este planteamiento las empresas conjuntas han sido analizadas como una opción alternativa a la creación de filiales de plena propiedad en los estudios de Buckley y Casson [1988], Gatignon y Anderson [1988], Gomes-Casseres [1989], Hennart [1991], Padmanabhan y Cho [1996], López Duarte y García Canal [1996], y Hennart y Reddy [1997], o frente a la adquisición de empresas ya establecidas en el país de destino, que es otra forma de acceder a ese conocimiento de la inversión Caves y Mehra [1986], Kogut [1988] y Wilson [1980]. En general, se señala que existen dos fuerzas contrapuestas en la decisión de crear o no una empresa conjunta: de un lado, la necesidad de obtener recursos de otros socios (en este caso específico el conocimiento del mercado local), que conducen a la creación de las mismas; y de otro, el deseo de la empresa que se expande de proteger los activos que son la base de sus competencias distintivas, lo que lleva a la creación de filiales de plena propiedad o la adquisición de otras entidades.

La joint venture y la Oferta Pública de Adquisición (OPA)

La Oferta Pública de Adquisición es un medio común para realizar una concentración, consistente en la compra sistemática y pública de los títulos, de la sociedad que se pretende adquirir de forma que la sociedad adquirente puede obtener el control parcial o total de la adquirida o incluso integrar esta última en su estructura. Pudiera parecer semejante a una fusión desde el punto de vista económico, aunque no jurídico, sin embargo realmente la OPA es una adquisición que pone en juego las relaciones de dominio. Como no se ejercita en general el control conjunto, no puede ser confundida con una *joint venture*.

No obstante, podría darse el caso de que a través de que un acuerdo contractual de *joint venture* se lleve a cabo mediante la compra de acciones de una sociedad preexistente por parte de los socios copartícipes, en ese caso y dado que en contrato se establece el control conjunto, podría hablarse de una *joint venture*.

7. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE ACTUAR MEDIANTE UNA *JOINT VENTURE*

Ventajas

Una de las claves que impulsan a establecer *joint ventures* es la creencia de que la transferencia de gestión, tecnología y de experiencia entre los partícipes redundará en mutuas ventajas. Las empresas o sociedades conjuntas pertenecen a dos “categorías”, la de “objetivos comunes” y las de “intercambios mutuamente beneficiosos”. La de objetivos comunes es habitualmente una empresa cuya característica singular requiere el activo complementario de la otra, o en la que dos características singulares se complementan entre sí. El intercambio mutuamente beneficioso se produce cuanto cada uno de los asociados tiene una habilidad, una información o una experiencia que resulta de valor para otro. Aunque la mayor parte de las *joint ventures* contienen elementos de ambos tipos, el equilibrio entre los dos varía considerablemente.

Las ventajas incluyen el compartir los riesgos y costes de un proyecto que no podrían realizar por separado los socios de la *joint venture*. Esta característica es particularmente importante, por ejemplo en áreas de I+D, exploración y explotación de recursos naturales y grandes proyectos de ingeniería y construcción.

Otras ventajas podemos encontrarlas en la creación de economías de escala, racionalización y especialización. Para pequeñas y medianas empresas, las *joint ventures* ofrecen la posibilidad de actuar conjuntamente para saltarse las barreras de entrada a un nuevo mercado o para competir de manera más eficaz en el que se encuentran.

A continuación enumeramos las principales ventajas potenciales que buscan los socios de una *joint venture*:

- Limitación del riesgo.
- Limitación de la inversión.
- Alcanzar economías de escala y sinergias.
- Ganar tiempo respecto a los competidores.
- Incrementar las capacidades y competencias de los socios sin necesidad de desarrollar nuevos recursos y habilidades.
- Rodear obstáculos y vencer prejuicios nacionalistas.

Limitación del riesgo

El beneficio de la limitación del riesgo es la ventaja más obvia y aparece tratado ampliamente en diversos estudios empíricos. Ferguson [1981]⁷¹ encontró una correlación posi-

⁷¹ Citado en el informe de la OCDE “Competition Policy and Joint Ventures”.

tiva entre la disminución del riesgo en una industria y el uso de la *joint venture* como forma preferida de entrada en la misma⁷².

El compartir el control conlleva limitar la responsabilidad total en caso de fracaso. En cierta medida esto puede ser reducido con subcontratas, pero normalmente no se consigue sino cargar con las consecuencias de los posibles fracasos de las subcontratas individuales. Cuando una *joint venture* trata de introducir una gama de productos en un país a través de la producción local, el inversor del país extranjero puede adquirir la transferencia de los derechos de propiedad industrial y *know how* tecnológico a cambio de proveer la maquinaria y los componentes, o con la entera contribución del dinero necesario para el proyecto. Esto obviamente limita el riesgo financiero del inversor.

Limitación de la inversión

Uno de los riesgos que se limitan con una *joint venture* es el riesgo financiero asociado a la misma. Por un lado se comparten los costes fijos del proyecto, lo cual es atractivo en sí mismo especialmente en aquellos proyectos que requieren cuantiosas necesidades de financiación, como por ejemplo los proyectos de explotación minera o petrolera. Por otro lado resulta muy interesante si se da el caso de una inversión hecha en un país donde existen, bien realmente, bien en potencia, problemas de controles de cambio que puedan afectar a la posible repatriación de capitales. El precio a pagar por esta limitación puede ser abandonar el control ante la necesidad de inversión adicional futura. En el caso de las *joint venture* dedicadas a I+D la limitación de la inversión además reduce el coste social de duplicar los esfuerzos investigadores.

Alcanzar economías de escala y sinergias

Esta cuestión está relacionada con la reducción de costes y la mejor concepción de las instalaciones de producción. Asimismo un objetivo que puede ser muy importante es que los precios de cesión sean más bajos que los que se obtendrían de un productor independiente [Costet, 1985: 761].

Ganar tiempo respecto a los competidores

Actuar mediante una *joint venture* puede significar la entrada a tiempo a un mercado, ya que la puesta en común de las fortalezas y habilidades de cada socio permite disminuir considerablemente el tiempo de respuesta ante cambios en el entorno. Este hecho es muy positivo en el actual entorno económico.

⁷² Hemos hablado ya de la disminución de riesgo como uno de los rasgos adjetivos dentro del apartado 3 de este capítulo. Volveremos sobre el tema en el apartado 2 del capítulo V de la segunda parte, por lo que no nos extenderemos más aquí.

Incrementar las capacidades y competencias de los socios sin necesidad de desarrollar nuevos recursos y habilidades

Una empresa puede tener la habilidad técnica pero no la financiera, y así una *joint venture* entre ésta y otra parte financieramente fuerte puede ser la solución. O también puede suceder que las dos partes tengan fortalezas técnicas distintas cuya combinación sea esencial para la realización del proyecto en el que ambas están interesadas. En acuerdos internacionales, dejando a un lado la cuestión de los prejuicios nacionalistas, la parte extranjera puede obtener los beneficios de los contactos de la empresa local, y también puede acceder más rápidamente a la información a la que tiene mejor entrada el socio local.

Rodear obstáculos y vencer prejuicios nacionalistas

En algunos países, y no únicamente en los menos desarrollados, las compañías poseídas en su totalidad por inversores extranjeros, o no están permitidas en absoluto, o están sujetas a aprobaciones previas difíciles de obtener a pesar de que exista una necesidad para el país de cierta inversión extranjera que sólo se realizará si su control está en manos extranjeras. Esas restricciones pueden variar entre diferentes industrias, especialmente si hay una imposición administrativa en vez de una ley general. Junto a lo anterior las *joint ventures* permiten rodear los obstáculos que supone introducirse en un mercado desconocido actuando conjuntamente con un socio local.

Inconvenientes

A pesar de los usos potenciales y las ventajas que se derivan del uso de las *joint ventures*, éstas en ocasiones funcionan mal y crean problemas. Algunos de los inconvenientes son debidos a la relativa inexperiencia de las empresas en el uso de estas alianzas, otros se deben en parte a la ignorancia de los gobiernos en relación a esta opción estratégica así como a políticas comerciales poco realistas y finalmente también crean problemas los socios copartícipes que no pueden o saben dirigir la *joint venture* de manera efectiva.

Como ejemplo podemos señalar los siguientes inconvenientes:

- Problemas derivados de la aplicación de las leyes *antitrust* o del Derecho de la competencia.
- Conflictos de soberanía.
- Pérdidas de autonomía y control en la toma de decisiones y estilos de dirección.
- Pérdida de la ventaja competitiva por rigidez estratégica.
- Efectos a posteriori en la imagen de los socios de un fracaso.

Problemas derivados de la aplicación de las leyes antitrust o del Derecho de la competencia

Debido a que los legisladores no pueden prever los cambios tecnológicos que van a suceder en sus borradores de ley, las políticas relacionadas con la regulación económica deben ser dinámicas. Tanto en Europa, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, como en EE.UU., la vinculación entre las *joint ventures* y el Derecho de la competencia ha

sido profusamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia. Los problemas fundamentales pueden sintetizarse en la potencial creación de una posición dominante, o en la mera posibilidad de restricciones a la competencia que podrían derivarse de un acuerdo de estas características.

Países industrializados como los Estados Unidos, han reforzado estrictas leyes *antitrust* que prohibían las estrategias de tipo cooperativo cuando parecían funcionar como monopolios o empleando prácticas colusivas. La relación entre las *joint ventures* y el Derecho de la competencia (*antitrust*) se remonta en EE.UU. a finales del siglo XIX. Así en la segunda mitad del siglo XX, la jurisprudencia norteamericana ha dado diversas definiciones de *joint venture* al resolver litigios relacionados con esta normativa. Hasta 1984 las autoridades *antitrust* preferían tratar muchas formas de estrategia cooperativa como si los socios se hubieran fusionado. A finales de 1984 los oficiales *antitrust* indicaron que las *joint ventures* eran tolerables, incluso entre competidores en mercados altamente concentrados, si las ganancias en la eficiencia compensaban el daño a la competencia derivado de tales acuerdos.

En Europa el Derecho de la competencia es el equivalente a las leyes *antitrust* estadounidenses y se ve influenciado por éstas últimas. Es digno de mención que en el contexto del Derecho comparado el ámbito del Derecho de la competencia es, dejando de lado algunas normas contables, el único donde aparecen referencias legislativas dirigidas de manera específica a los acuerdos de *joint venture*. Tanto el tratamiento de que han sido objeto los acuerdos de *joint venture* por parte de la Comisión, como la normativa aplicable a ellos, ha ido evolucionando. En un estadio inicial la cuestión principal se refería a la compatibilidad de los acuerdos de *joint venture* con los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma: fundamentalmente se hacía referencia a los efectos de tales acuerdos, y se planteaba en qué casos estaría justificada una exención o una autorización. Desde 1990 las *joint ventures* “concentrativas” entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89 sobre control de concentraciones que actualmente constituye la disposición normativa esencial en la materia, habiendo sido modificado recientemente⁷³. Por otro lado, a las de carácter “cooperativo” le serán de aplicación las normas del artículo 85 del Tratado y sus reglamentos de desarrollo.

Un problema importante en la actualidad, tanto en los Estados Unidos como en el ámbito comunitario, es que las partes que intervienen en un acuerdo de estas características no pueden tener la seguridad de cómo responderán los tribunales (o en su caso la Comisión de las Comunidades Europeas⁷⁴), en relación a la validez del acuerdo, dadas las dificultades para determinar *a priori*, sus posibles efectos anticompetitivos.

⁷³ Reglamento (CEE) 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (“DOCE”, núm. L395, de 30-12-1989, pág. 1), en vigor desde el 21 de septiembre de 1990. Posteriormente se completó con el Reglamento (CEE) 2367/1990 de la Comisión, de 25 de julio de 1990, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias (“DOCE”, núm. L 219, de 14-8-1990, pág. 5), modificado en diciembre de 1994. El Reglamento (CE) 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 4064/1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (“DOCE”, núm. L 180, de 9-7-1997, pág.1), ha modificado algunos aspectos relevantes del Reglamento 4064/1989. El Reglamento entrará en vigor el 1 de marzo de 1998.

⁷⁴ Esto se tratará en el Capítulo VII.

Cuando las empresas planean *joint ventures* en este tipo de entornos, es particularmente importante mostrar un diseño de la operación poco competitivo así como una explicación sensible a las leyes de defensa de la competencia (*antitrust*), indicando la necesidad de la *joint venture*, con un retrato convincente de:

- La imposibilidad de los socios de hacerlo por separado.
- Expectativas de ganar eficiencia gracias a la cooperación.
- Líneas de nuevos productos o tecnología que la alianza ha podido crear.
- El papel que la *joint venture* puede jugar en promover el crecimiento y competitividad a nivel internacional de la economía nacional.

Puesto que las estrategias cooperativas afloran las cuestiones de la división del mercado y la limitación de la libertad para competir vigorosamente, los socios aspirantes deben describir sus acuerdos de *joint venture* cuidadosamente, de tal forma que no infrinjan las leyes *antitrust* estadounidenses o de defensa de la competencia europeas. No hacer cuidadosamente esta planificación, puede suponer juicios costosos con agencias públicas o particulares, un gasto de los recursos de la empresa en los juicios, que se hagan públicos los secretos más íntimos del negocio y pérdida potencial competitiva.

Conflictos de soberanía

En el uso tradicional de las *joint ventures* como medio de expandirse internacionalmente, las empresas a menudo aceptan socios locales porque no están dispuestos a dar licencia de sus ventajas competitivas, pero las leyes locales, en ocasiones, prohíben que haya empresas mayoritariamente poseídas por extranjeros.

A veces se produce un choque de objetivos entre las empresas de ese país, la propia nación anfitriona y las empresas extranjeras, lo que puede ocasionar conflictos incluso en economías industrializadas. En otras palabras, entra en conflicto la necesidad de la empresa multinacional de dirigir la actividad al exterior de conformidad con una estrategia fundada sobre la utilidad prioritaria del grupo, y la voluntad del Estado de acogida de condicionar la inversión extranjera a la persecución de objetivos que respondan a intereses locales.

Los socios del país anfitrión quieren importar la más avanzada tecnología y las marcas líderes globales como un remedio instantáneo que les dará ventajas arrolladoras sobre los competidores a nivel local. Los gobiernos anfitriones, por su parte, desean aquellas tecnologías que requieran un mayor número de puestos de trabajo, o las más modernas tecnologías en lugar de aquellas que tienen más sentido desde el punto de vista de los copartícipes.

También pueden surgir conflictos derivados de los diferentes puntos de vista en relación al tiempo de explotación de las innovaciones, o a la temporalidad con la que se transfiere la tecnología entre el partícipe y la empresa en participación. Además, en numerosas ocasiones, los socios extranjeros desean formar *joint ventures* con las firmas locales para usar tecnologías que exploten las ventajas de los bajos salarios.

Todo esto puede desembocar en conflictos en las operaciones diarias o en la recuperación del capital si los copartícipes locales no están dispuestos a acomodarse a los planes económicos de desarrollo de los gobiernos. En resumen, las decisiones en torno a si conceder una licencia de tecnología o uso de nombre de marca, no puede ser analizadas siguiendo los esquemas tradicionales de transferencia de tecnología, especialmente si los gobiernos anfitriones ejercen un poder substancial de negociación, y si las empresas locales son firmas nacionalizadas.

El eventual conflicto sólo se superará poniendo el acento sobre el interés común de las empresas participantes en la inversión, sobre el objetivo común objeto del contrato, cuyo éxito presupone la integración de recursos complementarios; y así, una efectiva voluntad de colaborar de parte de los copartícipes, dispuestos a renunciar en el ámbito de la organización contractualmente prevista, a una parte de la propia autonomía operativa y decisoria.

Pérdida de autonomía y control en la toma de decisiones y estilos de dirección

Muchos de los conflictos surgen porque las partes no son capaces de tomar las decisiones conjuntamente, sino que alguna de ellas quiere coordinar las actividades de la *joint venture* en solitario. En ocasiones los partícipes no han creado los mecanismos suficientes para resolver los problemas y dificultades cotidianas. Control conjunto significa toma de decisiones conjunta, sobre todo en lo relativo a cuestiones estratégicas, y para demasiados altos ejecutivos compartir el poder de decisión no es nada fácil. La cuestión va más allá de las simples decisiones porque en ello se ve involucrado el estilo de dirección. El problema se ve agravado cuando los diferentes participantes divergen en los patrones de organización y en la forma de toma de decisiones, centralizada o no.

Además de en los estilos de dirección, la visión de los socios a veces difiere también en los objetivos a largo plazo, el horizonte temporal, y las expectativas sobre el negocio conjunto, en especial las que se refieren a las sinergias potenciales en relación con las *joint venture*. Como ejemplo de lo anterior puede suceder que participen una *joint venture*, firmas orientadas a la investigación con otras orientadas al marketing. Los temores de los copartícipes de perder flexibilidad estratégica impiden la efectividad de las *joint ventures*, y esos temores a menudo exacerban las dificultades de coordinación de las operaciones diarias de ésta.

Incluso la composición del cuadro directivo puede presentar problemas. Para que funcione de manera efectiva los miembros deben estar disponibles y con voluntad de asistir a la mayoría de sus reuniones. En una empresa de gran tamaño, ello significa excluir a los altos directivos del cuadro de dirección de la *joint venture*, lo cual puede no agrandar a la otra parte y plantear dudas acerca del grado de compromiso.

Los costes de cooperar son a menudo medibles porque relacionan un gran número de recursos comprometidos, incluido el tiempo, materiales, personal, etc. Surgirán inconvenientes por las oportunidades sacrificadas, y los copartícipes estarán preocupados acerca de la pérdida de control que ellos perciben sobre el capital invertido, los recursos técnicos y la información que puede ser divulgada a *outsiders*. Los compromisos con los socios

actuales, pueden reducir las oportunidades de las empresas de forjar alianzas con otras firmas en el futuro. Los temores en relación a la pérdida de flexibilidad estratégica pueden ser de los más pesados que soporta la empresa.

A menudo no se le presta la suficiente atención desde el principio a este problema como a cuestiones frente a la información periódica mensual. Cuando dos grandes compañías se ven involucradas en cualquier alianza, por ejemplo una *joint venture*, sus métodos de información pueden ser totalmente distintos, así como el grado de autonomía otorgado a la empresa o sociedad conjunta por cada parte.

Debe quedar claro que en cualquier *joint venture*, van a surgir conflictos de intereses entre los participantes y entre los intereses de estos y la *joint venture*. Algunos de ellos pueden no ser evidentes para todas las partes. En ocasiones un partícipe puede esperar los beneficios para él, en lugar que para la empresa o sociedad conjunta. De hecho, en ocasiones los socios pueden estar mirando más allá acerca de lo que pueden obtener a la conclusión de la *joint venture*, con una actitud que puede ser descrita como de colaboración competitiva o “encargarse con cautela”.

Rigidez estratégica y pérdida de la ventaja competitiva

El acuerdo marco⁷⁵ de *joint venture* trata de cubrir la mayoría de situaciones posibles de conflicto que pueden llevar a la disolución o a juicio, pero puede que el acuerdo no lo incluya todo. Características inherentes a esta forma de cooperación limita la habilidad de las partes para contratar sobre todos los problemas potenciales, y puesto que la *joint venture* une compañías con intereses y metas diferentes, se crea el riesgo potencial de que no puedan cooperar de manera práctica como copartícipes en los negocios. Lo que es evidente, es que los “aventureros” no van a querer explicitar límites sobre sus deberes en relación con las actividades fuera de la *joint venture*.

Las compañías que participan en una *joint venture* compiten en otros terrenos y pueden surgir conflictos de intereses cuando un partícipe se beneficie de la situación en detrimento del otro. Como una compañía no se obliga totalmente con la otra, es de esperar que cada socio limite su obligación a la hora de divulgar información en general y tecnológica en particular.

Los copartícipes están obligados a desvelar cierta información que deberá ser desarrollada por ambos en el acuerdo, no obstante el problema surgirá cuando un partícipe desarrolle información, como por ejemplo una técnica de producción, que no se imaginó que fuera de aplicación para la *joint venture*. Ese desarrollo puede tener un impacto positivo en la alianza, pero no está tan clara la obligación de si cae bajo el deber de informar o no, porque no era predecible en el momento en que se firmó el acuerdo. La información revela que la *joint venture* puede tener más beneficios que los que se creyó en un principio, pero el copartícipe que la ha descubierto perderá el ingreso que le habría generado si la *joint venture* hubiera adquirido la información.

⁷⁵ En el capítulo III “Expresión jurídica de la realidad económica” desarrollamos las cuestiones referentes a la articulación jurídica de la *joint venture* en torno a un acuerdo marco o acuerdo base.

Dependiendo de la ventaja adicional que saque de la *joint venture* el socio que ha descubierto lo nuevo, frente a lo que hubiera obtenido vendiéndola, sufrirá en conjunto un beneficio o una pérdida. Adicionalmente, el otro partícipe puede ganar una valiosa información que puede serle ventajosa en áreas ajenas a la *joint venture* en las que entra directamente en competencia con su copartícipe.

Efectos a posteriori en la imagen de los socios de un fracaso

Quizá uno de los grandes problemas que afecta a las *joint ventures* es la consideración de los posibles efectos de un fracaso. Es evidente que, cuando se ha preferido esta alternativa a cualquiera de las otras existentes, uno no desea encontrarse con que después de un tiempo tiene que enfrentarse con una de las otras opciones, especialmente si ahora implica la pérdida total de control cuando, por cualquier razón, no lo pueda obtener por sí mismo. Estas cuestiones deben ser cuidadosamente examinadas en los primeros pasos de la negociación.

Aparte de los problemas financieros y los asociados a los derechos de propiedad industrial, puede suceder que la imagen, por ejemplo del partícipe extranjero, se vea seriamente dañada en el país en el que ha fracasado la *joint venture*, y eso puede tener repercusiones en otras actividades que se estén desarrollando o se desarrollen en un futuro en ese país.

En definitiva, estas reflexiones sobre las ventajas e inconvenientes de las *joint ventures* nos han permitido indicar los problemas y beneficios que pueden presentarse en este tipo de cooperación industrial, pero sobre todo podemos constatar que la estructura de cooperación debe ser minuciosamente estudiada porque el *animus cooperandi* de los socios debe basarse tanto en el respeto de los intereses particulares de los copartícipes, como en la necesaria duración de la *joint venture* para que pueda responder a los objetivos para los que fue creada. La especialización de la producción, la división de tareas y la adaptación a las condiciones económicas de cada país a través de las empresas o sociedades conjuntas deben conducir a la consecución de los objetivos de las partes tanto en los países industrializados como en aquellos en vías de desarrollo.

8. FACTORES QUE DETERMINAN EL RENDIMIENTO Y EL ÉXITO DE LA *JOINT VENTURE*

Existen numerosos estudios sobre los factores determinantes del éxito o fracaso o al menos de la inestabilidad de estas alianzas. Berg y Friedman [1992: 47] en, *California Management Review*, exponen una interesante visión de las razones para crear una *joint venture* y del consecuente éxito o fracaso. Señalan que el hecho de que no pervivan en su forma primitiva no tiene necesariamente que ser entendido como un fracaso. Una de las circunstancias originarias puede ser el caso de que las partes estén contemplando una fusión, pero tengan dudas sobre su resultado, y con la intención de limitar el riesgo, inicien una *joint venture* con la esperanza de que después les conduzca a una fusión. En otros casos puede suceder que los hechos que motivaron el propósito original hayan cambiado.

Por otro lado Young y Bradford [1995: 7] afirman que, en general y en contra de la creencia popular, la experiencia de las *joint ventures* para las empresas resulta satisfactoria, aunque es incuestionable que un gran número de ellas, en las que se ven involucradas grandes corporaciones, no sobreviven largo tiempo en su forma original. Las *joint ventures* de tipo internacional tienen un factor adicional que dificulta su gestión: el mayor desconocimiento de los socios y la menor compatibilidad de sus culturas corporativas.

El principal problema que se presenta es el de encontrar un criterio objetivo y fiable en todos los contextos que nos pueda indicar el fracaso o rendimiento, puesto que no depende solamente de los resultados financieros. Si bien en una empresa societaria convencional el éxito o el fracaso de la inversión realizada por los accionistas depende de la capacidad de la empresa para generar beneficios, en las *joint ventures* esta relación no es tan clara. Ello se debe a que los copartícipes reciben otro tipo de retribuciones además⁷⁶ de las financieras, como son las que, sin ánimo de exhaustividad, mencionamos a continuación:

- Aprovechar sinergias o complementariedades de recursos.
- Disminuir o compartir costes y riesgos.
- Acceder a conocimientos de carácter tecnológico, comercial o de otro tipo.
- Dar a conocer sus productos a nuevos clientes y de esta manera ampliar mercado.
- Beneficiarse de su condición de clientes o proveedores de la empresa conjunta, a través de mejores precios o beneficiándose de economías de escala.

⁷⁶ Las contraprestaciones que reciben los socios de una *joint venture* son ampliamente analizadas en la segunda parte dentro del capítulo V.

En otras palabras, una empresa de saneada economía puede no ser exitosa para sus socios si han cambiado los intereses estratégicos de éstos. Del mismo modo, una *joint venture* con una mala situación financiera, puede ser exitosa para sus socios si éstos perciben unos beneficios superiores a su participación en los costes, incluyendo los costes de oportunidad por la utilización de su tiempo, esfuerzo y recursos.

Brevemente vamos a comentar los trabajos existentes al respecto tanto de corte teórico-normativo como empíricos.

En muchos estudios suele identificarse el fracaso de la *joint venture* con la inestabilidad de la misma. No obstante es necesario matizar qué se entiende por inestabilidad. Autores como Reynolds [1984] o Kogut [1988], identifican inestabilidad con disolución o terminación de la sociedad, mientras que otros incluyen determinados cambios en la estructura de la propiedad [Killing, 1988; Beamish, 1988; Blodgett, 1992; Chowdhury, 1992]. Sin embargo esos indicadores han recibido varias críticas.

- Respecto a la disolución, se ha argumentado que las empresas conjuntas son inherentemente inestables [Gomes-Casseres, 1987], porque sus socios las crean para complementar recursos y capacidades con los demás, por lo que su finalización indica que ya no se necesitan al haber completado sus propósitos. Es por esto que la finalización de la empresa conjunta, o un cambio en su propiedad, no supone necesariamente un fracaso.
- El cambio en la estructura de la propiedad presenta el problema de que puede encontrarse influidos por otros factores, además del posible mal rendimiento de la empresa conjunta, como el poder de negociación de los socios o el peso relativo de sus contribuciones [Geringer y Herbert, 1991].

Junto a esas críticas debemos mencionar dos cuestiones. En primer lugar que algunos de esos estudios parten de una tipología que no compartimos, la que distingue entre empresa o sociedad conjunta dominante —cuando un socio tiene más poder que los demás, compartida —si el poder se encuentra equilibrado, e independiente —ninguno de los socios desempeña un papel importante en la gestión de la empresa conjunta. En segundo lugar que los resultados obtenidos son divergentes. Pese a ello vamos a mencionar las conclusiones que arrojan.

Numerosos autores sostienen que las empresas conjuntas equitativas tienen un mayor rendimiento, [Beamish, 1988; Bleeke y Ernst, 1991; Valdés y García, 1995] y Holton [1981], consideran que los intentos de una de las partes por retener el control centralizado es una de las principales razones de fracaso de la empresa conjunta. Sin embargo Killing [1983], argumentó que las empresas conjuntas dominadas⁷⁷ por un socio tienen mayor probabilidad de éxito. Para ello midió la rentabilidad a través de la valoración directiva —con el ranking pobre-satisfactoria-buena—, y evaluó la liquidación o reorganización de la empre-

⁷⁷ Ya hemos comentado que no estamos de acuerdo en denominar empresa o sociedad conjunta a una alianza en la que un socio domine, puesto que el control conjunto es definitorio. Por eso en el apartado “Tipología”, hemos señalado que, a nuestro entender, no entra dentro del ámbito de estas alianzas la clasificación de Killing.

sa conjunta como una señal del fracaso. Kogut [1988], contrasta y ratifica la hipótesis de Killing, pero Janger [1980], utilizó un esquema similar al de Killing y no encontró ningún tipo de empresa conjunta que tendiese a ser más exitosa que otra.

Por todo ello se observa que la relación entre control dominante y rentabilidad parece ser más compleja y menos directa de lo que en principio parecía. No hay explicaciones simples para afirmar si es mejor un control compartido o no. Además, los trabajos son bastante heterogéneos y resulta difícil obtener conclusiones comunes.

Los estudios que hemos mencionado de Gomes-Casseres [1987] y Chowdhury [1992], detectan además que las *joint ventures* son más inestables que las subsidiarias de plena propiedad. No obstante, en el segundo estudio los resultados obtenidos fueron menos concluyentes, dado que los mismos cambiaban al modificar la medida de inestabilidad utilizada. También hay que mencionar que las conclusiones de tales estudios no son del todo comparables porque los autores han utilizado distintos indicadores de fracaso. Gomes-Casseres distingue tres tipos de inestabilidad:

- La liquidación.
- La venta de la nueva entidad al socio local o a otros de fuera (la actividad continúa pero bajo otra forma de propiedad).
- La compra por parte de la multinacional, con la consiguiente creación de una filial de plena propiedad.

Este autor, además de encontrar una mayor inestabilidad en las empresas conjuntas, también observó que las variaciones en la propiedad no eran acompañadas por cambios en el control —por ejemplo, es más probable que la multinacional compre a sus socios si ya controla la mayoría de las acciones de la nueva empresa—. Gomes-Casseres [1987] termina indicando que la inestabilidad de la empresa conjunta puede ser vista como una señal de éxito y no de fracaso, dado que la liquidación significa fracaso, pero la venta o adquisición de una parte no tiene por qué suponerlo. Los cambios en la estructura de la propiedad pueden ser debidos a una elección equivocada del reparto de la misma al comienzo (corrección de errores), o a una adaptación a los cambios ambientales. Chowdhury [1992] observó en su muestra que las *joint ventures* eran más inestables que las subsidiarias de plena propiedad, al emplear como medida de inestabilidad el cambio en la estructura de la propiedad.

No existe ningún indicador que no tenga inconvenientes ya que, o son subjetivos como es el caso de utilizar percepciones de directivos, o son específicos para algún tipo de alianza. Esto sucede cuando se mide el rendimiento del mercado de capitales ante el anuncio público de creación de una alianza [Koh y Venkatraman, 1991], pero esa medida sólo puede utilizarse si todos los socios cotizan en bolsa. Otra medida parecida es la capacidad para devolver subvenciones a la creación de empresas conjuntas [Valdes y García Canal, 1995], pero sólo puede ser utilizada si existen esas subvenciones. Un artículo sin autor en *Expansión Internacional* [1996] habla precisamente de los apoyos de la UE al establecimiento de las empresas mixtas en los países en desarrollo: los programas ECIP (*European Community Investment Partners*) y JOP (*Joint Venture Programme*). Asimismo existen estudios que miden los resultados obtenidos por la comercialización del producto fabricado en el marco de la

alianza como indicador del éxito o no de la misma [Dussauge y Garrette, 1995]. Este criterio sólo puede ser utilizado si la *joint venture* realiza alguna actividad comercial. Cualquiera de estos tres últimos criterios condiciona la muestra utilizada.

El efecto de la necesidad y compromiso de los socios sobre la rentabilidad de la *joint venture* ha sido estudiado por Beamish [1987]. De su estudio se desprende que la necesidad de las contribuciones del socio, cuánto y por cuánto tiempo, influirá en el éxito de la empresa conjunta. La necesidad del socio fue valorada en términos de la importancia relativa de la contribución de cada uno a la empresa conjunta en varios aspectos, como conocimiento, personal, capital, acceso al mercado y necesidades políticas o gubernamentales. La rentabilidad se definió atendiendo a si hubo o no mutuo acuerdo entre los socios en cuanto a su satisfacción media.

Por otro lado, Geringer y Herbert [1991] han contrastado algunas hipótesis relativas a la fiabilidad y correlación de un conjunto de medidas objetivas y subjetivas de la rentabilidad de las empresas conjuntas. Como medidas subjetivas utilizaron el grado de satisfacción con la realización de la empresa conjunta por parte de los socios y su similitud cultural. Las medidas objetivas fueron la supervivencia, la estabilidad —entendida como cambios en la estructura de propiedad—, y duración. La supervivencia fue la medida más fuertemente relacionada con las subjetivas —grado de satisfacción y similitud cultural—, y por el contrario la inestabilidad fue la que menor relación directa tuvo.

Los factores analizados los agrupamos en dos grandes bloques, según que puedan aumentar la probabilidad de fracaso. Por un lado existen factores relacionados con las características de los socios y el contexto de la cooperación, y por otro relacionados con las propias características organizativas de la alianza [García Canal, 1996b: 118].

Entre los factores de inestabilidad derivados de las características de los socios podemos destacar cinco. Tanto la incompatibilidad en las motivaciones [Geringer, 1988] como el mayor número de socios, con los mayores costes de coordinación que conlleva, pueden acabar con la alianza. También las asimetrías entre los socios de tipo cultural o de estructuras o procedimientos de gestión, dificultan la motivación y coordinación. Harrigan [1988], encontró que las alianzas entre socios relacionados con productos, mercados o tecnologías son más satisfactorias que el resto. En cuarto lugar hay estudios que evidencian el menor éxito de las empresas conjuntas creadas en países en vías de desarrollo [Beamish, 1988], por lo que la situación política y económica del país donde radica la *joint venture* también es un factor a tener en cuenta. Finalmente la tarea para que se ha creado la empresa conjunta es determinante. El estudio de Kogut [1989], detectó que las *joint ventures* de I+D tienden a ser más estables, especialmente si se desarrollan en industrias donde esa actividad tiene un gran peso.

En cuanto a los factores que propician la estabilidad relacionados con las características organizativas de la alianza, se ha encontrado que el éxito es mayor cuando la comercialización del producto se realizaba dentro de la *joint venture* y no gracias a los esfuerzos dispersos individuales de cada socio, [Dussauge y Garrete, 1995].

Algunos autores han estudiado el éxito o fracaso de las *joint ventures* desde un punto de vista normativo, estableciendo recomendaciones concretas para mejorar la probabilidad

de éxito de las empresas conjuntas y basándose en el análisis de casos. Schaan [1988], tras comparar los casos con éxito frente a aquellos que fracasaron, identificó las siguientes causas de fracaso:

- *Socio incompatible*: debe valorarse el grado de compatibilidad de los socios en temas como intereses, expectativas, integridad, fuerza financiera, situación de competencia del socio etc. La incompatibilidad radica en la existencia de diferencias en la filosofía de gestión que surgen cuando cada socio se acerca a la *joint venture* desde su propia cultura de organización y su estilo de gestión.
- *Compromiso insuficiente*: Parece obvio que si una empresa decide asignar recursos a un proyecto conjunto, debería comprometerse a hacerlo funcionar, sin embargo esto no siempre sucede, como por ejemplo cuando la *joint venture* no es importante estratégicamente para algún socio.
- *Competencia inadecuada*: Los directivos de la empresa conjunta que provienen de las empresas partícipes deberían ser elegidos por su valía y capacitación, pero en ocasiones lo que prima es el objetivo de tener en la *joint venture* personas que velen por los intereses de quien los designa.
- *Control ineficaz*: Los directivos de las empresas madres a veces fallan al establecer la responsabilidad del control de la conjunta, la definición de las áreas críticas... y todo ello por no disponer del tiempo suficiente, de los incentivos necesarios, o de un conocimiento claro de los objetivos perseguidos.

De lo anterior se deduce que gran parte del fracaso de una *joint venture* radica en las etapas previas a su creación y funcionamiento, por lo que es necesario dedicar tiempo y esfuerzo tanto a la elección de los socios que van a crearla (considerando sus capacidades y su grado de compromiso), como a la armonización de objetivos, fijación de mecanismos de control y creación de un buen ambiente de trabajo entre los socios.

Conociendo las principales razones del fracaso Schaan [1988] y Lewis [1990], establecen un conjunto de medidas con objeto de aumentar la probabilidad de éxito:

- *Buena selección de los socios*: Para prever el comportamiento de los socios pueden analizarse factores como, la cultura (cuanto más similar sea, mayor seguridad habrá de entendimiento mutuo), el tamaño de la empresa (al influir éste en los objetivos, capacidad de riesgo, velocidad de crecimiento), el nivel de tecnología (si uno tiene un desarrollo tecnológico superior es probable que desee tarde o temprano una posición de dominio), y la voluntad real de los socios para crear la empresa.
- *Buena planificación de la empresa conjunta*: Definición de un proyecto común en el que se especifiquen los objetivos, los intereses de los socios y los límites de la cooperación respetando la independencia mutua.
- *Establecimiento de mecanismos de control*: Deben instrumentarse un conjunto de mecanismos que permitan a las partes controlar los objetivos y expectativas, como por ejemplo reuniones del consejo de la *joint venture* o mecanismos informales como visitas a las instalaciones o reuniones con sus directivos.

- *Autoridad del directivo*: Suele ser aconsejable que cada socio controle aquellas áreas en las que posea una experiencia distintiva, quedando alejado de las áreas en las que no disfrute de ventaja comparativa alguna.
- *Evaluaciones formales*: Revisión de las operaciones de la *joint venture* por parte de agentes externos independientes, siendo especialmente útiles en los primeros momentos de su andadura.
- *Resolución de desacuerdos*.

En una línea similar, Dymysza [1988] identifica como factores de éxito los siguientes: la consecución de los objetivos principales, la obtención de sinergias derivadas de la combinación de las contribuciones de los socios, un acuerdo exhaustivo, las responsabilidades directivas y el control de aspectos clave del acuerdo.

Como se puede apreciar, salvo algunas conclusiones-recomendaciones de carácter obvio, los resultados son provisionales y cuestionables. No existe un indicador comúnmente aceptado para medir el éxito de las *joint ventures*. Además aquellos que emplearon indicadores semejantes, o estudiaron los mismos factores, no han obtenido resultados similares. Hacen falta más estudios empíricos para generalizar los resultados obtenidos en muestras reducidas. No obstante, éste es uno de los campos de estudio más difíciles debido a los problemas metodológicos, lo que obliga al análisis de evidencias empíricas de tipo cualitativo, basadas en estudios en profundidad de casos, cargadas de mayor subjetividad.

CAPÍTULO III: EXPRESIÓN JURÍDICA DE LA REALIDAD ECONÓMICA

1. Introducción.
2. Primer nivel de regulación jurídica.
 - 2.1. El acuerdo base.
 - 2.2. Los contratos satélites.
3. Segundo nivel de regulación jurídica: la elección del tipo social.
4. Los tipos societarios actuales en España.
 - 4.1. Ventajas e inconvenientes de las sociedades capitalistas.
 - 4.2. Ventajas e inconvenientes de las sociedades personalistas.
 - 4.3. Otros tipos societarios.
5. Comentarios sobre la situación en Europa.
6. Rasgos que debería regular el tipo social adecuado para las *joint ventures*.

CAPÍTULO III: EXPRESIÓN JURÍDICA DE LA REALIDAD ECONÓMICA

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior⁷⁸ mencionábamos que en función del grado de formalización jurídica las *joint ventures* podían formarse a nivel puramente contractual, *joint ventures* contractuales o *Non-Equity joint ventures*, o podían culminar con la constitución de una empresa, *joint ventures* societarias o *equity joint ventures*. En este capítulo vamos a tratar la articulación jurídica de ambas, aunque nos extenderemos más en la segunda. Para comenzar debemos distinguir claramente entre el acuerdo de colaboración, también llamado acuerdo de base, que sería el acuerdo de *joint venture* en sentido estricto y la forma en que se lleva a cabo, bien recurriendo a la creación de una sociedad o bien mediante un contrato.

La característica esencial de la empresa conjunta, *joint venture* contractual, es la ejecución del acuerdo de colaboración previo a través de una vía meramente contractual. No se crea una nueva persona jurídica, y aunque su espíritu es el mismo que el de la sociedad conjunta, *joint venture* societaria, el carácter estrictamente contractual permite que la autonomía de la voluntad de las partes pueda organizar la relación de la manera más conveniente para sus intereses. En los Estados Unidos, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el paradigma de acuerdo de *joint venture* es, por razones históricas, el que adopta carácter contractual.

Por otro lado la sociedad conjunta es una sociedad normalmente capitalista, prevista y regulada por un Derecho estatal, creada para desarrollar el acuerdo previo, llamado *joint venture agreement*, traducido⁷⁹ al castellano según los autores como: acuerdo base, acuerdo preliminar o contrato de *joint venture*. El régimen jurídico de la cooperación derivará, por un lado, de los pactos contractuales establecidos entre los participantes en la opera-

⁷⁸ Apartado titulado “Clasificación y tipología”.

⁷⁹ La terminología para designar el acuerdo previo es variada. Junto a la expresión que hemos mencionado, *joint venture agreement*, en el ámbito internacional en general y en el de los países angloparlantes en particular se utiliza también *preliminary agreement* (acuerdo preliminar). Asimismo es frecuente la expresión *shareholders’ agreement* (acuerdo de accionistas). En francés es habitual usar la expresión acuerdo de base, *accord de base*. En Alemania se utiliza el término acuerdo básico o fundamental, *grundvereinbarung*.

ción (primer nivel de regulación), y por otro, de la regulación que corresponda a la sociedad conjunta creada al efecto (segundo nivel de regulación), cuyo capital queda repartido entre las sociedades participantes. Uno de los problemas esenciales que se planteará es la compatibilidad de los acuerdos previos con la forma societaria escogida.

En consecuencia se puede señalar que la *joint venture corporation* tiene un doble carácter, contractual y societario, porque en el acuerdo base previo a la constitución de la sociedad conjunta, aparece como esencial el elemento contractual con anterioridad a la adquisición de personalidad jurídica y limitación de responsabilidad. Con posterioridad a esto, el concepto institucional aparece desde el momento en que la sociedad cumple con las formalidades exigidas y adquiere personalidad jurídica.

Finalmente queremos aclarar que aunque desde el punto de vista económico basta que dos sociedades creen una tercera, con los requisitos indicados, para encontrarnos ante una empresa conjunta, desde el punto de vista jurídico es necesario referirse al acuerdo previo de colaboración, a los contratos satélites⁸⁰ y a la constitución de la sociedad, en caso de sociedad conjunta, para poder definirla con propiedad.

No obstante el contenido respectivo tanto del acuerdo como de los contratos puede variar en función de las distintas situaciones, de manera que puede darse la circunstancia de que una materia que en algunos casos de *joint venture* aparece en el acuerdo base en otros se encuentre en los contratos satélites. En los apartados siguientes vamos a examinar mas en detalle las cláusulas principales del acuerdo base y las principales características de los contratos satélites, así como los tipos societarios que pueden “vestir” una *corporate joint venture*.

⁸⁰ Con esta expresión se alude a aquellos contratos contemporáneos o posteriores al acuerdo base que completan y definen los derechos y obligaciones de las partes. La denominación de debe a Baptista y Durand [1991: 112 y ss] y ha alcanzado un gran éxito y amplia difusión entre los autores que tratan el tema. Otros autores utilizan expresiones como, contratos separados, acuerdos complementarios o contratos adicionales, para referirse básicamente al mismo concepto.

2. PRIMER NIVEL DE REGULACIÓN JURÍDICA: EL ACUERDO BASE Y LOS CONTRATOS SATÉLITES

Tanto la creación de una empresa conjunta como la constitución de la sociedad conjunta vienen precedidas de un acuerdo previo en el que se establecen las bases de la colaboración, y que constituye la pieza central de la relación entre los participantes. Es el resultado neto de los poderes de negociación de los socios que, a su vez, están determinados por cuatro factores: los recursos aportados, las alternativas disponibles para alcanzar los objetivos de la *joint venture*, la necesidad de cooperar, y los costes u otras ventajas que ofrezca la sociedad o empresa conjunta. El contrato de *joint venture* constituye, a efectos jurídicos y fuera del marco social, la pieza central de la cooperación entre los socios ya que desarrolla una función directiva de la operación.

En cuanto a la conformación jurídica de la *joint venture corporation*, ésta responde a la necesidad de proporcionar una adecuada reglamentación a las relaciones de colaboración y dependencia que se establecen entre los participantes por un lado, y con la sociedad conjunta, por otro. El conjunto de esa reglamentación puede afectar a dimensiones variadas, como la participación de cada socio en el capital de la sociedad, las relaciones de suministro y la prestación de servicios entre los participantes y la sociedad, la transferencia de tecnología a favor de la sociedad conjunta, la coordinación de la acción empresarial de los socios, la influencia de cada copartícipe en la toma de decisiones, etc. En otro orden de cosas y dado que las sociedades participantes podrían coincidir con la *joint venture* en el desarrollo de una misma actividad en un mismo mercado, el éxito de la operación aconsejaría la inclusión en el contrato de acuerdos de delimitación de mercados y de no competencia.

Esteban [1999: 31] comenta que 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”, pero elementos como:

- la menor o escasa flexibilidad de la estructura social seleccionada para constituir la sociedad conjunta,
- la conveniencia, incluso en presencia de estructuras sociales flexibles, de mantener la confidencialidad del vínculo que se ha establecido por razones de estrategia empresarial,
- la posibilidad de evitar de este modo procedimientos rígidos, como los sociales, para la modificación del proyecto, o
- la necesidad de vincular a los participantes más allá de la extinción de la sociedad común, recomiendan que los aspectos básicos de la relación de cooperación queden fuera del marco social.

2.1. EL ACUERDO DE BASE

Al hablar tanto de empresa como de sociedad conjunta hacemos referencia a un ente, social o no, constituido en desarrollo de ese acuerdo preliminar. Miquel [1998: 150] señala que “a pesar de la importancia que se le concede, existen algunas opiniones que se decantan por manifestar su extrema informalidad [del acuerdo base], o con mayor precisión, la ausencia de requisitos especiales de forma, sin relativizar, no obstante, su trascendencia”. Es un acuerdo redactado a medida en función de las circunstancias que rodean la creación de cada *joint venture*, los objetivos y la libre voluntad de las partes.

El acuerdo previo comprende, por lo general, además de la decisión de crear una sociedad o por el contrario de no hacerlo, la definición de los objetivos, una serie de cláusulas en las que incluso se afecta al posterior funcionamiento de la propia sociedad, —en caso de constituirse—, como la determinación de las materias que serán competencia de la junta o del órgano de administración o la introducción de especialidades en el régimen de mayorías necesario para alcanzar determinados acuerdos, fijación de los derechos de los participantes o cláusulas restrictivas de la transmisibilidad de las acciones o participaciones. Tampoco son extrañas las cláusulas que señalan cuál será la ley aplicable al contrato o las de sometimiento expreso a un fuero determinado. Esteban [1999: 34] sintetiza en estos cuatro puntos el contenido del contrato, aunque señala que puede variar en función del objetivo que se persiga:

- Sujetos intervinientes, y manifestaciones que a modo de preámbulo hacen las partes sobre su interés en el proyecto.
- Pactos referentes al diseño del control y dirección de la misma.
- Compromisos de aportación concreta de los participantes a la sociedad *joint venture*.
- Estipulaciones relativas a la creación de un ente social o no.

En el caso de la sociedad conjunta podría pensarse que el acuerdo preliminar se englobaría dentro de la fundación de la sociedad. Sin embargo la práctica internacional se aparta de esa posición puesto que separa con nitidez este acuerdo base del contrato de sociedad. Altozano y Portero [2003: 114] recoge que el acuerdo preliminar que permanece oculto y en el que se establecen los derechos y obligaciones de las partes, aparece como algo distinto de los estatutos de la sociedad, aunque se encuentra vinculado a ellos puesto que determina su contenido. La sociedad conjunta se inscribe en el Registro Mercantil y debe acomodar su contenido a los imperativos legales y reglamentarios, mientras que como hemos mencionado en párrafos precedentes, el acuerdo base se caracteriza por la total ausencia de requisitos legales de forma.

Antes de analizar con más detalle las distintas partes de este contrato hemos de mencionar que el acuerdo de base no obliga solamente a las personas jurídicas firmantes, sino también a aquellas que las controlan, por lo menos en lo que respecta a materias como la exclusividad o la confidencialidad.

El preámbulo del acuerdo de base

La costumbre de comenzar los contratos con un *preámbulo* no es privativa de las *joint venture* sin embargo en este caso cobra un valor especial porque permite esclarecer la voluntad de las partes en caso de dificultad de interpretación. Se sitúa a un nivel intermedio entre los trabajos preparatorios y el cuerpo del contrato. Cualquiera que sea el contexto jurídico, el preámbulo es el lugar donde las partes tienen ocasión de dar a conocer ciertos aspectos de su voluntad que no aparecen, necesariamente, en las disposiciones del acuerdo, y puede servir para clarificar la estricta aplicación del texto dispositivo. En palabras de Baptista y Durand [1991], “permite el dominio del espíritu sobre la letra del contrato”.

Su función es la de orientar el significado del conjunto de los contratos puesto que, el acuerdo de base y los contratos satélites pueden, en razón del formalismo de éstos últimos entrar en aparente contradicción. Por ejemplo, puede existir antagonismo entre el principio mayoritario del contrato de sociedad y el principio paritario que domina la *joint venture*. En este caso podemos percibir la importancia del preámbulo del acuerdo base ya que no sólo influye en el sentido del texto del contrato del que es prefacio, sino también en todo el conjunto contractual.

Sin embargo podemos ir más lejos aún. No es solamente el hecho de que una de las partes tenga la “necesidad” de “pasar un mensaje” a la otra, también tiene efectividad frente a terceros. Puede ser útil, por ejemplo, para insistir en que las partes no tienen intención de firmar un contrato de sociedad, por lo que se trata de una *non corporate joint venture*. En otras ocasiones el preámbulo contiene un verdadero mensaje político, especialmente si una de las partes es un Estado ya que se convierte en una “exposición de motivos” al uso de los textos legislativos.

Podemos concluir diciendo que es indispensable una definición precisa de los objetivos de la *joint venture* porque permite descartar una interpretación demasiado estricta de ciertas cláusulas. Además, la claridad de objetivos permite decidir el futuro de la sociedad en función de la consecución o no de los mismos. Finalmente permite distinguir entre los objetivos de las partes y los de la unidad en común.

Las cláusulas sobre el reparto del poder

Otro tipo de cláusulas o estipulaciones que nos interesan son los pactos referentes al diseño del control y dirección de la *joint venture*. Hemos explicado ampliamente en el capítulo II de este estudio, que la característica esencial que distingue a la *joint venture* —contractual o societaria—, es el derecho de los participantes —independientes entre ellos—, al ejercicio del control conjunto. Como en todas las organizaciones, los acuerdos de *joint venture* son el reflejo de una relación de fuerzas que, en el caso que nos ocupa, tendrán que equilibrarse. Los problemas surgirán cuando se de una situación en la que las partes no consigan un acuerdo a la hora de tomar una decisión. En esos casos se deberá encontrar un equilibrio entre el respeto a la voluntad de cada una de las partes y la necesidad, dentro del ámbito de los negocios, de tomar decisiones. Baptista y Durand [1991] indican al respecto que en ocasiones “es mejor una decisión imperfecta que ninguna decisión”.

En el caso de la *non corporate joint venture* la única dificultad relativa a las cláusulas que organizan el reparto del poder de decisión consiste en conciliar el ejercicio del control conjunto —protección de los intereses de la parte minoritaria si la *joint venture* no es paritaria—, con una gestión económica eficaz. Si por el contrario estamos ante una *joint venture* societaria el problema se complica, ya que los instrumentos jurídicos puestos a disposición de los copartícipes pueden no adaptarse a los objetivos y necesidades de la *joint venture*. Por ejemplo, la lógica del funcionamiento de la sociedad anónima descansa en la regla de la mayoría, mientras que por el contrario la sociedad conjunta buscará la institución de la paridad a fin de proteger a la minoría. Hay tres métodos que permiten alcanzar esos objetivos:

- *Métodos institucionales*: Permiten utilizar ciertos procedimientos previstos por la ley fuera del funcionamiento de la sociedad misma.
- *Métodos estatutarios*: Consisten en adaptar, allí donde es posible, los estatutos de la forma social a los imperativos de la *joint venture*. Son procedimientos que ya hemos citado como el voto de calidad, los distintos tipos de acciones, etc.
- *Métodos contractuales*: Consisten en modificar el contexto de la sociedad imponiendo reglas específicas acordadas contractualmente. Son métodos muy empleados a pesar de la validez reducida de los acuerdos de accionistas en relación con ciertos derechos que veremos más adelante.

Este tercer método es el más utilizado para recoger las cláusulas o estipulaciones que nos interesan: los pactos referentes al diseño del control y dirección de la *joint venture*. En ellos se recoge el control conjunto que es característica distintiva de este tipo de operaciones. Estos pactos parasociales, carecen de publicidad ya que no están contenidos en los estatutos sociales. En virtud de estos acuerdos, los copartícipes establecen sus compromisos mutuos como accionistas de la sociedad conjunta en lo relativo a la gestión y control de la sociedad, así como en relación a la transmisibilidad de las acciones.

Para formar la voluntad de la sociedad conjunta, el contrato base puede contener exigencias de quórum reforzado para la toma de decisiones por la *joint venture* en ciertas cuestiones, previsión de mecanismos para superar situaciones de bloqueo en los órganos de administración de la sociedad, hecho frecuente cuando la empresa conjunta está participada al cincuenta por ciento, o pactos de accionistas que vinculan el voto de los copartícipes en los mas diversos sentidos. Entre los pactos parasociales mas importantes destacan aquellos que se dirigen a buscar un equilibrio estable en la representación de los socios en el órgano de administración de la sociedad, como por ejemplo:

- Designación de los miembros del Consejo de Administración.
- Nombramiento del Presidente y Consejero Delegado.
- Concesión de determinados poderes a uno y otro.

No obstante no serán decisivos en la sociedad participada al 50 por 100, pues en ella los problemas esenciales se centrarán en resolver situaciones de bloqueo. La importancia de los pactos que hemos mencionado es mayor cuando el capital no está repartido de manera paritaria. Los propios administradores también pueden celebrar una serie de acuer-

dos reservados cuyo objeto sea el de asegurar el máximo consenso posible a la hora de tomar decisiones y, en general, mantener el equilibrio que las partes han establecido.

Finalmente y en relación con la dirección y control conjunto característico de este tipo de alianzas, hay que mencionar que la vestidura jurídico-formal de las empresas conjuntas suele ser una sociedad de capitales, cuyas acciones o participaciones pueden ser transmitidas, con mayor o menor libertad, de acuerdo con el Derecho rector de la sociedad. Según lo anterior Esteban [1999: 40] nos recuerda que “cualquiera de los *joint venturers* podría ceder su posición en la sociedad conjunta a uno o 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 base”.

Para asegurar el cumplimiento de las políticas acordadas en el acuerdo base, así como el control y dirección conjuntos, es necesario adoptar pactos que establezcan un régimen especial de transmisibilidad de las acciones de la sociedad conjunta. En el caso de la enajenación de participaciones a terceros, lo normal es pactar derechos preferentes en favor de los copartícipes, cuya eficacia variará según estén contenidos en los estatutos o se hallen en un nivel parasocial.

Cláusulas sobre la duración y la retirada y adaptación del contrato

Cuando se aborda el problema de la duración hay que tener en consideración dos cuestiones. La primera es que los acuerdos de *joint venture* son contratos de larga duración y la segunda que tienen un carácter evolutivo. Estas cuestiones derivan de la misma naturaleza del objeto que se pretende conseguir mediante la *joint venture*. Por ejemplo, en algunos casos los partícipes [Baptista y Durand, 1991: 81] tienen mentalidad de inversores, pero en otros lo que se pretende es la transferencia de tecnología, o dividir un mercado con un competidor. En todos esos casos hay un sacrificio de los intereses a corto plazo, en función de los intereses a largo.

En consecuencia, en las cláusulas de duración los partícipes, buscan un término medio que les permita la unión durante el tiempo necesario para la obtención de los objetivos pero manejando a la vez la posibilidad de retirarse, si consideran que los frutos de la *joint venture* no valen los sacrificios realizados.

Por otro lado la naturaleza de las actividades a realizar puede ser un condicionante para éste tipo de cláusulas. Por ejemplo en la explotación petrolífera se suceden dos fases, prospección y explotación. La primera tiene una duración media —unos tres años en el contrato recogido por Baptista y Durand en el Anexo II [1991: 229]—, pero su éxito condiciona una segunda etapa más dilatada en el tiempo, 25 años en el mismo ejemplo. Si la *joint venture* implica transferencia de tecnología, la cláusula de duración estará influenciada por la vida de la tecnología en cuestión que varía de un sector a otro.

También es frecuente en una sociedad conjunta que no se hable en el acuerdo base de duración y que se remita la cuestión a los contratos satélites, duración de la sociedad, duración de determinadas licencias, etc.

No obstante y a pesar de que se estipule una duración determinada o indeterminada en el contrato, las partes prevén a menudo una salida en forma de cláusula resolutoria. En cualquier caso habrá que prever cómo poner fin tanto al acuerdo base, como a los contratos satélites: liquidación de la sociedad común o adquisición de todas las acciones por una de las partes, división de los inmuebles y las existencias, pervivencia o no de derechos de propiedad industrial o derechos de comercialización, etc.

Para terminar vamos a comentar brevemente, las circunstancias más habituales en las que se produce la retirada de una de las partes. Por una parte pueden enumerarse una serie de circunstancias objetivas que podrían poner fin a la relación: si una de la partes es culpable de un error contractual, o se ve inmersa en un proceso de quiebra, o si se da alguna circunstancia sobrevenida relacionada por ejemplo con cambios en la situación del mercado. Por otra parte, las cláusulas resolutorias pueden tener que ver con el elemento *intuitus personae*, por ejemplo, cuando el accionariado de uno de los partícipes cambia de manera sustancial. También suele preverse la terminación en caso de bloqueo en la toma de decisiones —desacuerdo grave o irresoluble entre las partes—. La retirada de un partícipe puede, en muchos casos, significar la muerte de la *joint venture* y conllevar indemnizaciones y la liquidación de los diferentes elementos del conjunto contractual.

Cláusulas sobre los derechos y deberes de las partes

La parte más concreta del acuerdo base es aquella en la que se definen los derechos y obligaciones de las partes. También es la parte de contornos más difusos entre el acuerdo marco y los contratos satélites, puesto que muchas de las cláusulas consisten en simples remisiones a los acuerdos satélites. Por otra parte es estéril tratar de generalizar aquí porque estas disposiciones reflejan la diversidad de situaciones que se dan en la práctica. No obstante vamos a comentar tres tipos de ellas: las que reflejan las aportaciones de las partes, las que regulan el reparto del beneficio de la *joint venture* y las que establecen el deber de cooperación.

La puesta en común de recursos⁸¹ es una de las características claves de la *joint venture* y suelen tratarse entre las primeras cláusulas del acuerdo de base. Las aportaciones de cada uno, tanto en el momento de la fundación como en momentos posteriores, se determinan cuidadosamente junto con el principio de proporcionalidad entre dichas contribuciones y los derechos de que disfrutaban las partes gracias a ellas. Las situaciones pueden ser más o menos complejas según el tipo de derecho que estemos considerando. Si se trata, simplemente, de repartir los dividendos de la sociedad común, la proporcionalidad entre los derechos y las obligaciones es una regla simple de definir y ejecutar. Si por el contrario las partes persiguen beneficios de naturaleza más indirecta como el acceso a una instalación común o a los resultados de una investigación conjunta, el reparto puede ser más delicado.

La naturaleza de las aportaciones de las partes varía de manera considerable. Las primeras suelen ser de tipo financiero —capital de la sociedad conjunta, anticipos sobre accio-

⁸¹ Hemos tratado esa característica en el capítulo II, apartados 2 —Rasgos adjetivos definitorios— y 4 —Definición de *joint venture*— y se estudiará en profundidad en el capítulo V.

nes...—, y son regulados minuciosamente — montante de pagos, plazos, moneda, contabilidad, consecuencia de la falta ocasional de cumplimiento, etc. Sin embargo a éstos acompañan los verdaderamente importantes, claves de la operación: aportaciones de industria o de bienes. A menudo alguna de las partes, o todas, se obligan a efectuar ciertos trabajos como por ejemplo la construcción de todo o parte de las instalaciones que explotará la *joint venture*. En las *joint ventures* entre Estados y compañías petroleras, los trabajos efectuados por éstas últimas en la fase de exploración constituyen una de las aportaciones esenciales. A cambio de la misma obtendrán como contrapartida una proporción del petróleo que se obtenga en la segunda fase. Asimismo las aportaciones pueden ser de bienes materiales o inmateriales: zonas de exploración petrolera, instalaciones industriales, abastecimiento de materias primas, tecnología etc. Estas disposiciones se pueden reflejar en acuerdos completos, o en cláusulas del acuerdo base con remisión a contratos satélites posteriores de aprovisionamiento, de transferencia de tecnología, etc.

Junto a estas obligaciones o deberes “principales”, el acuerdo conlleva a menudo obligaciones accesorias como por ejemplo una cláusula de secreto, aunque no es privativa de las *joint ventures*, y otra que merece que nos detengamos algo en ella: la obligación de no competencia. Es muy frecuente que los acuerdos contengan este tipo de cláusulas que consisten en el compromiso entre las partes, bien de no competir con la *joint venture*, o de no competir entre ellas, y están muy relacionadas con la noción de *intuitus personae*, y con la lealtad reforzada que debe presidir este tipo de asociación. Para concluir con esta idea hay que mencionar que se debe asegurar que la validez de estas cláusulas no atenta contra las disposiciones del derecho de la competencia europeo, el derecho *antitrust* estadounidense, o cualquier otra legislación nacional sobre competencia.

Una vez que hemos comentado ciertos aspectos sobre las aportaciones de las partes pasamos a analizar algunas cuestiones sobre el derecho de las partes al reparto de los “beneficios”. En principio la *joint venture* se basa en el reparto proporcional de derechos y deberes⁸². La aplicación mas simple de esto lo tenemos en la *corporate joint venture*, porque los dividendos de la sociedad común suelen repartirse de forma proporcional al capital. Sin embargo existen importantes excepciones ya que puede darse el caso de que la parte del beneficio de un socio, normalmente el inversor extranjero, esté determinada por la negociación de una rentabilidad en función de su aportación, garantizada o no. Este modo de reparto “asimétrico”, podemos encontrarlo en acuerdos de cooperación de la industria aeronáutica. Es habitual elegir a uno de los socios para que negocie los contratos con los clientes. El beneficio se reparte entre él mismo y sus socios disminuido por una participación en concepto de gastos comerciales.

Sin embargo hemos mencionado que los beneficios a repartir no tienen por que ser exclusivamente de tipo financiero, ya que el interés de los socios puede ir más allá del simple reparto de resultados. Puede consistir en el acceso a instalaciones industriales o a los resultados de investigaciones. Un partícipe puede formar una *joint venture* pensando entre

⁸² Este reparto proporcional de derechos y deberes, o de resultados en función del capital, no está reñido con el control conjunto de sociedades cuyo capital no está repartido paritariamente. Puede existir un control conjunto entre dos socios que poseen diferente proporción del capital y luego un reparto proporcional de resultados, de derechos y obligaciones.

otras cuestiones, en las ventajas que obtendrá con la venta de materias primas o productos semiterminados a la misma y sin que le preocupen demasiado los resultados que arroje el negocio conjunto. También puede buscar la ventaja que supone tener garantizado, a través de la *joint venture* el aprovisionamiento de materias primas y no los dividendos. La casuística en este sentido puede ser muy grande incluyendo el deseo de obtención de ciertos intangibles. En conclusión y para evitar futuros conflictos potenciales, la reglamentación contractual debe ser muy precisa en lo que al reparto de “beneficios se refiere, con objeto de que cada participante conserve su interés por la *joint venture* el mayor tiempo posible.

Existe otro problema relacionado con el reparto del beneficio y es la obtención de divisas, y la transferencia de dividendos al exterior del país. Existen países con legislaciones muy restrictivas sobre el particular, por lo que esas circunstancias deben ser conocidas a fondo para redactar cláusulas al respecto en las que, por ejemplo, el inversor local obtenga la mayor parte de los dividendos mientras que el extranjero preferirá reinvertir por razones fiscales o de control de cambios.

Antes de concluir los comentarios sobre los derechos y obligaciones en los acuerdos de *joint venture* es preciso citar un tipo de obligación cuyo alcance es difícil de apreciar pero cuya existencia es real: el deber de cooperación. Si bien el principio de buena fe es inherente a todos los contratos, algunos exigen a las partes contratantes una “lealtad reforzada”. Ella explica, por ejemplo, la importancia de la cláusula de “no competencia”, y deberá traducirse en la obligación de participar activa y positivamente —en un sentido favorable a los intereses comunes—, en las decisiones de la *joint venture*. Puesto que el contrato puede evolucionar, las circunstancias pueden poner a prueba la solidez de los vínculos entre los socios con el nacimiento de obligaciones ulteriores no escritas.

El deber de “lealtad reforzada” se refleja, en ocasiones, en el acuerdo base pudiendo aparecer en la introducción cuando se definen los objetivos. Más concretas son las cláusulas que indican que los socios se comprometen a ejercer, en pro del interés común, los derechos que les otorgan los contratos satélites. En definitiva, podemos encontrar en el acuerdo de *joint venture* cláusulas por la cuales los socios se comprometen a tomar a favor de la sociedad conjunta, medidas que exceden de las exigibles dentro del marco estricto de su calidad de accionistas.

Cláusulas sobre la resolución de conflictos

Según la experiencia de Altozano y Portero [2003: 181], las cláusulas sobre la resolución de controversias, se vierten a menudo en el contrato con una elaboración más incompleta o rudimentaria que el resto. Ello es debido a que se negocian al final, cuando las partes están “desgastadas” por largas sesiones sobre puntos anteriores y les apremia concluir el negocio cuanto antes. Sin embargo son estipulaciones de gran importancia puesto que si a lo largo de la vida del contrato surgiese el conflicto y la relación entre los partícipes se deteriorase, una cláusula oscura o incompleta sería un elemento más de controversia que tropezará con la disputa de fondo existente, dificultando la solución definitiva. Por ello estas cláusulas deben huir de fórmulas estandarizadas y adoptar mecanismos en función de la naturaleza y características del negocio pactado.

En el punto 2.3 del capítulo II, hemos tratado ampliamente el problema del bloqueo en la toma de decisiones conjunta y los mecanismos tradicionales para su resolución en casos extremos, no obstante, las últimas tendencias consisten en adoptar una serie de mecanismos alternativos, conocidos como *alternative dispute resolution* o ADR, cuyo objetivo es agotar todas las posibilidades de arreglo pacífico antes de acudir a estos sistemas tradicionales. Vamos a comentarlos someramente.

El espíritu de los mismos es ante todo disuadir de que se inicie o continúe una disputa. Se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que las partes, en principio, son libres de acudir a un ADR, decidir que organización o persona se encargará del proceso, determinar al procedimiento que se vaya a seguir, optar por participar personalmente o hacerse representar, y decidir sobre la obligatoriedad o no del resultado de dicho proceso —a diferencia del arbitraje que siempre es vinculante—.

Ambos sistemas, tradicionales y ADR, pueden ser complementarios, por ejemplo, las partes pueden acudir a la ADR en el curso de un arbitraje si pareciese que la desavenencia puede resolverse amistosamente, o por el contrario, pueden acudir al arbitraje si fracasa la búsqueda de esa solución amistosa mediante la ADR.

A grandes rasgos los mecanismos previstos son: la negociación, la mediación, la evaluación de un tercero neutral, el mini juicio, y la posibilidad de combinar los anteriores.

La inclusión expresa de una cláusula de negociación por la que las partes intenten de buena fe poner solución a sus diferencias, no sólo desempeña la función de acercar y dirimir posiciones, sino que también es el primer paso requerido en la mayoría de las cláusulas de ADR en las que se prevén diversos tipos de reuniones y consultas. Además al pactarse como obligación contractual, su incumplimiento podrá justificar la mala fe o la exigencia de daños a aquella parte que haya iniciado un procedimiento judicial o arbitral contra la otra sin haber respetado el periodo de negociación. Estas cláusulas se critican porque pueden retrasar la solución de un problema con reuniones improductivas si las posiciones de las partes están muy enfrentadas, sin embargo en *joint ventures* en las que intervienen varias partes y las razones del incumplimiento pueden deberse a situaciones intrincadas derivadas de contratos interrelacionados, un último intento pacífico no tiene porqué ser una pérdida de tiempo, si el plazo para intentar la negociación es corto.

En la mediación uno o varios terceros independientes e imparciales intentan colaborar con las partes para que alcancen una solución negociada basada en aspectos de tipo comercial y económico, no en fundamentos legales. Puede ser un método económico y eficaz, sin embargo tiende a ser más dilatada en el tiempo que la negociación y entraña la intervención de un tercero al que hay que informar sobre situaciones delicadas y confidenciales. Por ello no es recomendable pactarla como sistema obligatorio previo al arbitraje o al procedimiento judicial escogido, debería pactarse como facultativo si las partes se encuentran en disposición. Asimismo, al igual que en la negociación, debería fijarse un periodo máximo para resolver la disputa por esta vía.

Mediante la evaluación de un tercero neutral, un experto independiente emite una evaluación sobre uno o más aspectos del asunto controvertido entre las partes, que puede

ser de diversa índole. La intervención profesional de un tercero en la disputa, ya se denomine neutral, experto, perito o de otra forma, podrá tener carácter consultivo o vinculante, según se decida y aplicarse, bien como mecanismo exclusivo de ADR, bien en el seno de un arbitraje para fundamentar, en todo o en parte, su resolución.

En el mundo anglosajón a veces se utiliza el método del mini-juicio (*mini trial*). Las partes se reúnen ante, al menos un alto directivo de cada una de ellas, junto con un abogado y un tercero neutral. La parte interesada expone verbal y directamente sus pretensiones y es contestada por la contraparte. La finalidad es abordar el problema ante los máximos responsables, sin intermediarios y de manera clara para fomentar el arreglo mediante negociación. El tercero neutral, después de las exposiciones orales, emite una propuesta de acuerdo y las partes negocian sobre esa base.

Cuando el ADR previsto en el contrato no ha resuelto la controversia, o cuando su decisión no es vinculante, deberá utilizarse un sistema definitivo para resolverla, como arbitraje, tribunales, etc. —expuestos en el punto 2.3 del capítulo II—. En la práctica, la inmensa mayoría de las *joint ventures* internacionales contienen cláusulas de arbitraje a la medida de sus particularidades [Altozano y Portero, 2003: 193], sin embargo en los complejos contratos de los negocios internacionales la elección del procedimiento no debe ser automática, ya que hay que ponderar las ventajas de cada sistema, especialmente si el negocio recae sobre naciones diferentes.

2.2. LOS CONTRATOS SATÉLITES

Acabamos de examinar las disposiciones de fondo contenidas, normalmente en el acuerdo de base, es decir, los principios que se imponen para la organización y funcionamiento de la *joint venture*. Junto lo anterior surge la necesidad de concreción de aspectos particulares de la relación⁸³ que aparecen determinados en el acuerdo preliminar pero que resultan imposibles de cerrar al concluir dicho acuerdo. Su plasmación jurídica se realiza en un marco de regulación independiente del contrato de cooperación, por lo que suelen denominarse contratos satélites. En ellos se establece una regulación más detallada para los aspectos singulares de una sociedad conjunta.

La característica de los contratos satélites no se debe a su contenido negocial, que puede ser muy diverso, sino a que como sujetos de los mismos aparecen por una parte, la empresa o sociedad conjunta, y por otra, una de las sociedades intervinientes, mientras que en el acuerdo base las partes firmantes son únicamente las sociedades intervinientes. La finalidad que persiguen tampoco es la misma siempre. En ocasiones se redactan debido a la conveniencia de proporcionar una regulación más detallada a un conjunto de obligaciones fuera del contrato que da cobertura a la operación, y otras veces vienen determinados por la imposibilidad de acordar todos los detalles de esta regulación en el momento de celebración del contrato base.

⁸³ Contratos de marcas, *know how*, licencias, patentes, asistencia técnica o comercial, suministros a la sociedad o empresa conjunta etc.

La pregunta inmediata es ¿por qué no se reagrupan todos estos contratos, junto con el acuerdo base en un documento único? ¿Por qué la *joint venture* se plantea inevitablemente bajo la forma de un grupo de contratos? La razón es eminentemente práctica en la mayoría de los casos. La instrumentación de la relación mediante acuerdos separados permite que los detalles de la ejecución de los mismos se adapten con facilidad a las circunstancias. De este modo los acuerdos pueden evolucionar por separado, sin que ello suponga una renegociación del conjunto, hecho que constituye un factor de seguridad⁸⁴. Además si hay terceros que deben intervenir en ciertos aspectos del “aparato contractual”, como por ejemplo bancos que vayan a proveer cierta financiación, es útil que sólo se adhieran a los documentos que tienen que ver con el dominio de su intervención. Junto a lo anterior, tanto el acuerdo base como los contratos satélites tienen la ventaja de poseer mucha flexibilidad estructural, que consiste en que las partes puedan adaptar los términos y cláusulas de los mismos para satisfacer sus necesidades específicas. Se debe a que se negocian directamente con la contraparte lo que favorece la flexibilidad. Para concluir con esta explicación el acuerdo de base y los contratos satélites no coinciden en el tiempo.

Los contratos satélites hacen dinámica la relación del copartícipe con la empresa o sociedad conjunta, al permitir [Esteban, 1999: 44] “el aplazamiento de la exigibilidad de obligaciones ya establecidas en el acuerdo 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”.

De resultas de todo lo anterior podemos pensar en la *joint venture* como en un sistema de contratos jerarquizado, en el que el acuerdo base constituye la verdadera expresión de la voluntad de las partes, mientras que los contratos satélites concretizan ciertos aspectos de la relación. Sin embargo, ya hemos mencionado que pueden aparecer contradicciones entre ciertas cláusulas que los copartícipes insertan con naturalidad en el acuerdo base y ciertas sujeciones legales a las que se deben plegar los acuerdos satélites. La lógica del sistema apuntaría a que dichas contradicciones deberían ser resueltas a favor del acuerdo base, pero ¿es siempre posible?, porque no se trata, simplemente, de la preeminencia de uno frente a los otros, sino de la validez misma de ciertas cláusulas del acuerdo en términos legales.

A continuación vamos a comentar las relaciones jurídicas que se establecen entre el acuerdo y los contratos para lo cual debemos comenzar analizando las contradicciones que se pueden producir entre ambos. Tres tipos de cláusulas permiten ilustrar el particular:

- Las cláusulas sobre la duración que gobiernan la existencia misma de los acuerdos.
- Las cláusulas relativas a la organización del poder, sobre las que hemos mencionado que la autonomía de la voluntad de las partes choca contra ciertas disposiciones legales.
- Las cláusulas relativas al derecho aplicable en caso de conflicto.

⁸⁴ Nos referimos a la incertidumbre la iniciar de nuevo otro proceso de negociación.

En cuanto a la primera, vamos a ilustrarlo con un ejemplo. ¿Están los partícipes obligados a liquidar una sociedad conjunta constituida por un determinado número de años si al fin de los mismos el acuerdo base ha expirado, pero han descuidado ese asunto en los contratos satélites o en los estatutos de la sociedad? Dos ideas permiten responder positivamente a la pregunta, que es lo que parece exigir la lógica de la *joint venture*. Por un lado está la causa jurídica y por otro el sistema de contratos. La causa jurídica, permite a las partes, teóricamente, invocar el contenido del acuerdo base para finalizar el contrato de sociedad. En la práctica no es tan claro porque nuestro derecho acostumbra a considerar el contrato de sociedad como un pacto autónomo, cuya finalidad es la creación de una sociedad. En relación al sistema de contratos, parece que éstos al estar jerarquizados deberían funcionar de manera coherente entre ellos. En conclusión, la prudencia aconseja precisar claramente en los acuerdos satélites, siempre que sea posible, la existencia de una cláusula resolutoria y no dar por sentado que éstos han de remitirse al texto principal.

Continuando con las contradicciones, lo inmediato es pensar el algo que ya hemos mencionado: el espíritu del reparto de poder de la sociedad conjunta y los principios legales del derecho de sociedades al respecto. El conflicto puede resultar, por ejemplo, de la superposición de un comité de estructura paritaria al que puede exigirse unanimidad en la toma de decisiones, según el acuerdo base, y de los órganos clásicos de dirección de la sociedad que actúan por mayoría. La contradicción es mas profunda que la simple discrepancia entre las disposiciones del derecho y la lógica contractual de la *joint venture*. Mientras que en la sociedad el compromiso de los accionistas está limitado a la suscripción y liberación del capital comprometido, en la sociedad conjunta por el contrario, la inversión en acciones es la contribución menos importante frente a la aportación de tecnología, conocimientos de mercado, etc.

Por último en lo que a la resolución de conflictos se refiere, los socios tienen a preferir en el acuerdo base la adopción de aquéllas soluciones menos “traumáticas”⁸⁵, mientras que en los contratos satélites, la ley puede imponer la obligatoriedad de someterse al derecho de uno de los socios y a los tribunales. También puede suceder que el derecho nacional elegido en el acuerdo base sea diferente del que el derecho obliga a seguir en caso de conflicto. Como no puede ser aplicada una cláusula contraria a derecho, ésta resultaría nula, y si dicha cláusula tienen una importancia sustancial para las partes puede hacer nulo el conjunto contractual.

En conclusión podemos identificar tres actitudes en el plano teórico para entender la relación entre el acuerdo de base y los contratos satélites:

- La primera, que consiste en la *autonomía total de los diferentes textos contractuales*, no es satisfactoria porque niega ciertos aspectos del equilibrio contractual. En efecto, la *joint venture* se articula en torno a un objeto social único, con independencia de que sean necesarios para su regulación diversos documentos contractuales. La voluntad de las partes sólo puede apreciarse en el conjunto, por lo que tomar un

⁸⁵ Hemos tratado esta cuestión en el capítulo II, en el apartado denominado “El problema del bloqueo en la toma de decisiones”

contrato satélite de manera aislada puede suponer un desequilibrio a favor de una de las partes, que se explica por las contrapartidas que contienen otros documentos.

- La solución opuesta, que considera a *los acuerdos satélites como anexos del acuerdo de base* es, de igual manera, excesiva. Aún admitiendo que no debe ser descartada, es demasiado rígida porque reduce la flexibilidad necesaria para la evolución del conjunto. Cualquier “accidente” encontrado en algún acuerdo, no debe, forzosamente, poner en tela de juicio la existencia del pacto fundamental. Además, puede ser deseable someter los grandes principios de la *joint venture* al arbitraje, y disposiciones concretas de un contrato satélite a un derecho nacional. De la misma manera puede darse el caso de que dos exportadores creen una sociedad conjunta en un tercer país y sometan el acuerdo base a su derecho y los contratos satélites al derecho del país anfitrión.
- La solución satisfactoria la encontramos en una vía intermedia. Consiste en *respetar la autonomía de los contratos satélites sabiendo que tienen el deber de referirse al acuerdo base*. Éste tiene la función de norma interpretativa. El redactor del acuerdo tiene que facilitar la tarea a quienes deberán aplicarlo posteriormente, bien cuidando la redacción del mismo desde el preámbulo, bien insertando una cláusula que defina las reglas prevalentes entre los diferentes elementos del montaje contractual. También convendría indicar que en caso de nulidad del acuerdo base los contratos satélites no tienen validez. Esto pone de manifiesto la jerarquía entre las diferentes normas que podemos comparar, *mutatis mutandi*, a la que se establece entre la constitución, la ley y los reglamentos en los derechos nacionales.

Para terminar vamos a mencionar algunos de los contenidos más frecuentes de los contratos satélites. A continuación enumeramos, sin ánimo de exhaustividad, los que consisten en el desarrollo de aquellos medios puestos a disposición de la *joint venture*:

- Acuerdos de financiación, contratos de préstamo.
- Acuerdos de puesta a disposición de personal.
- Acuerdos relativos a la propiedad industrial o intelectual como por ejemplo:
 - Licencia de patentes y marcas.
 - Transmisión de conocimientos técnicos secretos o *know-how*.
- Suministro de materias primas o de productos intermedios.
- Compra de la producción de la sociedad conjunta.
- Distribución de los productos de la sociedad conjunta.
- Arrendamiento de inmuebles o terrenos.
- Distribución de productos terminados.
- Contratos relativos a la construcción de las instalaciones que explotará la *joint venture*.
- Asesoramiento o dirección de la empresa, etc.

Éstos son formas de contratos clásicos o típicos dentro del marco de la empresa o sociedad conjunta por lo que no vamos a dedicarles tanto desarrollo como a otro tipo de contrato satélite de especial interés en este capítulo jurídico: la elección del tipo social.

3. SEGUNDO NIVEL DE REGULACIÓN JURÍDICA: LA ELECCIÓN DEL TIPO SOCIAL

Al definir la *joint venture* hemos optado por un concepto que no implica, necesariamente la presencia de una sociedad común. Cuanta más autonomía se quiera dar a la *joint venture* y a sus directivos en relación con las sociedades partícipes, mas fuerte será la tendencia a elegir formas sociales clásicas, y a reconocer mecanismos de poder a los que se está habituado. Un sistema contractual confía el poder a uno o varios comités donde, psicológicamente, la legitimidad será más difícil de afirmar tanto con los empleados como con las sociedades fundadoras. Cuando la *joint venture* resulta ser *corporate*, la sociedad creada al efecto es una de las piezas esenciales del montaje jurídico. Los estatutos, (y ocasionalmente el reglamento interior), son el tipo más importante de los acuerdos satélites. No obstante tenemos que preguntarnos primero por las razones fundamentales para crear o no una sociedad.

Las razones para decidirse a constituir una sociedad son diversas. Las que primero se tienen en cuenta son los imperativos económicos e industriales, pero a continuación vienen las consideraciones financieras y fiscales. Por último las razones de tipo jurídico tampoco están ausentes. Vamos a comentarlas brevemente.

La formación de una entidad jurídica independiente conlleva el establecimiento de una contabilidad separada, que proporciona una *mejor visibilidad* sobre la evolución de la actividad. Puede, asimismo ser un medio de recurrir a fuentes de financiación que no estarían abiertas para los componentes de la *joint venture* tomados individualmente. La entidad común podría también ser utilizada como centro de gestión de la tesorería en caso de que reuniera diversas unidades operativas. Los elementos relativos a la fiscalidad también son determinantes a la hora de formar una entidad social distinta. Aunque son demasiado complejos para detallarlos aquí y se alejan del tema de esta tesis, vamos a comentarlos someramente. Hay tipos de cuestiones que deberían plantearse y que pueden influir sobre la decisión de crear una entidad social distinta, sobre su forma y su localización:

- Los costes fiscales relacionados con la formación de la sociedad conjunta. La transmisión de aportaciones inevitables a la sociedad conjunta, acciones, activos, inmuebles, derechos de propiedad industrial, son generalmente objeto de imposición.
- Los costes fiscales relacionados con los flujos de ingresos que obtienen los socios. Se trata de dividendos, rentas o intereses.

Por último y en relación con las consideraciones de tipo jurídico, la capacidad de efectuar actos jurídicos puede, por si misma, justificar la presencia de un ente dotado de personalidad jurídica. La limitación de la responsabilidad es otro factor importante por ejemplo en el caso de una sociedad comercial que se embarca en una operación arriesgada. También influye en la decisión de formar o no un ente societario la naturaleza de los pode-

res que queremos otorgar a los directivos de la *joint venture* y a los órganos de control que se desee imponer.

Como consecuencia de todo lo anterior, escoger una institución de Derecho Mercantil adecuada a las intenciones de las partes es una cuestión esencial para el éxito de cualquier proyecto, aunque en ocasiones no exista un único tipo que se adapte a las necesidades de los socios. Los copartícipes deberán elegir el instrumento jurídico más idóneo para realizar el procedimiento de cooperación teniendo muy presente el hecho de que bajo la denominación de *joint venture* se recogen desde operaciones basadas en acuerdos contractuales de colaboración conjunta, (*joint ventures* contractuales o *Non-Equity joint ventures*), hasta éstas situaciones de creación de una nueva sociedad bajo un control conjunto de los partícipes de la operación, (*joint ventures* societarias o *Equity joint ventures*). A todo lo anterior hay que añadir que la legislación no mantiene un contacto realista con el cambio económico, motivo por el que los hombres de negocio utilizan de *facto* mecanismos, ni reconocidos ni facilitados por el legislador.

En este apartado vamos a analizar en primer lugar la adecuación o no de los mecanismos legales existentes en España a la hora de constituir sociedades o empresas conjuntas. A continuación realizaremos un sucinto recorrido por algunas legislaciones de derecho europeo continental, (derecho romano-germánico), y por aquellas de derecho anglo-americano, cuna de la *joint venture*. Por último comentaremos aquellas cuestiones que tendría que regular una hipotética ley que pretendiera crear un instrumento jurídico específicamente adaptado a las *joint ventures*.

En los países de derecho anglosajón, la elección de una forma societaria es relativamente sencilla. El régimen general de la *corporation*, sociedad de capital genérica, se adapta a las necesidades de las partes, aunque suele optarse por una sociedad cerrada, *close corporation*⁸⁶. Por el contrario, en los países de derecho romano-germánico, la elección del tipo social constituye un problema más complejo puesto que se trata de adaptar una “institución” de origen anglosajón a una reglamentación totalmente diferente. De hecho, todas las formas societarias continentales fueron concebidas para responder a objetivos diferentes de aquellos de los copartícipes en una *joint venture*.

Con carácter previo a lo que acabamos de enunciar debemos exponer, en aras de un mejor desarrollo de la explicación, una serie de consideraciones conceptuales acerca de la inacabable controversia doctrinal en relación con la existencia y significado de dos tipos sociales capitalistas, (Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada) y la deseconomía jurídica inherente al carácter necesariamente superfluo de una de ellas. En Derecho anglo-americano se ha optado por el establecimiento de un “sistema unitario” de sociedades de capital, por lo que el estatuto jurídico de la *corporation* goza de una gran flexibilidad. Por el contrario, en Derecho europeo continental, y en el español en particular, las

⁸⁶ En EE.UU se considera la *joint venture* como una “sociedad cerrada”. La *close corporation* se define como aquella que tiene un pequeño número de accionistas, sus acciones no salen al mercado y hay una participación importante del accionista mayoritario en la administración de la sociedad. No obstante la traducción de sociedad cerrada no tiene ningún reconocimiento legal en nuestro país.

sucesivas reformas de la normativa aplicables a las sociedades capitalistas, siempre se han decantado en favor del mantenimiento de dos formas jurídicas de sociedades de capital: la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada; de tal suerte, que las sociedades de capital han quedado sometidas a un sistema de soberanía compartida, prevalente en derecho comparado, denominado “sistema dualista” [Fernández de la Gándara, 1994]. El establecimiento de dicha “dualidad”, plantea de modo inmediato la necesidad de diferenciación entre ambos tipos sociales.

Junto con la existencia de esa “dualidad” social hay que tener en consideración que no todos los ordenamientos dentro del Derecho europeo continental regulan de la misma manera las sociedades de capital. En Alemania, por ejemplo, existe un modelo de sociedad anónima más rígida que en Italia, o Suiza. Como veremos en el punto siguiente, tampoco es homogénea la separación entre sociedad anónima y limitada. Por ello la elección de una forma jurídica para la *joint venture* depende de la regulación existente en cada ordenamiento. Lo habitual es buscar formas societarias tolerantes con la autonomía de la voluntad de las partes.

4. LOS TIPOS SOCIETARIOS ACTUALES EN ESPAÑA

Las últimas dos décadas han sido testigos, debido en buena medida a la presión del mundo empresarial y jurídico español, de la modernización de la estructura organizativa y dimensión funcional de un dispositivo societario, que por su propia naturaleza se había mostrado escasamente apto, en general, para atender la evolución de las relaciones empresariales e industriales de nuestro país.

Vamos a adelantar la conclusión general: lo cierto es que no existe una figura societaria que se amolde a las características que debe tener una sociedad conjunta, por lo que la adecuación de estos pactos a la normativa española constituye uno de los ejes centrales de la problemática que conlleva la creación de una sociedad de estas características en nuestro país.

4.1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS

Las sociedades de capitales son las más utilizadas como instrumento jurídico de las sociedades conjuntas debido a su régimen de limitación de responsabilidad. El establecimiento del sistema dualista presenta el problema de cuál utilizar y que además está en función de la rigidez de la reglamentación de cada una y de si existen entre ellas diferencias nítidas o no, como desarrollaremos a continuación.

En España existe un modelo relativamente flexible de sociedad anónima, aunque la sociedad de responsabilidad limitada se ha convertido en el tipo más empleado con carácter general. Miquel [1998: 265], menciona que “los problemas de adaptación de la sociedad conjunta a los corsés societarios, comunes a los distintos ordenamientos, no son extraños a la práctica española. La situación, en relación a la sociedad conjunta, se presenta como una variedad específica de una realidad de larga tradición. Históricamente ha sido frecuente la utilización de la forma de anónima para fines distintos de los previstos por el legislador; no descubrimos nada nuevo al señalar que en nuestro Derecho ha sido (y es) habitual la existencia de sociedades cerradas o de carácter familiar, que de anónimas sólo tienen el nombre, y que constituyen claros ejemplos de la deformación de la sociedad anónima”.

La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada

Para analizar la adecuación de las sociedades capitalistas a la sociedad conjunta, tenemos que abordar el problema ya mencionado del “sistema dualista”. Por lo que a la sociedad anónima se refiere, cuatro son, en teoría, los rasgos de caracterización dotados de alcance diferenciador. Siguiendo a Fernández de la Gándara, [1994: 38]:

- En primer lugar la mayor rigidez de su regulación, debido a que la propia complejidad de organización de la sociedad abierta requiere la necesaria protección de los

intereses de los socios inversores y de terceros acreedores. La consecuencia es una menor autonomía de voluntad de los fundadores a la hora de configurar la estructura interna propia de la sociedad y un mayor rigor en la organización y funcionamiento de la sociedad.

- En segundo término, y como consecuencia de lo anterior un predominio de normas imperativas de carácter tutelar.
- El tercer rasgo consiste en la existencia de un número de socios elevado, congruente con su vocación de acudir al ahorro público, y más en concreto a su financiación a través del mercado de capitales, lo que las dota de un carácter verdaderamente anónimo en la composición de su accionariado.
- Finalmente, su condición de “sociedad pública” o “abierta”, es decir, que recurre al menos potencialmente, al ahorro público queda sometida a un estatuto administrativizado establecido por el Derecho del mercado de capitales.

En relación a su adecuación para la constitución de sociedades conjuntas, la vigente Ley de 1989 configura una sociedad anónima⁸⁷ más rígida que la de 1951, por lo que ahora no parece la mejor de las opciones posibles para una sociedad que debe ser muy flexible.

El primer punto de fricción lo encontramos en la primera nota diferenciadora, puesto que no podrá intervenir la autonomía de la voluntad, al menos directamente, a la hora de configurar la estructura interna de la sociedad. Nos referimos a cuestiones tan importantes como la constitución de la Junta General, la forma de adoptar acuerdos, o la representación en las Juntas, por ejemplo. Tampoco son adecuadas las normas imperativas relacionadas por la publicidad a la que está obligada la sociedad anónima.

Otro serio inconveniente, consiste en la esencia de la sociedad por acciones. Legalmente los valores representativos del capital, que confieren a una pluralidad de personas la condición de socio, están concebidos para circular. Por el contrario, en una sociedad conjunta el número de socios se reduce por lo general a dos o tres copartícipes, y además la transmisión de la condición de socio, debe configurarse de manera muy restrictiva. Para soslayar este problema y adaptar en la práctica una SA a una sociedad conjunta, se recurre a pactos parasociales. Además de la inclusión de restricciones estatutarias, es posible prohibir totalmente la enajenación de acciones durante un plazo máximo de dos años desde que se constituye la sociedad, período que sin embargo, puede no ser suficiente para satisfacer las necesidades de los socios⁸⁸. Se aprecia de nuevo que la regulación de la LSA no responde a las necesidades de la sociedad conjunta.

Todos estos inconvenientes que suponen rigideces se deben a que en teoría la sociedad anónima es el tipo que debiera ser empleado por aquellas sociedades que quieren acu-

⁸⁷ La sociedad anónima se regula en la Ley de Sociedades Anónimas 19/1989, (TR de 29 de diciembre de 1989).

⁸⁸ El artículo 123.4 del Reglamento del Registro Mercantil permite inscribir una prohibición absoluta de transmisión voluntaria durante los dos años siguientes a la constitución de la sociedad. Debe entenderse de la lectura del precepto que se deduce claramente que sólo será posible inscribir una cláusula de esas características en el momento inicial. Sin embargo Velasco [1995: 5971] sostiene que el carácter reglamentario de la norma y su contradicción con el artículo 63.2 de la LSA, le confieren una legalidad dudosa.

dir al ahorro público como forma de financiarse, hecho que no acontece en la sociedad conjunta, por lo que no sería aconsejable la forma de anónima. Aunque en previsión de un posible crecimiento futuro de la sociedad podríamos desear el mantenimiento del control, siendo conveniente el recurso al mercado de valores.

Las razones para su uso además de la limitación de la responsabilidad y la posibilidad de emisión de obligaciones, (que no tiene la sociedad de responsabilidad limitada), están relacionadas con el control conjunto. En este sentido podemos mencionar dos peculiaridades de la sociedad anónima que la harían adecuada en este sentido:

- La emisión de acciones sin voto, permitiría que los socios tuvieran el mismo derecho a voto sin que la aportación fuera necesariamente idéntica, de esta forma la mayor participación en la sociedad se manifestaría únicamente a la hora de repartir beneficios. No debe perderse de vista que bajo determinadas circunstancias la acción sin voto adquiriría con carácter temporal ese derecho. Esta peculiaridad que puede romper el equilibrio político, hace que este recurso sólo sea parcialmente adecuado, aunque podrían elevarse las mayorías necesarias para que incluso aunque las acciones sin voto obtuvieran temporalmente ese derecho, se mantuviera el control conjunto.
- El artículo 105.2 permite limitar el número máximo de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo.

En segundo lugar, podemos caracterizar a la sociedad de responsabilidad limitada⁸⁹ mediante los siguientes rasgos [Fernández de la Gándara, 1994: 38]:

- Se le otorga una mayor autonomía de la voluntad de las partes que a la sociedad anónima en la configuración de la estructura organizativa interna de la sociedad por vía estatutaria. Su régimen más flexible la convierte en un instrumento organizativo más polivalente.
- Su carácter cerrado se ve reflejado en una base personal integrada por un reducido número de socios, por lo que las características personales de los mismos adquieren una relevancia tal, que existen restricciones formales y materiales a la libre transmisión de las participaciones sociales.
- Por último no es posible incorporar a las participaciones sociales, títulos valores, por lo que esta forma social queda apartada de los mercados de capitales.

Esta notas manifiestan el carácter híbrido que la sociedad limitada debería tener en cuanto que dentro de la misma conviven elementos capitalistas y personalistas y que son adecuados al espíritu de la sociedad conjunta, por lo que como veremos, éste es el tipo social que mejor se adapta a las necesidades de las partes, y por ende a la sociedad conjunta, aunque presente ciertos problemas.

El primer problema consiste en que aunque la reforma de 1995 ha caracterizado un tipo social más flexible que la sociedad anónima, ha acentuado el carácter capitalista, y no

⁸⁹ Ley 2/1995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

ha logrado el equilibrio entre los elementos capitalistas y personalistas que parece que pretendía a tenor de lo que se puede leer en la Exposición de Motivos.

Otro inconveniente radica en que mantiene la obligatoriedad legal de constituir tanto junta, como órgano de administración, cuando los hechos muestran que en muchas sociedades cerradas no es conveniente limitar la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de configurar sus derechos y obligaciones. Como aclaramos en los párrafos siguientes un solo órgano es suficiente para el gobierno de la *joint venture*.

Para la sociedad conjunta es inadecuada la rigidez en materia de órganos. Es dudoso el fundamento de exigir que los acuerdos en las sociedades cerradas se tomen por medio de una Junta general, con las formalidades que se exigen para su constitución y toma de acuerdos. Esta exigencia legal no encaja bien con la bilateralidad pues se dará el caso de que en una sociedad paritaria los miembros de ambos órganos serán los mismos. Esto sucederá para todas las sociedades de carácter cerrado, muy especialmente cuando los socios son personas físicas.⁹⁰

Cuando los socios son personas jurídicas, como es el caso habitual en una sociedad conjunta, la consecuencia es la misma aunque es algo más compleja. Por un lado los socios, miembros de la Junta, serán dos normalmente; por otro, cuando se elige organizar la administración a través de un consejo, habrá más administradores que socios. Los representantes de los socios de la sociedad conjunta, podrán ser, aunque no necesariamente, miembros del órgano de administración de la sociedad conjunta. Carece de sentido que los mismos sujetos sean en unos casos socios y en otros administradores.

Ni la SA ni la SRL tienen la libertad de pacto necesaria para poder reunir a los dos órganos en uno solo, ya que esa dualidad orgánica es uno de los principios configuradores de ambos tipos societarios [Chuliá, 1995: 166]. Además la existencia de este principio configurador viene impuesta por las leyes, (art. 93 del TRLSA y 43 y ss. de la LSRL). El único beneficio que una sociedad paritaria puede obtener de esa dualidad orgánica es una alternativa más a una posible situación de bloqueo, que es el peligro mayor en este tipo de sociedades, siempre que se tenga la cautela de nombrar a distintas personas en cada uno de los órganos.

Existe un punto importante en la regulación de la SRL en relación con su adecuación con la sociedad conjunta y es que las participaciones sociales son esencialmente intrasmisibles. El artículo 30 de la LSRL considera nula la cláusula que haga prácticamente libre la transmisión voluntaria *inter vivos* de la participación, y contiene dos previsiones de interés para la sociedad conjunta.

En primer lugar amplía a cinco años el período de tiempo máximo que pueden fijar los estatutos como prohibición de la transmisión voluntaria de las participaciones sociales. En segundo lugar admite la posibilidad de prohibir la transmisión voluntaria *inter vivos* de las participaciones, si bien en este caso se obliga a los estatutos a reconocer un derecho

⁹⁰ La sociedad anónima familiar es un ejemplo muy representativo de las sociedades cerradas cuyos socios son personas físicas, y en las que se produce una identidad absoluta entre administrados y administradores.

de separación del socio en cualquier momento. Este medio de protección ante cambios repentinos del accionariado está muy en consonancia con el espíritu de la sociedad conjunta.

Confusión de hecho entre la SA y la SRL

Dicho todo lo anterior, hemos de mencionar que las notas caracterizadoras de ambos tipos societarios tienen un carácter teórico o tendencial, puesto que existen factores que dificultan la diferenciación entre un modelo y otro en la práctica.

En primer lugar los rasgos de la SRL tienen cabida en una SA flexible. La SA, lejos de convertirse en la forma jurídica típica de la empresa de grandes dimensiones, que para la financiación acude al ahorro público, es, en la praxis de los negocios, un instrumento organizativo múltiple susceptible de utilización por la pequeña y mediana empresa.

La sociedad de responsabilidad limitada, sin perder su tradicional significación funcional en el campo de las empresas de pequeñas y medianas dimensiones, se ha transformado definitivamente en un instrumento apto para servir de vestidura jurídica a las grandes empresas, al no venir constreñido por arriba, ni en cuanto al número de socios ni en cuanto a volumen de capital. Puesto que la dimensión no es un criterio entre una y otra, la oferta legislativa queda reducida a una simple cuestión de preferencias, al margen de toda coherencia interna y sin otra finalidad que resolver problemas prácticos concretos.

Podemos afirmar que la sociedad limitada, se sitúa a caballo entre la pequeña anónima y la colectiva con responsabilidad limitada. Salvo en la prohibición de acudir al mercado de capitales para su financiación, el modelo organizativo de la limitada sigue siendo equiparable e intercambiable al de la sociedad anónima cerrada. Las diferencias entre ambas se han desdibujado hasta tal punto, que sería inoportuno buscar criterios de diferenciación entre ambas.

Si dentro del marco de la UE, se ha optado claramente por el sistema de dualidad de tipos de sociedades de capital, resulta contradictorio seguir regulando la sociedad de responsabilidad limitada, como una subespecie de sociedad anónima, que en cuanto tal se halla sujeta a una normativa común, no sólo en el ámbito de las relaciones jurídicas externas, sino también, en buena medida, en la esfera de organización estructural interna⁹¹. El resul-

⁹¹ Los elementos de cuño capitalista de la SRL aproximan su estatuto al de la SA. Este acercamiento se lleva a cabo en cuatro puntos:

- La regulación de un régimen sustantivo más riguroso en defensa del capital social, exigiéndose tanto el íntegro desembolso de las participaciones como una severa disciplina sobre infracapitalización del nominal.
- Establecimiento de una más intensa tutela del socio y de la minoría. El reforzamiento de los derechos del socio va incluso más lejos que el establecido en la Ley de Sociedades Anónimas. Ver a este respecto, por ejemplo, los artículos 87, 99, y 100.
- La estructura orgánica de la sociedad se basa asimismo en una dualidad orgánica, sin perjuicio de que, a través de la autonomía estatutaria pueda flexibilizarse la organización interna de la sociedad.
- En materia de cuentas anuales se ha optado por la remisión general a los preceptos establecidos en el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas.

tado ha sido, la tipificación de módulos organizativos intercambiables y como consecuencia de ello, la desnaturalización de ambos tipos societarios.

Por otro lado, aparentemente ambos tipos sociales vienen separados por el mercado de capitales. De ordinario, la sociedad bursátil será la sociedad anónima. Pero por debajo del umbral del mercado de capitales la situación se hace aún más confusa por la existencia de la sociedad anónima no bursátil o pequeña sociedad anónima que también presenta elementos organizativos intercambiables con la limitada de modo que las diferencias entre ambas se desdibujan y solapan.

En opinión de Fernández de la Gándara [1994: 48], “orientada la sociedad anónima, al menos tendencialmente, hacia la gran empresa, que cotiza en bolsa, la sociedad de responsabilidad limitada debería constituir, allí donde no se manifieste eficazmente la voluntad electiva del tipo social, la forma jurídica “standard” de las sociedades de capitales no bursátil”. Por ello la SRL debería descansar, sin merma de su estructura corporativa en su dimensión de carácter personalista, con un régimen jurídico simplificado y un estatuto regulador a la autonomía de los propios socios.

Si la limitada se convirtiera en la sociedad general para las empresas que se financian fuera del mercado de capitales, cualquiera que sea su tamaño, sería innecesario seguir manteniendo, por debajo del umbral de dicho mercado, ulteriores elementos organizativos de base corporativa. Ni siquiera la pequeña sociedad anónima como fórmula de transición a la sociedad anónima pública.

De haberse optado por un sistema unitario de sociedades de capital, la sociedad anónima cerrada, hubiera resuelto análogas funciones a las atribuidas en un sistema dualista a la sociedad de responsabilidad limitada.

En suma, la identidad de ambas figuras se hace errática, porque su mantenimiento genera una concurrencia estéril. La concepción teórica, que aconsejaría potenciar el uso de la sociedad anónima como instrumento de organización de grandes empresas, anónimas en la composición y número de su accionariado, que acuden para su financiación al mercado de capitales, se no está próxima a la práctica. En consecuencia la sociedad de responsabilidad limitada no ocupa el espacio que le corresponde en el marco de la ordenación de los tipos societarios, como sociedad general no bursátil de carácter personalista y estructura corporativa.

4.2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE ALGUNAS SOCIEDADES DE PERSONAS

Puede parecer paradójico el examinar el régimen jurídico de algunas sociedades personalistas puesto que estas formas societarias son cada vez menos utilizadas en general y sólo persisten, de manera residual, en pequeñas empresas que agrupan a personas físicas, mientras que la *joint venture* agrupa a personas jurídicas, Estados o grandes sociedades, normalmente, para proyectos de envergadura.

Pese a que su régimen de responsabilidad no es deseable, algunos de sus rasgos se adaptan perfectamente a las necesidades de las *joint ventures*: aquellos relacionados con el

elemento *intuitus personae*. El hecho de que las participaciones sociales no puedan transmitirse, salvo consentimiento unánime de los socios, o que el reparto de poder pueda adaptarse los imperativos de gestión en pie de igualdad, son elementos claves a la hora de dotar a la sociedad conjunta de una forma societaria.

Para ilustrar lo anterior abordamos de manera más detallada la adecuación de algunas de estas formas sociales a la sociedad conjunta.

La sociedad comanditaria simple y por acciones y la sociedad conjunta⁹²

En el capítulo I hemos visto que la sociedad en comandita tiene sus orígenes en la *comenda* medieval. La sociedad comanditaria por acciones es más moderna, pero también ha sido admitida desde antiguo. La sociedad comanditaria simple tiene un marcado carácter personalista, mientras que su homónima por acciones tiene una naturaleza capitalista. De hecho los regímenes supletorios de una y otra son distintos, mientras que para la primera se aplica el de la sociedad colectiva, para la segunda el de sociedad anónima. En la práctica su utilización es escasa debido a dos causas principales:

- La no existencia de limitación general de responsabilidad para los socios colectivos.
- La prohibición de participación en la gestión a los socios comanditarios.

Sin embargo pueden existir razones para utilizarla como sociedad conjunta si las partes están dispuestas a renunciar a la limitación de la responsabilidad, la cual puede suavizarse. “Cuando los socios son sociedades de capital, el problema es menos importante, al menos teóricamente, pues la exigencia de responsabilidad se detendrá en la misma sociedad, y no alcanzará a las personas físicas o jurídicas que están detrás de ella. Pueden incluso constituirse sociedades *ad hoc*, que tengan la consideración de socios colectivos, al objeto de arriesgar solamente una parte del patrimonio de la sociedad” [Miquel, 1998: 273].

La posibilidad no es tan complicada porque hoy en día los negocios se llevan a cabo más desde el grupo de sociedades que desde una sociedad aislada, por lo que la sociedad conjunta se establece a través de dos grupos de sociedades distintos.

Las ventajas que ofrece para formar una sociedad conjunta son las siguientes:

- Ventaja en la estabilidad de la administración, ya que un cambio de administrador supone una modificación estatutaria que requerirá el acuerdo de los dos socios.
- La comanditaria simple tiene una ventaja añadida respecto a la sociedad comanditaria por acciones, y es que la transmisión de la condición de socio es mucho más restringida y salvo disposición en contra en la escritura requiere el acuerdo de los demás socios.⁹³

⁹² Regulada en los artículos 151 a 157 del Código de Comercio, tras la reforma de 1989.

⁹³ En la sociedad comanditaria por acciones el régimen aplicable a la transmisión de acciones será el de la sociedad anónima, ya que los miembros de ese tipo de sociedad tienen la condición de accionistas.

- En la sociedad comanditaria simple, por aplicación de las normas de la sociedad colectiva, los socios podrán acordar la toma de decisiones, en la forma que mejor les convenga, es decir no es necesaria la dualidad orgánica de la SA y la SRL tan poco acorde con la sociedad conjunta.

Entendemos que es más adecuado el régimen de la sociedad comanditaria simple, pues aquello que no está a su alcance como la emisión de obligaciones o la posibilidad de que una parte de su capital se divida en acciones sin voto o poder acudir al mercado de valores, son cuestiones que generalmente no están en el ánimo de los fundadores de una sociedad conjunta.

4.3. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE OTROS TIPOS SOCIALES

En nuestro ordenamiento existen algunas otras figuras que conviene analizar. En primer lugar veremos la adecuación de la sociedad cooperativa a la hora de formar una sociedad conjunta, y a continuación, estudiaremos el caso de una serie de figuras creadas con la intención de favorecer la cooperación empresarial. Son la Agrupación de Interés Económico, la Unión Temporal de Empresas, y las cuentas en participación.

La sociedad cooperativa y la sociedad conjunta⁹⁴

El concepto de cooperativa es el fruto de elementos variados de naturaleza jurídica y económica, “sin que se pueda ignorar la influencia de los soportes ideológicos iniciales del movimiento cooperativo; estos son: el socialismo utópico y la doctrina social de la Iglesia católica” [Jiménez, 2002: 273]. La vigente Ley 27/1999, de Cooperativas, sin desconocer los principios diferenciadores de la economía social, opta por primar la dimensión empresarial mediante una empresa de propiedad conjunta. En concreto, en el artículo 1.1 define a la cooperativa como “una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático [...]”.

Las dos ventajas que tiene, fundamentalmente, la sociedad de capital a la hora de constituir una sociedad conjunta: la limitación de responsabilidad y una forma de organización conocida, pueden ser proporcionadas por la sociedad cooperativa.

Además presenta ciertas ventajas como que los socios se involucren en la gestión de la sociedad, o que a cada socio le corresponde un voto, con independencia de su participación. Ello posibilita una solución auspiciada por la propia ley a uno de los problemas de la sociedad conjunta que es conseguir equilibrar una participación desigual con un voto que tenga el mismo valor.

⁹⁴ Existen distintas leyes de ámbito autonómico sobre las cooperativas.

En cuanto a la posibilidad de exigir la unanimidad en la toma de decisiones, la Ley de Cooperativas lo permite expresamente en aquellas de segundo grado⁹⁵ que tengan solamente dos socios.

No obstante existen desventajas importantes para desarrollar un acuerdo de *joint venture* bajo la forma de sociedad cooperativa:

- El hecho de que la cooperativa tenga como finalidad desarrollar una actividad para satisfacer las necesidades económicas de los socios y no para obtener beneficios sociales repartibles, no está acorde con las expectativas de los socios de una sociedad conjunta.
- Tampoco es adecuado el reparto del patrimonio tras liquidarse la sociedad, ya que el activo sobrante, una vez reintegrados los importes de las aportaciones de capital, se pondrá a disposición del Consejo Superior del Cooperativismo.
- Asimismo, tanto el principio de puerta abierta, que permite la retirada del socio sin posibilidad de plantear restricciones, como la libertad de entrada de nuevos socios, son contradictorios en una sociedad conjunta.
- Finalmente, la necesidad de cinco socios para fundar una cooperativa de primer grado —estando la infrapluralidad sobrevenida sancionada por ley— tampoco se adapta a las necesidades de la sociedad conjunta. La argucia para soslayar este problema — utilizar una cooperativa como forma jurídica para una *joint venture* de dos socios—, sería formar una cooperativa de segundo grado: dos grupos de sociedades diferentes, que crearan cada uno de ellos una sociedad cooperativa, y éstas a su vez la sociedad conjunta cooperativa. La operación es más complicada y es probable que implique más dificultades que ventajas.
- También es necesaria la existencia de una serie de órganos⁹⁶, cuyas competencias están claramente determinadas, lo que como hemos visto para otros tipos sociales, contradice la flexibilidad de funcionamiento que necesita la sociedad conjunta.

En consecuencia vemos que la rigidez legal en la configuración del tipo, no lo hace adecuado para los propósitos de una sociedad conjunta.

La Agrupación de Interés Económico (AIE)⁹⁷

La AIE es una institución asociativa que tiene la finalidad de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad económica de sus miembros, que según los artículos 2 y 4 de la Ley pueden ser “personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y quienes ejerzan profesiones liberales”. Entre sus características vamos a citar que es un

⁹⁵ Se considera que una cooperativa es de segundo grado cuando sus socios son dos cooperativas, o si lo permiten las distintas leyes, personas jurídicas.

⁹⁶ Los órganos de una cooperativa son la Asamblea General, con unas competencias inderogables, un órgano de administración obligatorio llamado Consejo Rector, y además se establece el nombramiento de interventores.

⁹⁷ Ley 12/1991, de 29 de abril.

ente con personalidad jurídica propia en el que la responsabilidad de sus miembros es ilimitada. Asimismo la Ley señala que la AIE no tiene ánimo de lucro para si misma, aunque obviamente buscará el beneficio para sus socios. De ahí que los beneficios y pérdidas procedentes de las actividades de la agrupación sean considerados como beneficios de los socios y repartidos entre ellos en la proporción prevista en la escritura o, en su defecto, por partes iguales (art. 21 LAIE).

El artículo 1 le confiere personalidad jurídica y le otorga el carácter mercantil, además de establecer como supletorio el régimen de la sociedad colectiva. Su objeto se ha de limitar exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios, y no puede poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros (art. 3).

La ventaja que presenta para ser el instrumento a través del cual se formalice una sociedad conjunta estriba en la flexibilidad de su régimen legal, cuyo reflejo más claro es el régimen de toma de acuerdos y configuración de la gestión de la AIE, que se ajustan perfectamente al deseo de las partes de una sociedad conjunta. El artículo 10.2 indica que para tomar acuerdos referentes al objeto y duración de la agrupación, número de votos atribuidos a cada socio, requisitos para la adopción de acuerdos, y cuota de contribución de los socios a la agrupación; es necesaria la unanimidad. El resto de materias no señaladas en el anterior artículo se adoptaran por unanimidad, salvo pacto en contrario establecido en los estatutos de la agrupación. Esto permite configurar el control conjunto sin forzar en absoluto la figura, lo cual no se da ni en la sociedad anónima ni en la limitada. En resumen el régimen de formación de la voluntad es ideal para una sociedad conjunta.

En lo tocante al régimen de administración, existen una serie de disposiciones legales que no difieren de las impuestas a los administradores de una sociedad de capital y que son adecuadas para la sociedad conjunta, como por ejemplo el imponer al administrador el ejercicio diligente de su cargo y la obligación de guardar el secreto tras el término de sus funciones.

Entre las desventajas nos encontramos tanto el régimen de responsabilidad, que como ya hemos mencionado es ilimitado, y la limitación del objeto de la AIE a una actividad auxiliar de la que ejercen las partes. La solución a esos inconvenientes podría ser "la creación por parte de los participantes en la sociedad conjunta de sendas filiales que fueran a su vez los miembros de la AIE, y que hubieran adaptado sus respectivos objetos sociales al requisito de la actividad auxiliar" [Miquel, 1998: 107]; lo que es algo artificial o forzado.

Unión Temporal de Empresas⁹⁸ (UTE).

La UTE es una forma de colaboración entre empresarios por cierto tiempo, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra servicio o suministro. No tiene personalidad jurídica y la responsabilidad de sus miembros es subsidiaria, solidaria e ilimitada. El empleo de la UTE conlleva, además de las ventajas propias de la colabo-

⁹⁸ Ley 18/1982 de 26 de mayo, sobre el Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas.

ración empresarial, beneficios de carácter fiscal, lo que puede hacerla aconsejable en lugar de una forma de cooperación basada en la voluntad de las partes. Sin embargo presenta ciertos inconvenientes como vehículo para articular un acuerdo de *joint venture*.

En primer lugar como no tiene personalidad jurídica, sólo puede utilizarse para crear una empresa conjunta. Es decir las partes han de tener claro que no desean formar un ente societario. Por otro lado el hecho de que esté totalmente vinculada temporalmente al proyecto para el que se creó, puede originar una sensación de provisionalidad entre los participantes. De hecho en el ámbito internacional se recurre al contrato cuando la colaboración tiene este carácter temporal. Finalmente, la Ley impone la necesaria existencia de un gerente único que actúe en representación de la UTE, lo que no se adecúa a la existencia de un control conjunto, característica esencial de cualquier tipo de *joint venture*. Aunque se podrían instrumentar mecanismos para fiscalizar al gerente, no es habitual que la administración y representación de una sociedad conjunta se encomiende a una sola persona.

Cuentas en participación⁹⁹

Es una institución clásica de Derecho mercantil español a medio camino entre una sociedad y un contrato de colaboración. Como hemos visto tiene su origen en la comenda medieval, al igual que la sociedad en comandita, por lo que presenta paralelismos con esta última ya que existe un partícipe que realiza la aportación y un gestor que realiza las operaciones convenidas y rinde cuentas¹⁰⁰.

El artículo 239 del Código de Comercio establece que “podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”. En cuanto a su naturaleza jurídica conviene destacar que las cuentas en participación, aun cuando generen una comunidad de intereses, no pueden encuadrarse en el ámbito societario porque:

- La colaboración entre gestor y partícipe no debe trascender al exterior como fenómeno asociativo.
- No hay un patrimonio separado o común, porque la aportación del partícipe se integra en el patrimonio del gestor.
- No surge una organización colectiva que, como tal, se manifieste a los terceros.

En consecuencia la asociación de cuentas en participación no tiene ni personalidad jurídica ni un patrimonio común, aunque esto último no viene señalada en el Código de comercio, pero lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia. La ausencia de creación de un nuevo ente frente a terceros es, precisamente, lo que no la hace adecuada para constituir una sociedad conjunta (*joint venture corporation o equity joint venture*).

⁹⁹ Regulada en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio.

¹⁰⁰ Es el mismo esquema que cuando en la sociedad en comandita se distingue entre socios colectivos y comanditarios.

La segunda razón es aplicable tanto a la empresa conjunta como a la sociedad conjunta, y es que la gestión de las cuentas será llevada a cabo de manera exclusiva por una de las partes, que es el gestor. Esta escisión entre aportación y gestión, que constituye su elemento caracterizador más propio, es incompatible con el control conjunto que es el elemento principal tanto de sociedades como de empresas conjuntas.

Aunque estas son las razones fundamentales por las cuales, en la actualidad, creemos que el mecanismo no es adecuado. Sin embargo ya hemos mencionado que la *joint venture* presenta rasgos diferentes en distintos momentos históricos y lugares geográficos. Si relacionamos lo aquí expresado con la aproximación histórica al concepto¹⁰¹ podemos observar paralelismos entre las *joint ventures* estadounidenses del siglo pasado y las cuentas en participación.

En el caso de *Ross v. Willet et al.*, que como hemos mencionado fue la primera decisión judicial en la que se trata a la *joint venture* de manera separada, la calificación de la relación entre demandante y demandado en el Derecho español sería una asociación de cuentas en participación. “Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas anteriormente en relación a los orígenes estadounidenses de la figura y su posterior internacionalización, puede afirmarse que las cuentas en participación tienen muchos puntos comunes con las primeras *joint ventures*. La evolución posterior, marcada por el progresivo empleo de la sociedad de capital y la internacionalización de la figura, ha ido dejando en un segundo plano a las *joint ventures* meramente contractuales: en el ámbito del comercio internacional se recurre preferentemente a la sociedad, no al contrato” [Miquel, 1998: 115].

En conclusión resulta paradójico que tanto en la UTE como en las cuentas en participación, que se reputan como formas de colaboración flexibles y poco reguladas, exista un rígido régimen de gestión y administración diseñado por el legislador que los hace incompatibles con la práctica de una sociedad conjunta.

Comunidad de bienes

La comunidad es un efecto legal automático que deriva de la circunstancia de que varias personas concurren con derechos *homogéneos* a la titularidad de una cosa, sin importar la razón por la que se produce esa concurrencia [Carrasco, 1996: 307]. Ello está recogido en el art. 292 del Código Civil en los siguientes términos “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas”. No obstante, la comunidad de bienes no sólo engloba la comunidad en el derecho de propiedad (copropiedad o condominio), y en general cualquier otro derecho, sino también hay comunidad “cuando lo que se encuentra en cotitularidad no es un derecho subjetivo aislado, sino un patrimonio o un conjunto de bienes o una masa patrimonial” [Díez y Gullón, 2001: 72].

Se trata de una concurrencia en la que existe una unidad de derecho compartido sobre la cosa, el derecho o el patrimonio, y no de la concurrencia de distintos derechos sobre una cosa, derecho o patrimonio. Todo esto define, de momento, lo que hemos ido desa-

¹⁰¹ Capítulo I, apartado 3.

rollando sobre las características de la *joint venture*: copropiedad de un patrimonio. *Principio de libertad individual*. Cada comunero conserva, no obstante la comunidad, su libertad individual.

Por otro lado la comunidad se ha organizado de dos maneras distintas que suelen denominarse comunidad romana —o por cuotas—, y comunidad germánica —también llamada en mano común—.

La primera, que es la que se regula en nuestro Derecho, tiene su origen en una concepción individualista donde la situación de comunidad se concibe como algo transitorio, incidental y desventajoso, por lo que cada partícipe sería el dueño de su cuota, que podría enajenar libremente a tercero. El comunero puede también salir de la comunidad siempre que quiera, provocando la división de, en nuestro caso, el patrimonio común. Como es evidente, el libre ejercicio de la acción divisoria no se ajusta nada a la idea de *joint venture*, ya que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad.

Por el contrario las denominadas comunidades germánicas, parten de una concepción colectivista del mundo a la que se subordina el derecho del individuo. La comunidad se considera como una situación permanente y estable, además de ventajosa para realizar determinadas funciones económicas. La noción de cuota desaparece o se difumina, siendo una medida del valor o del goce que no determina un derecho exclusivo del comunero sobre ellas. La concurrencia se traduciría en una mancomunidad en mano común sin participación *pro indiviso*, en la que quedaría excluida la posibilidad de disponer de la cuota propia y el derecho de provocar la división¹⁰². Este tipo se adapta mejor a la *joint venture* por su concepción colectivista al considerar más adecuado la unión para determinadas actividades económicas. Sin embargo tampoco se adapta la empresa conjunta la imposibilidad de provocar la división, la que la *joint venture* se sitúa en un punto intermedio entre esta postura y la adoptada por la comunidad romana.

En cuanto a la propiedad de la comunidad, en la romana, cada uno es propietario de su parte, mientras que en la germánica, esta noción se desdibuja y todos son propietarios de todo. Es lo que se denomina mancomunidad en mano común. En la *joint venture* cada partícipe es propietario del porcentaje de capital que posee, puesto que normalmente adopta la forma de sociedad capitalista, aunque no puede transmitir libremente ese capital.

Además cabe hacernos la siguiente pregunta: si la comunidad de bienes puede tener origen en que varias personas pueden poner ciertos bienes en comunidad o en que con el bien adquirido en común obtendrán un beneficio repartible entre los comuneros, ¿en qué se diferencia la comunidad de la sociedad en la que también hay puesta en común de bienes para partir las ganancias¹⁰³?

¹⁰² En nuestro Derecho positivo existen algunas formas especiales de comunidad que pueden comprenderse dentro de esta idea y son: las comunidades vecinales y aprovechamientos comunales como por ejemplo, los montes en mano común.

¹⁰³ Nos referimos a la sociedad regulada en el art. 1.665 de Código Civil el cual establece que “La sociedad es un contrato por el cual dos o mas personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”.

Las relaciones entre la comunidad de bienes y el contrato de sociedad son extremadamente complejas y han sido mal resueltas por la jurisprudencia. En opinión de Díez-Picazo [2001: 74], la idea que en este campo ha hecho fortuna es que la sociedad es un patrimonio que sirve para el ejercicio de una actividad con la que se pretende conseguir un lucro o ganancia partible entre los socios: es un patrimonio en movimiento. En cambio en la comunidad existe un patrimonio en reposo o estático porque los comuneros se limitan a la mera conservación, disfrute o utilización del mismo (STS de 15 de octubre de 1940 y 16 de abril de 1942). Este hecho, nos aleja de la realidad de la *joint venture*.

Por su parte Carrasco [1996: 308] habla de que ambas no están al mismo nivel y que no se puede distinguir entre ellas. La sociedad es un contrato y la comunidad un efecto jurídico que deriva de una situación de concurrencia. Ambas pueden ser instituciones concurrentes y el problema es la aplicación de las distintas normas en concurso. Al margen de estas disquisiciones doctrinales, lo que sí parece claro es que la comunidad está pensada para la utilización y disfrute de los bienes comunes. Es un *cousufructo* a favor de varios donde no se plantean las inquietudes de incremento patrimonial propias de la sociedad y de la *joint venture*.

En conclusión no podemos afirmar que la *joint venture* sea una comunidad de bienes germánica porque aunque participa del espíritu colectivista de la misma, los comuneros son propietarios del conjunto y no pueden transmitir su derecho sobre la comunidad. La sociedad conjunta tampoco es una comunidad de bienes romana porque existe la libre transmisibilidad de las cuotas del proindiviso. Además tanto una como otra tienen como fin el uso y disfrute de un patrimonio o bien, mantener la integridad de los bienes comunes y favorecer su conservación¹⁰⁴, y no el ánimo de lucro empresarial que está en la base del contrato de *joint venture*.

Asimismo la Comunidad puede existir y existe normalmente sin necesidad de previa convención, es decir, puede derivar de un hecho extraño a la voluntad de las partes que la constituyen, mientras que en el origen de la *joint venture* esta, obviamente, el consentimiento de las partes.

La sociedad mercantil irregular

El Código Civil en su artículo 1665 establece que: “La Sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común, dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias”. Por otra parte, el artículo 116 del Código de Comercio se refiere a la puesta en común de bienes, industria¹⁰⁵ o alguna de estas cosas. Así concebido, este contrato tiene dos elementos esencialmente específicos que asimismo concurren en la *joint venture*:

¹⁰⁴ En ese sentido se pronuncian varias sentencias del Tribunal Supremo: 15 de octubre de 1940, 10 de marzo de 1949, 24 de abril de 1953 y 16 de marzo de 1961.

¹⁰⁵ La expresión “industria” es utilizada en el Código de Comercio en su sentido de prestación de trabajo.

- La constitución de un fondo común con la aportación de los socios. Este fondo puede estar formado por aportaciones en dinero, bienes o industria, (bienes, industria o alguna de estas cosas, dice el Código de Comercio).
- El segundo elemento esencial del contrato de sociedad es la finalidad lucrativa, esto es, la intención de conseguir un lucro o ganancia, común y partible entre los socios.

Admitido, pues, que una *joint venture* puede revestir la forma de un contrato de sociedad, la cuestión que se puede plantear gira en torno a la clase de sociedad de que pueda tratarse, es decir si civil o mercantil. Rodríguez [1986: 519] tras reflexionar sobre el tema concluye que de los artículos 117, 123 y 124 de Código de Comercio se desprende que lo que, en último término, decide la calificación mercantil de la sociedad es el objeto a que se consagre: el tener por objeto cualquier empresa industrial o de comercio, el ser su fin la industria y el comercio.

En cuanto a su calificación de irregular, en el sistema del Código de Comercio la falta de escritura pública y de inscripción no son obstáculos a la denominación de compañía mercantil cuya constitución, como se desprende del artículo 119, parece ser un hecho anterior a la inscripción y a la escritura, sin embargo de no respetarse estos requisitos la sociedad será mercantil aunque de naturaleza irregular¹⁰⁶.

Por tanto podemos afirmar que el contrato de *joint venture* puede revestir la forma de un contrato que determinará el nacimiento de una sociedad mercantil de naturaleza irregular y de tipo personalista, ya que en el contrato la personalidad de los socios es esencial y la cualidad de socio no es transmisible sin el consentimiento del otro socio. Por otro lado las partes no pueden dejar de aportar su industria, (trabajo) a la sociedad.

La Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE)

Otra forma de cooperación, recogida en la legislación europea y española, es la Agrupación Europea de Interés Económico, (AEIE), que se introdujo por el Reglamento del Consejo n° 2137/1985, de 25 de julio, aunque tal reglamento entró en vigor el 1 de julio de 1989. El artículo 3.1 indica que la AEIE, tiene como misión “facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad”.

Pau Pedrón [1981: 1.182 y ss.], indica las características de estas estructuras contractuales de cooperación transfronteriza. Podemos resumirlas en los siguientes puntos:

- En primer lugar, la actividad de la agrupación habrá de tener carácter auxiliar en relación a sus miembros, según el artículo 3.1, quedándole prohibida la realización de beneficios por sí misma. Los beneficios se repartirán entre los integrantes de la agrupación en la proporción acordada en el contrato de la AEIE, o en partes iguales.

¹⁰⁶ Así lo sostienen autores como Garrigues, Sánchez Calero o Borseta, citados por Rodríguez [1986: 519] y se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1958.

- Podrán ser miembros de una AEIE tanto las personas físicas como jurídicas, que previamente ejerzan una actividad económica.
- El Reglamento impone ciertas restricciones a su actividad como son: no poder emplear a más de 500 asalariados, no poder ser miembro de otra AEIE, y no poder ejercer la dirección o el control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra empresa.

A semejanza de las *joint venture* societarias, tiene capacidad jurídica autónoma, distinta a las de sus miembros, que tienen su propia personalidad jurídica, y guardan su autonomía plena fuera del ámbito de la cooperación. También presenta similitudes como que este tipo de cooperación contractual, es limitada en el tiempo y en los objetivos y la *joint venture* puede también serlo. Sin embargo presenta la diferencia de que no necesariamente tiene que existir un control conjunto de sus miembros. Asimismo de entre las restricciones reglamentarias, hemos de mencionar que una *joint venture* si puede ser miembro de otra, al contrario que las AEIE.

5. COMENTARIOS SOBRE LA SITUACIÓN EN EUROPA

*Francia y la Société par actions simplifiée (SAS)*¹⁰⁷

El país vecino presenta una regulación en materia de sociedades próxima a la nuestra. Baptista y Durand-Barthez [1991: 123-132] recogen la cuestión en términos muy similares a los que acabamos de explicar para el caso de las sociedades personalistas, capitalistas, cooperativas y agrupaciones de interés económico, por lo que sólo vamos a comentar los elementos diferenciadores.

En Francia, aunque se ha tomado como prototipo de sociedad por acciones flexible, su *société anonyme*¹⁰⁸ acusa influencias del modelo alemán por lo que se ha introducido un nuevo tipo societario, como instrumento más adecuado para constituir una sociedad conjunta: la *société par actions simplifiée*.

No obstante Fleuriet [1979: 2945], recoge que a pesar de sus deficiencias, la *société anonyme* es en la práctica el tipo mayormente empleado para constituir una sociedad conjunta.

Sin embargo la *Société par actions simplifiée (SAS)* constituye un vehículo apropiado para constituir una sociedad conjunta, cuya regulación no tiene precedentes internacionalmente. Obedece a la necesidad de crear una vía legal a las colaboraciones empresariales entre personas jurídicas. La rigidez de la *société anonyme* provocaba el desvío de la constitución de filiales comunes a países cercanos con legislación más tolerante que la francesa.

En realidad es una subespecie de la sociedad anónima y no tan simplificada como se pretende debido a que su régimen flexible genera incertidumbre en relación a las normas aplicables. Es una sociedad de sociedades reservada exclusivamente a los empresarios sociales, en número mínimo de dos¹⁰⁹, a los que se exige un elevado capital mínimo, (al menos 1.500.000 de francos), para asegurar la aparente solvencia de unas sociedades a las que se va a autorizar una amplia libertad contractual. Esto cierra la puerta a que sociedades de mediana dimensión puedan utilizar la figura. Sin embargo SAS no tiene un capital mínimo, por lo que Miquel [1998: 283] recoge las críticas que ha ocasionado este hecho por “la facilidad que concede el legislador para crear, bajo la forma de SAS, una sociedad que pueda llevar a cabo operaciones arriesgadas con un capital social escaso”.

¹⁰⁷ Regulada por la Ley 94-1 de 3 de enero de 1994.

¹⁰⁸ La legislación vigente data de 24 de julio de 1966.

¹⁰⁹ La *société anonyme* francesa requiere un mínimo de 7 accionistas para su constitución, lo que supone un factor disuasorio para la instrumentación de una sociedad conjunta.

La SAS excluye en materia de órganos la aplicación de las normas de la *société anonyme*, por lo que la libertad para configurar el régimen de su administración es muy grande. La dirección de la sociedad se regulará por lo que se establezca en los estatutos, que podrán optar por los distintos modos de organizar la administración, que recoge el artículo 262-6. Además no es obligatoria la existencia de una Junta general de accionistas. Este carácter dispositivo, es adecuado para una sociedad conjunta.

En la toma de decisiones, no es necesaria la estricta proporcionalidad entre el capital que se posee y el derecho de voto correspondiente, pudiendo establecerse el sistema de voto que las partes consideren más adecuado, existiendo libertad, asimismo, para configurar el régimen de mayorías que debe presidir la toma de decisiones o las modificaciones estatutarias. Por ello el control conjunto y su adecuada configuración dependerá de que los socios realicen las previsiones oportunas y no de trabas impuestas legalmente. Esto es especialmente adecuado para la sociedad conjunta no participada paritariamente.

Otra cuestión a tener en cuenta es la importancia para una sociedad conjunta del mantenimiento temporal de los socios. Para ello se permite la inserción estatutaria de la prohibición absoluta de transmisibilidad de acciones durante un período de diez años, aunque la libertad que se deja a los socios permite que tal prohibición pueda recaer sobre algún socio o sobre todos ellos. De esta forma se evita la entrada de socios no deseados.

De la misma forma se prevé la exclusión de alguno de los socios, obligándole a que ceda las acciones, cuando acaezca algún hecho de especial relevancia para la sociedad conjunta, como control de alguno de los socios por un grupo hostil o infracción del deber de fidelidad. Por esta razón, cualquier compañía que sufra cambios en su accionariado deberá informar a la SAS, ya que si se cumplen las condiciones establecidas en los estatutos se podrá suspender el ejercicio de los derechos de voto o aplicar la cláusula de exclusión.

En resumen se trata de fomentar el carácter personalista de la relación intersocios, fomentando el elemento contractual, ya que en cualquier proyecto de colaboración empresarial, al elegir como socio a una sociedad determinada, se tiene especialmente en cuenta la identidad de sus miembros. Proteger el elemento personalista es especialmente adecuado para la sociedad conjunta.

La SAS es una persona jurídica que limita la responsabilidad de sus miembros, además de conferir a las partes una gran capacidad de pactar las condiciones que más les convengan para el gobierno de la sociedad conjunta. Se observa una preocupación por solucionar cuestiones específicas que derivan del hecho de que los socios sean personas jurídicas, que es una de las razones más importantes que determinan la inadaptación de los esquemas societarios clásicos, pensados para personas físicas, a nuevas situaciones que se caracterizan por la intervención de personas jurídicas.

Alemania

En el derecho continental, existen dos modelos de sociedad anónima. Una más rígida, utilizada en Alemania, la *Aktiengesellschaft (AG)*, y otra más flexible, la *société anonyme* francesa, que han tomado como modelo los ordenamientos italiano y suizo.

Miquel [1998: 263] explica que el mencionado carácter estricto de la AG, es el motivo de que en Alemania se utilice de forma más común la sociedad de responsabilidad limitada GmbH, para la formación de una sociedad conjunta. También cita a Huber y Börner, que señalan que el supuesto más frecuente en la práctica alemana es la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada participada al 50 por 100, si bien existen autores que apuntan que en determinadas circunstancias, sería aconsejable otra forma societaria según las necesidades de las partes. En concreto, se han mencionado otros tipos del catálogo legal: la sociedad comanditaria cuyo socio colectivo es una sociedad de responsabilidad limitada (*GmbH & Co. KG*), la simple sociedad comanditaria (*KG*), o incluso sociedades personalistas como el equivalente a nuestra sociedad colectiva (*HG*) o las comunidades de trabajo (*Gewerkschaften*).

Si nos encontramos ante el caso de una *joint venture* contractual elaborada para la consecución de un proyecto único y temporal toma la forma de sociedad simple del Código Civil, denominada *BGB Gesellschaft*. Ésta consiste en un contrato por el cual los socios se obligan a perseguir la realización de un objetivo común, efectuando aportaciones. Puede tener una finalidad lucrativa, no tiene personalidad jurídica y limita sus actividades a operaciones esporádicas o temporales y la responsabilidad es ilimitada para cada socio.

Reino Unido

El término *joint venture* es utilizada en el Reino Unido en un sentido comercial amplio, en una variedad de contextos diferentes, por lo que la primera tarea del jurista es determinar la base legal que será utilizada. En consecuencia las características principales de las *joint ventures* en ese país son la flexibilidad de sus estructuras, de su contenido y la gran libertad de acuerdos o convenios para regular sus derechos y obligaciones de manera puramente contractual.

En el Reino Unido, la Ley de Sociedades¹¹⁰ distingue las dos clases de sociedades anónimas tradicionales en su ordenamiento, cuyo punto de separación está fijado por el mercado de capitales: la *public company limited by shares*, que podríamos traducir como “sociedad anónima abierta”, y la *private company* o “sociedad cerrada”. La característica distintiva de esta última es que no puede ofrecer ni colocar sus acciones y obligaciones entre el público. Según la vigente Ley todas las sociedades serán cerradas a menos que satisfagan los requisitos para una sociedad abierta. La forma utilizada para instrumentar una *joint venture* es la *private company*.

Si no se quiere dotar de personalidad jurídica a la *joint venture* se utiliza como vestidura jurídico-formal la *partnership*.

¹¹⁰ Ley de Sociedades de 1980, refrendada legalmente el 1 de mayo de ese mismo año.

¹¹¹ Ya hemos mencionado que en el ámbito del Derecho anglosajón, *vide supra* no rige el sistema dualistas de sociedades de capital. Por ello la traducción de sociedad abierta y cerrada, no tiene ningún reconocimiento legal en nuestro país

6. RASGOS QUE DEBERÍA REGULAR UN TIPO SOCIAL ADECUADO PARA LAS JOINT VENTURES

A continuación vamos a enunciar los puntos que, a nuestro juicio, debería tener en cuenta el legislador a la hora de redactar una ley tolerante con objeto de promover la creación de sociedades conjuntas en España en lugar de desviarlas a otros países cercanos. Ésta debería crearse con objeto de solucionar la disfunción existente entre derecho y realidad no de manera parcial y para unos casos concretos, sino estructuralmente. No obstante antes de abordar esta cuestión queremos mencionar como anécdota un proyecto que de haberse aprobado hubiera, como poco, minimizado el tema que nos ocupa.

En 1883, el diputado Fabra presentó un proyecto durante la discusión parlamentaria del Código de comercio aún vigente. El proyecto se refería precisamente a una sociedad colectiva de responsabilidad limitada. Además de ser pionero en su tiempo, no cabe duda de que de haber prosperado hubiera sido el tipo adecuado para crear en nuestros días una sociedad conjunta.

El propio Fabra propuso a la Cámara la regulación de “unas sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales, teniendo los gerentes toda la libertad para operar lo mismo que en las sociedades colectivas, se limitara previamente el capital que cada uno pudiera perder y que nunca llegara a ser inferior al capital que apareciera en la escritura social”. La pretensión de Fabra era añadir en el Código de comercio, después de la sección que regulaba las compañías colectivas, una titulada “De las compañías colectivas de responsabilidad limitada”, que constaba de únicamente cinco artículos, en los que, visto más de ciento diez años después, destaca por encima de todo una clara preocupación por la realidad de las aportaciones.

Volviendo a nuestros días, el objetivo de este apartado es el de “regular”¹¹² una figura de gran flexibilidad, con ánimo de obtener beneficios sociales repartibles, y cuyos socios sean personas jurídicas y no físicas, como sucede en las existentes, ya que las nuevas situaciones se caracterizan por la intervención de las primeras a la hora de establecer alianzas corporativas de cooperación. Además de incluir elementos propios de sociedades personalistas y capitalistas tendrá que fomentar el elemento contractual para que pueda intervenir la autonomía de la voluntad de las partes en diversas cuestiones.

El elemento contractual se pone de manifiesto, por ejemplo, en las denominadas “sociedades de base contractual” (*Vertragsgesellschaft*) dentro del marco de la economía liberal de los países occidentales [Fernández de la Gándara, 1994: 46]. En este tipo de sociedades

¹¹² Debemos aclarar que no pretendemos “regular” en un sentido estricto, sino tan sólo desarrollar una serie de cuestiones que debería tener en cuenta, a nuestro juicio, una figura societaria que pretendiera adaptarse a la realidad de las empresas conjuntas.

de responsabilidad limitada, los socios gozan, además, de amplias facultades de intervención en la esfera gestora (principio de autoorganicismo) y de un amplio margen de autonomía estatutaria. El hecho de que no exista una configuración estructural de esta figura que responda a patrones comunes, no significa que no se den en ella algunos rasgos de caracterización muy generales, los suficientes en cualquier caso para dotarlas de un mínimo de especificidad organizativa, entre los que destacan la atribución a los socios de un poder autonormativo estatutario y la estandarización de los mecanismos de tutela de los terceros acreedores.

Tabla III. I

PUNTOS A DESARROLLAR
ELEMENTOS PERSONALISTAS
<ul style="list-style-type: none"> — Existencia de un pequeño número de accionistas. — Los accionistas participan en la gestión de la sociedad (control conjunto). — Restricciones serias a la entrada o salida de socios. — Las acciones o participaciones de la sociedad no están concebidas para circular, no salen al mercado. — Deber de fidelidad “reforzado”. — Previsión de casos que terminarían con la colaboración: separación y exclusión de socios.
ELEMENTOS CAPITALISTAS
<ul style="list-style-type: none"> — Limitación de la responsabilidad.
ELEMENTOS CONTRACTUALES
<ul style="list-style-type: none"> — Autonomía de la voluntad de las partes para configurar la estructura social. — Autonomía de la voluntad de las partes para establecer la toma de decisiones.
OTROS ELEMENTOS
<ul style="list-style-type: none"> — Previsión de resolución de situaciones de bloqueo. — Estabilidad en la administración. — Posibilidad de emitir obligaciones.

Elementos personalistas

El primer elemento personalista que podemos observar en la *joint venture* es la existencia de un reducido número de partícipes. Lo habitual es que sean dos o a lo sumo tres las personas jurídicas embarcadas en el proyecto conjunto. Ello hace factible la toma de decisiones conjunta cuya dificultad de hecho es directamente proporcional al número de socios que deben ponerse de acuerdo sobre las materias que son objeto de gestión compartida. Una consecuencia de lo anterior es la existencia una identidad entre la propiedad y la gestión del negocio, o en otras palabras, entre administradores y administrados. De estas características participa también la *close corporation*, y en general cualquier tipo de sociedad cerrada como por ejemplo la sociedad anónima familiar. También está en el ánimo de la sociedad limitada, aunque en la práctica se utilice de manera diferente en algunos casos. La sociedad cooperativa también se caracteriza por que los socios se involucran en la gestión de la misma.

De lo anterior se deduce que la condición de socio debe configurarse de una manera muy restrictiva porque éstos son elegidos por sus características personales, que los

hacen diferentes frente a otros posibles candidatos a la hora de formar una *joint venture*. Es esencial el mantenimiento de los socios para el desarrollo de la colaboración por lo que no existe libertad de entrada ni salida de los socios. Cuando el socio es persona jurídica es esencial la composición de su capital por lo que aquella sociedad que sufriera cambios en su accionariado debería informar a los otros socios del hecho debido al carácter personalista de la relación. Incluso en los estatutos se podrían prever las consecuencias de que un socio fuera controlado por un grupo hostil: suspensión del derecho de voto, obligación de ceder sus acciones o exclusión de la sociedad.

La consecuencia obvia de la restricción anterior es que las acciones o participaciones no están concebidas para circular. El elemento *intuitu personae* se pone de manifiesto en las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones ya que si un socio deseara vender el otro u otros tendrían mucho que decir al respecto. Tendrían derecho preferente de suscripción, el cual de ser ejercido acabaría con la sociedad conjunta de dos socios, o derecho a buscar un comprador que pudiera continuar la andadura conjunta con la parte que permanece. La necesidad del mantenimiento de los títulos se basa pues, en la finalidad de desarrollar la colaboración prevista concretada en la elección del otro socio en base a sus cualidades personales. El régimen legal la SA es, para esta cuestión, muy diferente al de la SRL. La sociedad conjunta comparte estas características con la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad comanditaria simple y la *Société par actions simplifiée* francesa.

El elemento personalista, es nuevamente el que condiciona el deber de fidelidad “reforzado”¹¹³ que debe existir entre los partícipes. El principio de buena fe, es general a todos los contratos (art. 7.1 del Código Civil), es de obligado acatamiento y no puede ser objeto de negociación¹¹⁴. Sin embargo la *joint venture* exige de los partícipes un deber de lealtad, o fidelidad “reforzado”, que explica la importancia de acordar, además, cláusulas de no competencia. Debe traducirse por la obligación de participar activa y positivamente, es decir en sentido favorable a los intereses comunes, en las decisiones de la *joint venture*. Más aún, como el contrato de *joint venture* es evolutivo, el devenir de las circunstancias puede poner a prueba la solidez de los vínculos entre los partícipes al aparecer obligaciones no especificadas cuando se terminó la redacción del conjunto de contratos.

Las implicaciones mas importantes que deberían tenerse en cuenta en relación con este deber de los copartícipes son: no competir con la sociedad, dentro de su objeto social, no beneficiarse de oportunidades de negocio conseguidas por ella, si son de interés para la *joint venture* y la obligación de confidencialidad tanto de mantener los secretos comerciales e industriales de la sociedad conjunta como del otro socio. Todo ello con objeto de no beneficiarse ni beneficiar a un tercero en perjuicio del otro partícipe o de la sociedad.

En conclusión, debido a la inadaptación del sistema jurídico a estas alianzas, lo que hace que normalmente adopten la forma de sociedades anónimas, lo copartícipes acuerdan cláusulas por las que se comprometen más allá de sus obligaciones como accionistas, para adap-

¹¹³ En el capítulo II dentro del punto 3 “Rasgos adjetivos”, hemos tratado con mayor grado de detalle este deber de fidelidad reforzado que caracteriza la relación entre los partícipes.

¹¹⁴ También los derechos alemán y holandés contienen una norma análoga, sin embargo en los ordenamientos anglosajones suele especificarse como una cláusula dentro del contrato.

tarse a las particulares circunstancias de su acuerdo. Esta *contradicción* debería resolverse si se creara una figura adaptada a la *joint venture*.

Vamos a terminar los comentarios sobre los elementos personalistas que debería regular esta hipotética figura jurídica. Las peculiaridades de la sociedad conjunta obligan a prever con anterioridad la admisión de una serie de razones—vinculadas a determinadas circunstancias personales de los socios— que motivarían la resolución de la colaboración, determinando igualmente los mecanismos para que alguno de los socios continúe con la actividad. Vamos a analizar los mecanismos existentes, separación y exclusión de socios, para ver si serían los adecuados.

Por una parte, el derecho de separación en la concepción legal de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, tiende a ofrecer a la minoría —entendida en sentido amplio— un mecanismo de salida de la sociedad en caso de producirse modificaciones importantes en las condiciones previamente pactadas, que hayan sido acordadas por la Junta. Como instrumento de tutela de minorías, no es el más adecuado para una sociedad conjunta. Además parece que salvo el caso del artículo 30.3 de la LSRL, ninguna de las causas legales de separación puede producirse en la *joint venture*. Las *joint ventures* son especialmente aptas para que en su seno se produzcan bloqueos que puedan conducir a la paralización y la disolución. Por lo tanto el derecho de separación no tendría porque estar presente en una figura jurídica realizada a medida.

Por otra parte la exclusión, puede ser utilizada por cualquier socio, con independencia de la posición que ostente en la sociedad. Puede ser excluido tanto un socio mayoritario como un minoritario, e incluso se acepta el caso de la exclusión parcial —que afecta solamente a un porcentaje determinado de la participación del socio parcialmente excluido—. La exclusión es un mecanismo de resolución de conflictos no sólo entre mayoría y minoría, sino también entre socios con participación paritaria. Desde este punto de vista, podemos contemplar la exclusión en la *joint venture* como un mecanismo de resolución de conflictos que permite evitar la disolución de la sociedad.

Un ejemplo de las funciones que puede cumplir la exclusión es la resolución de infracciones del deber de fidelidad, hecho de gran interés para la sociedad conjunta. También podría preverse la exclusión si uno de los socios fuera controlado por un grupo hostil, o que no es del agrado del otro socio para la realización del negocio conjunto.

La LSRL regula la exclusión, y a diferencia de la separación, no sería extraño que en una sociedad conjunta se produjese alguna de las causas legales de exclusión. Junto a las causas legales, la LSRL distingue causas estatutarias. Éstas han de estar redactadas de manera clara, concreta y precisa, y se necesita el consentimiento de todos los socios si se quiere introducir una nueva, modificar o eliminar una de las existentes. Esta distinción podría estar presente en la regulación legal de la *joint venture*.

Incluso aunque no estuviera previsto ni por ley ni estatutariamente, la existencia de justos motivos debería tenerse en cuenta dado el carácter evolutivo de estos contratos. Si la causa de exclusión tiene alguna relevancia, y así debería ser para admitirla, lo lógico en cualquier sociedad cerrada y especialmente en una controlada conjuntamente, es que

el paso siguiente fuera la disolución por paralización. No admitir la exclusión por este motivo supondría un perjuicio para el socio que nada ha tenido que ver en la concurrencia de la causa.

Para terminar hemos de mencionar que como lo habitual es que la sociedad conjunta esté compuesta por dos socios, se necesitaría la intervención judicial en cualquier procedimiento de exclusión, o de lo contrario, se producirían situaciones arbitrarias por parte de un socio que de todas formas acabarían en los tribunales.

Por todo ello, la exclusión u otros mecanismos análogos deberían estar previstos en una regulación adaptada a la *joint venture* ya que puede cumplir una función de resolución de conflictos entre grupos de socios enfrentados. No obstante, debería regularse con mucha cautela, porque en ocasiones no será fácil determinar en una sociedad de dos socios, cuál merece ser protegido hasta el punto de poder excluir al otro y continuar con el ejercicio de la actividad.

Elementos capitalistas

La limitación de la responsabilidad es una de las ventajas que buscan los socios a la hora de adoptar una figura social con objeto de limitar el riesgo económico. Es un rasgo típico de las sociedades de capitales como la anónima y la limitada que también posee la cooperativa. En nuestra opinión no tendría éxito en la práctica, una figura adaptada a la sociedad conjunta que no incluyera el beneficio de la limitación de la responsabilidad. Creemos que el desarrollo realizado hasta aquí, tanto en términos históricos como jurídicos, evidencia este hecho, además en el estudio empírico que realizamos en el último capítulo se confirma que el uso de la sociedad de capitales como forma jurídica para esta alianzas.

Elementos contractuales

Los elementos contractuales cobran gran importancia a la hora de regular una figura jurídica para las *joint ventures*, puesto que la autonomía de la voluntad de las partes es vital a la hora de establecer de la forma más conveniente los derechos y obligaciones de los socios. Para la sociedad conjunta es inadecuada la rigidez en materia de órganos sociales de la sociedad anónima o limitada, por lo que debería gozar de libertad para configurar la estructura interna, por ejemplo, por vía estatutaria. La flexibilidad y libertad a la hora de configurar el régimen de administración no es obstáculo para que los administradores estén siempre identificados frente a terceros. Pueden ser personas físicas no socios, personas jurídicas socios o no, o podrá crearse algún órgano de control bien en la línea de los consejos de vigilancia germánicos o de mero asesoramiento.

En este sentido es adecuado el régimen de la SAS francesa que establece que la dirección de la sociedad se establecerá por lo fijado en los estatutos, siendo de carácter positivo y no obligatorio la formación de la junta general. Lo mismo sucede con el régimen para la gestión de la AIE. La sociedad comanditaria simple tampoco necesita la dualidad orgánica de las sociedades de capitales.

El otro punto a destacar en relación con la autonomía de la voluntad de las partes es el relacionado con la toma de acuerdos. En una sociedad conjunta debe ajustarse perfectamente al deseo de las partes. Dado que el elemento característico en las sociedades conjuntas es la existencia de control conjunto se puede plantear el problema de tener que igualar en poder de decisión participaciones desiguales. Para ello los socios, bien en los estatutos bien en pactos parasociales, deberán decidir el régimen de mayorías necesario en la toma de decisiones o para las modificaciones estatutarias, si emiten o no acciones sin voto, o si a cada socio le corresponde el mismo poder de decisión con independencia de su participación. Se puede acordar también la necesidad de unanimidad en la toma de ciertas decisiones claves en la sociedad. En suma, el establecimiento del control conjunto debe regularse de manera que no resulte forzado, ni tenga que derivar necesariamente de la existencia de pactos parasociales al entrar en contradicción con la figura jurídica elegida. El hecho de que lo habitual en los negocios sea la dominación, y que el marco jurídico se encuentre siempre algo retrasado en relación a la práctica de los negocios, motivan el conflicto existente.

Esta libertad para configurar la toma de decisiones sin forzar el control conjunto podemos encontrarla en la AIE, en la SAS, en la sociedad comanditaria simple. Las cooperativas confieren el mismo poder de decisión a cada socio con independencia de su participación, así como la posibilidad de exigir unanimidad en la toma de decisiones. La configuración del control conjunto es posible en la sociedad anónima y limitada pero de una manera menos natural, mas forzada debido a que en principio el poder de decisión va unido a la participación en la sociedad. No obstante el artículo 105.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas limita el número de votos que puede emitir un accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo. La emisión de acciones sin voto puede configurar el control conjunto pero con el peligro de que en determinadas circunstancias dichas acciones pueden recuperar los derechos políticos y romper el equilibrio de poder.

Otros elementos

El establecimiento del control conjunto nos lleva directamente a la necesidad de regular en pactos extraestatutarios o en los estatutos la resolución de las situaciones de bloqueo antes de que aparezcan y se conviertan en un serio obstáculo para la continuación de la relación. En cuanto a las posibles soluciones para resolver el bloqueo nos remitimos al apartado anterior en el que hemos desarrollado el tema.

La estabilidad en la administración es un requisito indispensable para poder llevar adelante la cooperación por lo que su modificación requerirá el acuerdo de los dos socios. Si los dos socios son sociedades y la sociedad administradora quiere cambiar a la persona física que actúa en representación de la administración requeriría la aquiescencia de la otra sociedad porque la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser administrador exige la identificación de personas que actúen en su nombre. La sociedad comanditaria simple, está regulada en este mismo sentido, puesto que el cambio de un administrador supone una modificación estatutaria.

En nuestra opinión no debe negársele a la sociedad conjunta la posibilidad de emitir obligaciones que tiene la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, aun-

que probablemente no esté en el ánimo de los copartícipes la idea de acudir a esta fuente de financiación.

Otra cuestión que deberá ser abordada con precisión es la claridad del régimen supletorio subsidiario a aplicar en defecto de regulación legal o pactos voluntarios. Que sea el de las sociedades anónimas, el de las sociedades personalistas o el de los contratos es una cuestión que deberá atenderse con cuidado, porque la falta de claridad a este respecto puede generar gran incertidumbre a los socios.

En resumen, la proliferación de este tipo de alianzas para las que no existe norma legal alguna que se adapte a sus características, nos motiva a sugerir la necesidad de creación de una figura flexible para regular una sociedad de sociedades, con un número mínimo de dos socios, en la que se aúnen elementos personalistas, el beneficio de la limitación de la responsabilidad propio de las sociedades de capitales con elementos contractuales que permitan una gran libertad a la hora de establecer los derechos y obligaciones de las partes y la estructura interna de la sociedad. Tampoco ha de descuidarse la idea de instrumento para la cooperación interempresarial, inmanente a toda *joint venture*.

“ ... en éste punto y término deja pendiente el autor desta historia esta batalla, disculpándose que no halló más escrito destas hazañas de las que deja referidas [...] y así, con esta imaginación, no se desesperó de hallar el fin desta apacible historia, el cual, siéndole el cielo favorable, le halló del modo que se contará en la segunda parte.”

*Capítulo VIII, Primera Parte
Don Quijote de la Mancha*



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE ECONOMÍA
Y HACIENDA