

LA JOINT VENTURE CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

THE INTERNATIONAL UNINCORPORATED JOINT VENTURE

Ana Michavila Núñez*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ ES UNA JOINT VENTURE? III. ¿CÓMO SE ARTICULA UNA JOINT VENTURE CONTRACTUAL? IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La *joint venture* ha surgido en los negocios internacionales al margen de los marcos jurídicos establecidos. Sus rasgos característicos la definen como un acuerdo de cooperación para la realización de un negocio en común, en el que las partes realizan sus aportaciones, mantienen su autonomía y comparten el control sobre el negocio. La modalidad conocida como contractual o *non-equity joint venture*, habitualmente olvidada por la doctrina jurídica, participa de los mismos elementos y naturaleza que la *equity* o *incorporated*, si bien se distingue de ésta por los instrumentos utilizados por las partes para su implementación. Abarca todas aquellas *joint ventures* en las que las partes no eligen una *corporation* o una sociedad con personalidad jurídica para su instrumentación, sino cualquier otra forma jurídica prevista por un ordenamiento nacional o bien una diseñada a la medida por las partes en todos sus extremos. En cualquier caso, la voluntad de las partes debe plasmarse detalladamente en el acuerdo de base o contrato *joint venture* y, en su caso, en los contratos de aplicación o contratos satélites. Es preciso determinar en cada supuesto el régimen jurídico aplicable, puesto que no existe en la mayoría de los ordenamientos jurídicos una regulación de esta figura.

ABSTRACT: The joint venture has emerged in the international business aside the legal regulations. It is characterized as an agreement of cooperation to accomplish a joint business in which the parties make their contributions, keep their independence and share the control of the business. The modality known as contractual or non-equity joint venture -usually forgotten by the authors- shares the elements and nature of the so called equity or incorporated joint venture, though both categories differ in the instruments used by the parties for their implementation. The concept includes those joint venture in which the parties do not choose a corporation to operate, but any other form foreseen by a national law or a contractual relationship tailored by the parties in all its extension not constituting an entity recognized by statute. Anyway, the will of the parties must be contractually detailed in the joint venture agreement and the ancillary contracts, being necessary to determine in every case the legal regime applicable, since this legal entity is not regulated in the majority of the national laws.

PALABRAS CLAVE: *joint venture* contractual, negocio en común, control conjunto, contrato *joint venture* o acuerdo de base, contratos de aplicación o contratos satélite.

KEYWORDS: *unincorporated joint venture, joint business, joint control, joint venture agreement, ancillary agreements.*

Fecha de recepción del original: 20 de enero de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 10 de junio de 2014.

* Máster en Derecho del Comercio Internacional por la UNED y la Universidad del País Vasco. anamichavila@icam.es

I. INTRODUCCIÓN

La práctica de los negocios internacionales ha alumbrado una forma de colaboración al margen de los marcos jurídicos establecidos y consolidados cuyo uso se ha extendido de manera sorprendente: la *joint venture*. Desde el punto de vista jurídico, plantea muchas cuestiones que son trasladables a otros negocios, de manera que “no hay gran riesgo de equivocarse si se dice que los acuerdos de *joint venture* son el paradigma de los negocios internacionales”¹.

El estudio de la *joint venture* se encuentra con la doble dificultad que supone la ausencia de normativa específica sobre la figura y la práctica inexistencia de jurisprudencia que arroje luz sobre la materia. El objetivo de este trabajo es el estudio de la *joint venture*, pero prestando especial atención a la modalidad conocida como contractual o *non-equity joint venture*. Esta delimitación sirve para centrar el ámbito de la investigación en una versión de la *joint venture* con frecuencia olvidada por la doctrina, si no es directamente excluida. En efecto, es muy habitual encontrar referencias a esta variedad que no van más allá de reseñar simplemente su existencia.

El esquema adoptado en la exposición pretende acompañar al lector que no esté familiarizado con la materia a través de un hilo discursivo que le lleve hasta un entendimiento global del objeto de estudio. Para ello, se ha optado por dividir el trabajo en dos partes en las que se trata de responder a sendas preguntas: ¿Qué es una *joint venture*? y ¿Cómo se articula una *joint venture* contractual?

La primera parte se justifica en la necesidad de delimitar el objeto de estudio que no es en absoluto obvio. Así, se procede a analizar la figura de la *joint venture* puesto que la contractual no es más que un tipo de la categoría general. A tal fin, se estudia su concepto, las diferentes tipologías que presenta, los elementos que la conforman, su naturaleza y su articulación jurídica.

La segunda parte se centra en establecer de qué manera cobra realidad una *joint venture* cuando las partes deciden articular su colaboración al margen de una sociedad con personalidad jurídica propia y distinta de ellas mismas. Así, si se consigue superar el efecto deslumbrante de este tipo de sociedades, se descubre un universo de posibilidades al alcance de los *venturers*, muy utilizado por ellos, que pueden elegir entre un considerable número de figuras jurídicas típicas de los diversos ordenamientos jurídicos para la instrumentación de su *joint venture* o bien prescindir de cualquier molde previo y crear su propia formulación. Todo ello se va a concretar y especificar en los contratos de *joint venture* o acuerdo de base y, en su caso, los contratos de aplicación o contratos satélites. Precisamente son objeto de especial atención en esta parte tanto las diversas posibilidades al alcance de las partes, como el contenido habitual del contrato de *joint venture* en los negocios internacionales. Finaliza con un somero acercamiento al estudio de cuál es el régimen jurídico aplicable a la *joint venture* contractual, dado que, salvo en contadísimas excepciones, no existe en los distintos ordenamientos una regulación específica.

¹ ALTOZANO GARCÍA-FIGUERAS, H. y PORTERO FONTANILLA, J., *Cómo negociar acuerdos de joint venture y otros contratos internacionales*, ICEX, Madrid, 2003, p. 32.

II. ¿QUÉ ES UNA JOINT VENTURE?

1. Concepto

A) Aproximación

El término *joint venture*, abreviatura de *international joint business venture*², hace referencia en el mundo de los negocios internacionales a la colaboración entre empresas para la realización de un proyecto o actividad determinados, que se caracteriza por que las partes mantienen su autonomía y comparten el control sobre el negocio común. Esta colaboración se concreta a través de muy diversas fórmulas jurídicas en función de los intereses de las partes, desde la utilización de una sociedad de capital a un mero contrato, por lo que la *joint venture* abarca una enorme cantidad de realidades dispares desde el punto de vista de su concreción.

Es una fórmula eminentemente flexible, que se adapta a las circunstancias de cada negocio tanto como las partes sean capaces de prever. No es de extrañar, pues, que su utilización no haya dejado de crecer en las últimas décadas, especialmente en los sectores en los que los costes de la innovación o la competencia están aumentando.

La *joint venture* es muy común en sectores dinámicos, como el de la tecnología de la información, pero también tiene presencia en sectores tradicionales como el del gas natural, la explotación minera o la distribución alimentaria entre otros. Además, es un cauce importante para la inversión directa en el extranjero mediante la cooperación con un socio local que conozca el mercado, especialmente cuando sin dicho socio la inversión no es admitida legalmente³.

Se trata de una figura atípica⁴ en la mayoría de los ordenamientos jurídicos⁵. En palabras de Fernando Esteban de la Rosa, es “un supuesto de la realidad del comercio

² GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional. Intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint venture, agrupaciones*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 296.

³ Vid. OCDE, “Competition issues in Joint Ventures”, Policy Roundtables, 2000, p. 9.

⁴ “La tipicidad es una condición local, propia de cada ordenamiento jurídico” aunque “los diferentes países ofrecen catálogos similares de contratos atípicos”. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., “Contratos atípicos en el ámbito mercantil español y europeo”, *Derecho Privado. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., 2005, p. 314, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/18.pdf>

⁵ “En ningún país de la Unión Europea existe una categoría ni una calificación jurídica que remita, de forma exclusiva y completa, a la organización de las joint ventures, ni, por tanto, un régimen jurídico preestablecido que pueda aplicarse a su creación y funcionamiento”, PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho y funcionamiento de las joint ventures. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España*, tesis doctoral publicada bajo el nombre *El régimen jurídico de las “joint ventures”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 12. “En América Latina no hay definición legislativa ni de la figura ni de la forma de su estructura; pero tampoco eso es necesario”, SIERRALTA RÍOS, A., “El contrato de joint venture”, *Cuadernos tributarios*, nº 15, IV Jornadas Nacionales de Tributación, Perú, 1993, p. 202, en http://www.ifaperu.org/uploads/articles/139_13_CT15_ASR.pdf. En el mismo sentido, vid. PIRONON,

internacional, sólo identificable desde una perspectiva económica, 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”⁶. No obstante, existe en algunos países la regulación de un tipo específico de *joint ventures*: aquellas que sirven de vehículo para la inversión extranjera en países en vías de desarrollo o de economía comunista⁷. Normalmente, prevén dos tipos de *joint ventures* para la inversión extranjera formadas por un socio local y uno extranjero, bien a través de la constitución de una sociedad mixta, con personalidad jurídica propia, o bien a través de una *joint venture* contractual.

B) Terminología

Un repaso a la literatura nacional y extranjera sobre la materia pone de relieve, en primer lugar, la diversidad terminológica utilizada por los autores⁸ en su intento por traducir la expresión a su propia lengua, llegando incluso a utilizar distinto género para la expresión *joint venture*⁹ cuando deciden mantenerla. Francisco Vicent Chuliá encuentra la razón de ser de esta variedad en la necesidad de tener que verter en conceptos jurídicos realidades económicas de difícil delimitación¹⁰.

No obstante estos intentos y la ambivalencia de la expresión *joint venture* a nivel jurídico, la realidad se impone. En la práctica de los negocios es el término utilizado para referirse a una realidad económica específica¹¹, de modo que emplear otra denominación equivaldría a eludir la verdadera problemática planteada por dicha noción

V., *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Dalloz-Sirey, París, 2004, p. 359.

⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable a la Joint Venture en Derecho Internacional privado español*, tesis doctoral publicada bajo el nombre *La joint venture en el comercio internacional*, Comares, Granada, 1999, p. 38.

⁷ Por ejemplo, China (Leyes de 9 de junio de 2000, de 31 de octubre de 2000 y de 15 de marzo de 2001), Cuba (Ley de la inversión extranjera de 5 de septiembre de 1995), Vietnam (Ley de 9 de junio de 2000 sobre inversión extranjera), Corea del Norte (Ley de 5 de octubre de 1992).

⁸ Así, por ejemplo, ORTEGA, A., *Modelos de contratos internacionales*, Grupo Difusión, Madrid, 2008, habla de *joint venture*, empresa mixta, sociedad mixta o empresa conjunta y de *joint venture* contractual, *non-equity joint venture*, *joint venture by contract*, *unicorporated joint venture*; ARAGÓN BUENO, E., *Las Joint Ventures: aspectos formales, financieros y tratamiento contable*, Universidad de Almería, Almería, 2005, p. 15, prefiere la expresión negocios conjuntos. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 263 y ss. cita colaboración entre empresas, asociación entre empresas, agrupación de empresas, unión de empresas, empresas en participación, empresa común, coempresa, acuerdo de cooperación, *pool*. Vid. PUYO ARLUCIAGA, A., “La Joint Venture como instrumento de cooperación en el Comercio Internacional”, *Revista Vasca de Economía Social (GEZKI)*, nº 3, 2007, p. 121, en <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Gezki/article/view/2920/2546>.

⁹ La *joint venture*, en femenino, es la expresión más generalizada, pero puede encontrarse el *joint venture* en MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”, *Contratos de comercio exterior*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 347 y ss. Esta misma confusión de género aparece también en la literatura francesa, *vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y Unión de Empresas ante el Derecho español*, Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación de Cajas de Ahorro, Madrid, 1971, *apud* GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración...*, *op. cit.*, p. 296.

¹¹ *Vid.* BAPTISTA, L.O. y DURAND-BARTHEZ, P., *apud*, entre otros muchos, PUYO ARLUCIAGA, A., “La Joint Venture como instrumento...”, *loc. cit.*, p. 121.

para proponer una solución marginal respecto al sentido económico propio de la figura y, por tanto, a su específica ambivalencia jurídica¹².

Valérie Pironon aporta una motivación de mayor calado jurídico para mantener la expresión *joint venture*. Por una parte, considera que la mera traducción a alguna de las expresiones propuestas en Derecho francés en realidad reduciría la *joint venture* a alguna de sus manifestaciones. Y, por otra parte, pone el acento en el peligro que conlleva la traducción de un término de uso internacional y origen extranjero previamente al análisis de la figura concreta a la luz del Derecho francés en el caso de que éste pueda ser aplicable¹³. Estos argumentos bien valen para el Derecho español.

A la luz de lo expuesto, ante la imposibilidad de encontrar una exacta traducción al español de la expresión *joint venture* y con el convencimiento de que no es labor de los juristas en este ámbito del Derecho modificar la realidad, sino prestar su asistencia a los verdaderos actores de la misma, se ha optado en este trabajo por el mantenimiento de la expresión en su lengua original.

C) Origen histórico

De una u otra manera, todos los autores coinciden en citar la figura de la *joint venture* del derecho norteamericano como el antecedente de la actual *joint venture* internacional. No obstante, a partir de aquí las diferencias son algo más que matices¹⁴.

Algunos autores consideran que la *joint venture* que se despliega actualmente en el comercio internacional no ha heredado de aquella más que el nombre, mientras que otros estiman que es una evolución adaptada al escenario internacional. A ello hay que añadir aquellos que sitúan el origen histórico de la *joint venture* en el derecho inglés de los siglos XVII y XVIII, previamente a su implementación en el derecho norteamericano, mientras que otros niegan categóricamente esta posibilidad¹⁵.

¹² Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 61.

¹³ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 8: "Aussi instructives soient-elles, ces traductions nous incitent donc à... ne pas traduire le terme de joint venture. En effet, le choix de l'une d'entre elles nous conduirait d'emblée à orienter, voire à fausser son analyse juridique, en la réduisant à l'une de ses manifestations particulières. Dans le commerce international, la joint venture ne sera pas nécessairement soumise au droit français si bien qu'une traduction n'est pas forcément légitime. Et même lorsque le droit français a vocation à s'appliquer, il est délicat de traduire un terme qui incarne un concept d'origine étrangère avant d'avoir révélé la réalité qu'il recouvre."

¹⁴ Como afirman Luiz O. Baptista y Pascal Durand-Barthez, "las joint ventures se corresponden con una realidad histórica muy imprecisa". BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵ Entre los primeros podemos citar a Fernando Esteban de la Rosa, quien afirma que en el derecho societario inglés del siglo XVII puede identificarse "una figura con esta denominación acuñada en sus perfiles esenciales, erigiéndose en figura asociativa apta para satisfacer la doble exigencia de integración de recursos en vista de un fin común y de preservación de la autonomía jurídica de los sujetos asociados, caracteres que han modelado el fenómeno desde el inicio como figura social que no abandonaba su componente contractual". ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, BONVICINI, *Le "Joint Ventures" técnica giuridica e prassi societaria*, Milán, 1977, p. 5, *apud* PUYO ARLUCIAGA, A., "La Joint Venture como instrumento...", *loc. cit.*, p. 113; PARRA, C., "La

En cualquier caso, ni siquiera la elaboración del concepto en la jurisprudencia y doctrina norteamericanas en los dos últimos siglos han sido rectilíneas, hasta el punto de que la evolución de esta figura es descrita de maneras bien distintas, incluso antagónicas, por los diversos autores¹⁶.

Luiz O. Baptista y Pascal Durant-Barthez¹⁷ describen el salto de esta figura al comercio internacional a partir de su utilización por los empresarios norteamericanos en los negocios internacionales (especialmente en la explotación de yacimientos petrolíferos y de otros productos minerales), primero entre ellos y, posteriormente, con empresas extranjeras, Estados y autoridades locales. Pero, ¿por qué se produce este fenómeno?

Carmen Parra entiende que las fórmulas de cooperación empresarial nacieron como una forma de alcanzar los objetivos presentes en la globalización. En ellas incluye tanto las fusiones y adquisiciones como las *joint ventures*, distinguiéndolas en función de que se produzca o no un cambio en la propiedad:

“(...) con estas fórmulas [fusiones y adquisiciones] se produce un cambio en la propiedad de las empresas que no son de interés para sus propietarios. Por el contrario, los acuerdos contractuales, propios del capitalismo de alianzas, permiten mantener intacta la propiedad de la estructura otorgando a las empresas aliadas un mayor grado de flexibilidad ante las condiciones cambiantes del mercado, permitiendo así mismo cambiar rápidamente sus estrategias disolviendo o abandonando proyectos sin que sus estructuras resulten alteradas”¹⁸.

En este sentido y con mayor detalle, David Tanganelli¹⁹ explica los importantes cambios que se dan en las economías de mercado a partir de la segunda mitad de la década de los setenta: cambios tecnológicos; disminución del ciclo de vida de los productos; globalización o internacionalización creciente de la actividad económica; y la nueva composición de la demanda, en el sentido de su segmentación constante que provoca el desplazamiento de las series largas de producción por series cortas y especializadas.

figura de la *joint ventures* internacional”, *Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales*, Mario Castillo Freyre editor y Palestra ediciones, Perú, 2009, pp. 337 y ss. En sentido contrario se manifiestan Luiz O. Baptista y Pascal Durand-Barthez, para quienes la *joint venture* es una institución desconocida del derecho inglés y citan su antecedente en el derecho escocés. BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* PUYO ARLUCIAGA, A., “La *Joint Venture* como instrumento...”, *loc. cit.*, pp. 112 y 113. Esta autora afirma que “se puede llegar a la conclusión de que, históricamente, se trata de una institución desconocida de la *Common Law* inglesa”. Algún autor hay que, incluso, proclama la existencia de algún antecedente remoto de esta figura en la *societas* del derecho romano y en la *commenda* medieval. *Vid.* PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

¹⁶ *Vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.; PUYO ARLUCIAGA, A., “La *Joint Venture* como instrumento...”, *loc. cit.*, pp. 112 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

¹⁷ BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸ PARRA, C., “La figura”, *loc. cit.*, p. 335.

¹⁹ TANGANELLI, D., *Joint ventures internacionales entre pymes de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 40 y ss.

Estos componentes obligan a las empresas a cambiar su estrategia para lograr una mayor flexibilidad en su oferta. La adaptación se produce a través de la externalización de distintas actividades de la empresa para concentrarse en las que consideran nucleares, lo que da lugar a “la explosión de los acuerdos de cooperación en las economías modernas o el capitalismo de alianzas”²⁰.

De ahí que la *joint venture* haya salido de la esfera de las grandes empresas y se haya convertido también en un herramienta al servicio de la internacionalización de las micro, pequeñas y medianas empresas²¹. Por tanto, independientemente de cuál sea su origen histórico, la *joint venture* se ha erigido en un importante instrumento de colaboración entre empresas en una época en la que la competencia no es la única forma de participar en el mercado.

D) Concepto propuesto

Como se ve, se trata de definir a efectos jurídicos una realidad del tráfico económico para, con su delimitación, poder proceder a su estudio. Pero precisamente la dificultad radica en que, salvo excepciones, está desvinculada de un sistema normativo estatal que la califique y regule, de modo que su contenido jurídico lo adquiere en la práctica y en función de los intereses concretos de las partes²².

Como muy bien dice Christine Pauleau:

*“Concretamente, no se trata de obstinarse en calificar jurídicamente un fenómeno económico, que no está organizado como tal a nivel jurídico, a fin de enmarcarlo en una categoría del derecho positivo y aplicarle el régimen correspondiente. (...) En este sentido, la clasificación en categorías preexistentes de las relaciones establecidas por las empresas en el seno de las joint ventures tiene un efecto reductor y empobrecedor, que se enfrenta con evidentes dificultades conceptuales y limitaciones intelectuales”*²³.

Nos encontramos, por estos motivos, con definiciones descriptivas, al modo del Derecho anglosajón, que difícilmente llegan a lograr la elaboración de un concepto abstracto al gusto continental. Pero no por ello dejan de cumplir su función. A partir de ellas, a modo de mínimo común denominador, pueden ser obtenidos los elementos

²⁰ *Ibid.*, p. 42. En palabras de M. Teresa Costa: “La flexibilización del proceso productivo implica la externalización de las actividades, la especialización y complementariedad productiva, y una nueva competencia a partir de la cooperación”. COSTA, M.T., *apud* TANGANELLI, D., *Joint ventures internacionales...*, *op. cit.*, p. 93.

²¹ *Vid.* LÓPEZ ZAMARRIPA, N., “El contrato de joint venture en el escenario del comercio global”, *Revista Amicus Curiae*, número 3, año IV, Universidad Autónoma Nacional de México, 2011, p. 1, en http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/amicus14/EL_CONTRATO_DE_JOINT_VENTURE.pdf

²² *Vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p.31: “El acusado componente práctico que incorpora la expresión *joint venture* en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, y su desvinculación de un sistema normativo estatal, dificultan notablemente la posibilidad de proporcionar un concepto de aquella”; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

²³ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 17.

configuradores de la *joint venture* internacional. A la luz de todas las definiciones consultadas²⁴, proponemos el siguiente concepto simplificado de *joint venture*: acuerdo de colaboración para la realización de un negocio en común, en el que las partes mantienen su autonomía y comparten el control. Por tanto, los elementos que desde este punto de vista deben concurrir en una *joint venture* para que pueda ser calificada de tal son:

- Acuerdo de cooperación entre dos o más partes.
- Autonomía de las partes.
- Negocio en interés común.

²⁴ *Vid.*, entre otros, ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A., y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, Fundación Confemetal Editorial, Madrid, 2002, p. 15: “En síntesis, puede definirse como el acuerdo entre dos o más partes que ponen en común sus recursos y colaboración para llevar a cabo una actividad comercial a través de la cual puedan obtener un beneficio mutuo, compartiendo el riesgo que conlleva toda operación empresarial en función de la estructura concreta a través de la cual acuerden desarrollarla. En otras palabras, podemos decir que una Joint Venture es un proyecto creado por dos o más empresarios que combinan sus habilidades y recursos para obtener unos objetivos específicos; un acuerdo entre dos o más empresas que ponen en común capital, activos u otras fuentes necesarias para llevar a cabo la explotación de un negocio”. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 44-45: “entendemos por joint venture una operación internacional de cooperación entre empresas caracterizada por su origen negocial; por la autonomía jurídica y económica de los participantes, que queda intacta en el ámbito que escapa al proyecto común; por el desarrollo de una actividad o proyecto de forma conjunta por aquéllos, dentro o fuera de un marco societario común; por el control conjunto de esta actividad a través de una estructura organizativa establecida para el logro de los objetivos de la cooperación; así como por la vinculación material de la actividad a desplegar con la propia de los participantes”. BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10: “une association de caractère contractuel, à objet limité, comportant la mise en commun de moyens et de risques et un égal accès des participants à la prise de décision”. ORTEGA, A., *Modelos...*, *op. cit.*: “(...) aquella forma de cooperación entre empresas que gozan de autonomía, jurídica y económica, radicadas en países diferentes, bien mediante la constitución de una empresa común -con personalidad jurídica propia y órganos de administración independientes de las empresas asociadas, pero controlada por las mismas-, o a través de la firma de un contrato, con el fin de llevar a cabo, de forma conjunta, una actividad determinada, duradera o provisional en el tiempo, dotándola de apoyo técnico, financiero o comercial de sus propias empresas, a través de aportaciones de capital, tecnología y/o know-how, y/o mano de obra”. DÍAZ ZÁRATE, R., *apud* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 44: “vínculo existente entre dos o más personas físicas o jurídicas, para realizar una determinada actividad, mediante la interrelación de todas, o algunas, de sus ventajas comparativas, durante cierto tiempo perfectamente limitado y repartirse unos beneficios o pérdidas en proporción a su participación en la empresa conjunta”. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 255: “La joint venture peut être définie comme un montage contractuel conçu à partir du contrat cadre de joint venture et d’un ensemble de contrats d’application complémentaires, le tout formant un complexe de contrats interdépendants. Elle est également une entreprise contrôlée conjointement par les parties, quelles que soient les structures au sein desquelles l’entreprise est exploitée et le contrôle exercé”. Teniendo en cuenta que, como afirma TANGANELLI I BERNADES, D., *Joint ventures internacionales...*, *op.cit.*, p. 46., la cooperación empresarial se caracteriza por tratarse de un campo interdisciplinar del saber humano, resulta especialmente interesante la aproximación que al estudio jurídico de la *joint venture* realiza PAULEAU, C. desde la realidad económica que a ella subyace. Así, la define como “una alianza estratégica entre empresas para el desarrollo de una actividad económica de interés común”; “las joint ventures son acuerdos entre organizaciones empresariales que siguen siendo independientemente activas en el mercado, y mediante los cuales se emplean recursos procedentes de más de una empresa, se persiguen objetivos comunes, y se establecen estructuras de gobierno mixtas funcionando en base a principios de mercado y principios de la empresa”, PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 28 y pp. 66 y 67.

- Agrupación de recursos de las partes.
- Control conjunto del negocio.

No obstante, hay que señalar que el concepto de *joint venture* no es del todo pacífico en la doctrina como tendremos ocasión de ver al tratar a continuación los tipos de *joint venture* en los negocios internacionales.

2. Tipos de *joint venture* internacional

A) *Incorporated y unincorporated joint venture*

La clasificación más habitual²⁵ y en la que se fundamenta el presente trabajo es la que se establece en función de que la cooperación entre las partes de la *joint venture* se articule a través de un ente con personalidad jurídica propia, distinta de las de los socios (normalmente una *corporation* o una sociedad de capitales) o no. Se distingue así entre *incorporated joint venture* y *non-corporate joint venture* o *unincorporated joint venture*. Esta última también es conocida como *joint venture* contractual, término más fácilmente comprensible en español pero que, en realidad, puede dar lugar a confusión²⁶.

Esta distinción se suele asimilar, en términos generales, con la establecida desde un punto de vista económico como *equity joint venture* y *non-equity joint venture*, en atención a la puesta en común o no de capital por parte de los participantes en la *joint venture*. De hecho, son expresiones utilizadas con frecuencia como sinónimas.

W.G. Friedmann define la *equity joint venture* como “*enterprise in which two or more parties (...) share the financial risks and the decision-making through joint equity participation in a common enterprise*” frente a la *contractual joint venture*, “*a risk-sharing venture, but one in which no joint enterprise with separate personality is formed, in which the partners hold equity proportionate to their investment*”²⁷.

El principal escollo para la unanimidad entorno al concepto de la *joint venture* se encuentra precisamente en esta distinción. La discusión se centra en la inclusión o no en dicho concepto de las formas de cooperación que prescinden de la utilización de una sociedad con personalidad jurídica propia como vehículo para instrumentar la colaboración de las partes. Hay autores²⁸ que prefieren una definición ajustada a los estrictos términos de la *joint venture* societaria²⁹.

²⁵ Vid. por todos PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 48 y ss.

²⁶ En efecto, la expresión *joint venture* contractual parece remitir a la que la doctrina llama puramente contractual, dejando fuera una gran variedad que adopta formas jurídicas sin personalidad. No obstante, por ser la expresión más comúnmente utilizada en español, no descartamos su uso en el presente trabajo.

²⁷ FRIEDMANN, W.G., apud ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., pp. 59 y 60.

²⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2013, p. 219, parece apuntarse al concepto restrictivo de *joint venture* al abordar el concepto del siguiente modo: “Para que podamos hablar de una *joint-venture* es preciso que esta actividad suponga la creación de una estructura organizativa que es controlada por las sociedades participantes. Es aquí donde se encuentra el elemento identificador más llamativo de esta

Modestamente, no compartimos este criterio. Aunque la estructura económica y la instrumentación jurídica que adopte la *joint venture* cambien su aspecto, la naturaleza de la misma no resulta modificada. La esencia de la *joint venture* es “la creación de una unidad de decisión en relación a una o varias funciones empresariales, capaz de incrementar la potencia estratégica, económica u organizacional de las células económicas participantes”³⁰ dando lugar a fenómenos que desde un punto de vista económico son homogéneos. Como explica Christine Pauleau:

*“La diversidad de las estructuras económicas de la alianza se explica por el hecho de que la alianza constituye una forma intermedia de organización, entre operaciones independientes basadas en las leyes del mercado en un extremo, e integraciones totales en el otro, sin llegar a asimilarse con ninguno de estos extremos”*³¹.

Por tanto, se cumple una vez más el aforismo español “el hábito no hace al monje”. Para determinar si nos encontramos ante una *joint venture* habrá que estar a los elementos citados en el apartado anterior, entre los que no consideramos el tipo de estructura organizativa elegida por las partes para llevar a cabo su colaboración. Este es un instrumento al servicio de las partes, un elemento meramente funcional de la concreta *joint venture* que la distinguirá de otras *joint ventures*, pero que no la definirá como tal.

Para los autores que excluyen del concepto de *joint venture* toda colaboración empresarial que no conlleve la creación de una sociedad mixta, se plantea el problema de darle contenido a una expresión comúnmente utilizada en el tráfico económico, cual es la *joint venture* contractual. Este aspecto lo resuelve Enrique Guardiola asignando tal denominación a la *joint venture* “empleada en países con economías de planificación centralizada cuyas leyes no reconocen el principio de propiedad privada del capital y, en consecuencia, no cabe el acceso a una sociedad en manos de particulares”³².

Junto a estos dos tipos de *joint venture* admitidos por gran parte de la doctrina, Erik Vermeulen añade un tercer género que denomina asimétrico³³. En el mismo sentido,

figura: la necesidad de cooperación entre sociedades para el desarrollo de una empresa origina la creación de una sociedad que puede adoptar formas variadas y que es controlada por los intervinientes en la operación”. Sin embargo, más adelante al tratar de la ley aplicable admite la posibilidad de que la *joint venture* no conlleve la creación de una sociedad al hablar de “las relaciones entre los intervinientes que se deriven de contratos que no impliquen el nacimiento de una sociedad”, *ibid.*, p. 223.

²⁹ En este sentido, Enrique Guardiola ciñe el término a los supuestos de integración parcial de las empresas participantes: “Modernamente se ha ido acotando el concepto de *joint venture* abandonando la idea de contrato genérico de cooperación entre empresas y centrándolo en la figura de constitución de Sociedad mixta exclusivamente”. GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración...*, *op. cit.*, p. 299. Para los supuestos en los que las empresas ponen en común ciertos medios, pero no se someten a ningún tipo de integración, este autor prefiere el término contratos de agrupación, den o no lugar al nacimiento de un ente con personalidad jurídica propia distinto de una sociedad mercantil.

³⁰ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 87.

³¹ *Ibid.*, p. 87.

³² GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración...*, *op. cit.*, p. 303.

³³ VERMEULEN, E., *The evolution of legal business forms in Europe and the United States. Venture capital, joint venture and partnership structures*, Kluwet Law International, La Haya, 2003, p. 28: “Besides contractual and equity joint ventures, a third form of joint ventures could be distinguished: an

Alberto Echarri³⁴ introduce una clasificación en función de las aportaciones de los socios, distinguiendo las *joint ventures* equilibradas de las asimétricas.

Valérie Pironon prefiere distinguir entre *joint ventures* personalizadas y no personalizadas³⁵. Considera que la existencia o no de un ente jurídicamente independiente va a marcar las diferencias esenciales de régimen, si bien esta distinción no afecta a la sustancia de las relaciones entre las partes. Las diferencias fundamentales entre ellas, según la autora, son la falta de capacidad jurídica, la ausencia de patrimonio propio (que tendrán consecuencias en las relaciones con terceros) y la inexistencia en gran medida de normas imperativas para la organización de las relaciones entre las partes en el caso de la *joint venture* no personalizada.

B) *Joint venture* estructurada y *joint venture* no estructurada

Una clasificación nada extendida en la doctrina ni en el tráfico jurídico pero muy interesante para el análisis de la *joint venture* la plantea Christine Pauleau³⁶ a partir de un criterio económico, puesto que, según sus palabras, “la estructura económica de la alianza condicionará el tipo de organización jurídica adoptada por la misma”.

Así, distingue las formas estructuradas de alianza de empresas, que comparten la propiedad de los medios, lo que determina que su operativa se proyecte en el mercado a través de una entidad económica separada, y las formas no estructuradas en las que dicha proyección se realiza a través de las empresas participantes sin propiedad compartida de los recursos agrupados. Lo esencial de una *joint venture* estructurada “es la existencia de un patrimonio común. De manera significativa, no es la personalidad jurídica [la] que conduce a la existencia del patrimonio, sino el patrimonio común que, en ocasiones, necesitará la personalidad jurídica para organizarse”³⁷.

Se trata de una aproximación diferente a la clasificación de las *joint ventures*, pero igualmente interesante para arrojar luz sobre la *unincorporated joint venture*. Esta es definida, como su propio nombre indica, en sentido negativo. Es decir, reúne todas aquellas *joint ventures* que no sean *incorporated*, abarcando un amplísimo abanico de posibilidades en cuyo extremo se encuentra la *joint venture* puramente contractual.

La combinación de ambos criterios nos muestra que la *incorporated joint venture* no solo tiene personalidad jurídica propia sino que es, a la vez, estructurada, puesto que la propiedad de los medios puestos a disposición por los socios es compartida. Sin embargo, no podemos decir que la *joint venture* contractual sea, *sensu contrario*, no estructurada.

asymmetric joint venture, where the joint venture partners acquire minority stakes in each other's subsidiaries”.

³⁴ ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A., y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, *op. cit.*, p. 16.

³⁵ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

³⁶ PAULEAU, C. *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

³⁷ *Ibid.*, p. 110.

En efecto, la gama de posibles instrumentaciones de la *joint venture* abarca la utilización de formas jurídicas que establecen tanto una propiedad común de los medios aportados por las partes, como el mantenimiento de los recursos en la propiedad del aportante. Por tanto, esta categoría agrupa tanto formas estructuradas como no estructuradas de *joint venture*.

C) Otras clasificaciones

La doctrina establece otras múltiples clasificaciones en atención a diversos criterios económicos. Así, por la función económica que cumplen se distingue entre *joint ventures* de investigación, de producción o de comercialización³⁸.

Por su parte, Manuel Medina de Lemus, prefiere una clasificación en función de los tipos de actividades económicas en los que se utiliza la *joint venture*, puesto que considera que la distinción habitual presenta dos inconvenientes: por una parte, la sociedad creada puede ser un medio y no un fin y, por otra parte, reenvía al derecho de sociedades por lo que pone en duda que “permita deducir reglas generales aplicables al *joint venture* internacional”³⁹.

Según el tipo de relación existente entre las actividades económicas que las empresas participantes desarrollan fuera de la *joint venture*, así como entre ellas y la actividad de la *joint venture*, se habla de *joint ventures* horizontales, verticales y conglomerales⁴⁰. Es una clasificación de especial relevancia para el Derecho de la competencia, especialmente las de carácter horizontal, también llamadas *scale joint ventures*, en las que las empresas participantes y la *joint venture* operan en la misma fase del proceso productivo y en el mismo mercado de referencia. En el otro extremo están las *joint ventures* conglomerales en las que se agrupan empresas que realizan actividades no relacionadas entre sí o bien la *joint venture* actúa en un mercado completamente diferente al de sus empresas participantes. Entre ambas se encuentra la *joint venture* vertical o *link joint ventures*, en las que las empresas se encuentran en distintas fases productivas.

Desde un punto de vista organizativo, se distingue entre *joint ventures* que asumen una sola fase de la actividad empresarial y las que asumen la actividad completa⁴¹.

Además, en función de su objeto, se habla de *joint ventures* creadas para la ejecución de un proyecto puntual, de tipo cooperativo, de inversiones y de concentración⁴². Las primeras de ellas se forman para realizar un proyecto que dada su envergadura técnica

³⁸ *Ibid.*, pp. 90 y ss.

³⁹ MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 347.

⁴⁰ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 56; TANGANELLI, D., *Joint ventures internacionales...*, *op. cit.*, p. 113.

⁴¹ Vid. *ibid.*, p. 56.

⁴² Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 56 y 57; MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, pp. 348 y ss.; PARRA, C., “La figura”, *op. cit.*, pp. 344 y ss.

y/o financiera no es afrontable por una sola empresa, como obras públicas o ensamblajes industriales⁴³. Las *joint ventures* de inversiones son las utilizadas para llevar a cabo una inversión directa en el extranjero con un socio local.

Por su parte, las de tipo cooperativo se centran en una fase de la actividad empresarial, manteniendo la competencia en el resto de áreas de negocio, mientras que las de concentración suponen una fusión parcial de los participantes que abandonan esa parte del negocio. Esta distinción tiene una gran trascendencia a efectos del Derecho europeo de la competencia. También hay quien distingue entre *joint ventures* con una sola función y *joint ventures* con plenas funciones. Las primeras son consideradas como cooperación y las segundas como concentración⁴⁴.

En función de su duración, existen *joint ventures* de duración determinada y de duración indeterminada⁴⁵.

Si se atiende a los sujetos que participan en ellas, los autores distinguen entre *joint ventures* entre Estados (que en realidad son empresas comunes), entre Estados y particulares, y entre particulares⁴⁶.

Como se ve, las clasificaciones son múltiples y variadas, pero solo la distinción entre *incorporated* y *unincorporated* tiene relevancia en la articulación jurídica de la *joint venture*. Así, si bien ambas participan de una misma esencia, la instrumentación de la cooperación a través de una sociedad con personalidad jurídica o no va a delimitar el elenco de formas jurídicas disponibles al efecto para las partes; a condicionar el contenido de los contratos, tanto el de *joint venture* como los de aplicación; y a determinar el régimen jurídico aplicable, dando entrada en su caso al Derecho de sociedades de la forma jurídica elegida.

Veamos a continuación cuáles son los elementos que, a nuestro entender, deben estar presentes para poder considerar que estamos ante una *joint venture*, sea de uno u otro tipo. No todos ellos están expresamente recogidos en las formulaciones de los distintos autores consultados, pero sí lo están al menos de manera implícita⁴⁷.

⁴³ Carmen Parra señala que “Es frecuente en este ámbito la construcción de joint ventures bajo la modalidad BOT (Build Operate Transfer), en la que los participantes financian y explotan la infraestructura objeto del contrato hasta su amortización para cederla después mediante precio al país de acogida”, PARRA, C., “La figura”, *loc. cit.*, pp. 345.

⁴⁴ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 96 y ss.

⁴⁶ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 58; MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales” ..., *op. cit.*, pp. 354 y ss.

⁴⁷ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, cita expresamente tres elementos: la participación de dos o más empresas fundadoras, la agrupación de recursos y el control conjunto. BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 42: origen y carácter contractual con ausencia de forma específica; naturaleza asociativa; derecho de los participantes, independientes entre ellos, a la gestión conjunta; objetivo o duración limitados.

3. Elementos conformadores de la *joint venture*

A) Acuerdo de cooperación en el que las partes mantienen su autonomía

La *joint venture* es un acuerdo de cooperación⁴⁸ –o alianza, en expresión preferida por algún autor⁴⁹– entre dos o más partes por el que éstas obran conjuntamente en atención a un mismo fin.

Según Fernando Esteban de la Rosa,

*“Genéricamente, la joint venture internacional se sitúa en el capítulo de las alianzas empresariales, caracterizadas por la independencia económica y jurídica de las empresas participantes, o entre las técnicas de raggruppamento, societarias o contractuales, dirigidas a vincular económicamente dos o más sociedades o empresas sin perjuicio de la preservación de su autonomía económica y jurídica. El componente psicológico de la cooperación adquiere pues relieve definitorio”*⁵⁰.

Las partes de una *joint venture* pueden ser de lo más variado. Lo más frecuente es que se trate de empresas de carácter societario, pero es posible encontrar empresarios individuales, Estados e incluso particulares. En cualquier caso, por su propio carácter, el número de participantes será reducido, si bien pueden ser más de dos.

La consecuencia inmediata de la calificación de la *joint venture* como acuerdo de cooperación es el carácter *intuitu personae* de la relación establecida por las partes⁵¹, esto es, que la personalidad de estas es esencial para alcanzar el acuerdo. Y ello en un doble sentido en el caso de la *joint venture*. En un sentido objetivo, hace referencia a la complementariedad de los medios de los *venturers*, tanto cualitativa como cuantitativamente hablando. En un sentido subjetivo, hace referencia a la compatibilidad de los objetivos de las partes y de sus culturas de empresa. Dicha personalidad debe ser entendida, por tanto, en sentido económico, no jurídico. Es decir, lo verdaderamente importante en el caso en el que las partes sean sociedades es quién las controla, no su razón social. Esto tiene su reflejo en las cláusulas de salida del contrato de *joint venture*: cualquier modificación sustancial de una de las partes hace efectivas dichas cláusulas, puesto que la *joint venture* crea una dependencia recíproca⁵² entre las partes que solo tiene sentido mientras la personalidad de las partes no cambie.

El carácter *intuitu personae* de este tipo de acuerdos conlleva una obligación de buena fe reforzada respecto a la obligación general⁵³, que impregna toda la relación

⁴⁸ Vid ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 38; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 71 y ss.; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 63; ARAGÓN BUENO, E., *Las Joint Ventures: aspectos...*, op. cit., p. 49 y ss., entre otros.

⁴⁹ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 63.

⁵⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 38.

⁵¹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 71 y ss.

⁵² *Ibid.*, p. 74.

⁵³ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 174; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 75 y ss.

contractual. Exige de las partes colaboración y confianza recíproca, que actúen como aliados y no como rivales, puesto que el contrato es concebido y ejecutado en el interés común de ellas. Tendrá, pues, su implicación directa en los derechos (control conjunto del negocio común) y las obligaciones de las partes (contribuir al negocio común, transparencia, no concurrencia, confidencialidad...), dándoles un nuevo sentido. De ahí que, como señala Nicole Lacasse, la confianza mutua sea el substrato de toda *joint venture*⁵⁴.

Otra característica significativa de este tipo de acuerdo de colaboración empresarial es que las partes mantienen su autonomía. Es un rasgo distintivo fundamental de la *joint venture*: independientemente del grado de colaboración, cada *venturer* conserva su propia identidad⁵⁵. No se trata, por tanto, de una fusión, ni de una adquisición, tan comunes también en el comercio internacional.

La autonomía de los *venturers* supone que ponen en común parte de sus recursos para llevar a cabo el objeto de la colaboración, pero que mantienen su independencia jurídica y económica en el resto de sus actividades empresariales. Se crea una unidad de decisión que sólo afecta a una parte de la actividad económica de las partes⁵⁶. Desde este punto de vista, no se pueden considerar como *joint venture* los contratos de agencia y distribución, puesto que para una de las partes implicadas el contrato en cuestión es esencial a su actividad económica⁵⁷, de manera que no existe verdadera autonomía económica en el mercado.

B) Realización de un negocio en interés común

La cooperación de las partes tiene por objeto la realización de un negocio, es decir, una actividad o proyecto empresarial⁵⁸. No se trata, por tanto, de un mero intercambio de bienes o prestación de servicios propio de un contrato sinalagmático, sino de la organización de un negocio o empresa, como por ejemplo, la construcción y explotación de un complejo industrial, la producción en común de bienes intermedios, la explotación en común de una fábrica, la investigación y el desarrollo en común de un nuevo producto, la explotación y extracción de materias primas⁵⁹...

Es la razón de ser de la *joint venture*, el motivo por el cuál las partes deciden cooperar. Según A. Echarri, "se trata de situaciones en las que los socios están dispuestos a ceder

⁵⁴ LACASSE, N., "La réalisation d'une entreprise à l'étranger: le choix de la forme juridique", *Revue générale de droit*, vol. 19, nº 4, de la Universidad de Ottawa, 1988, p. 773, en

⁵⁴ <http://www.revuegeneralededroit.ca/articles-rgd>

⁵⁵ *Vid. ibid.*, p. 773.

⁵⁶ *Vid.* PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷ *Vid. ibid.*, p. 169.

⁵⁸ Para BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 43, es el objetivo limitado en el sentido de que se trate de una actividad concreta y no el intento de lograr beneficios por cualquier medio.

⁵⁹ *Vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

un porcentaje de su autonomía a cambio del beneficio de poder desarrollar un negocio o proyecto empresarial que de forma individual resultaría inviable”⁶⁰.

Precisamente el objeto del contrato, la realización de una actividad o proyecto empresarial, lo convierte en un contrato de larga duración puesto que está destinado a perdurar mientras las condiciones existentes en el momento de su establecimiento permanezcan⁶¹. No es, por tanto, un contrato de ejecución instantánea, pero tampoco un contrato de tracto sucesivo⁶², en el que el intercambio de bienes o servicios se repite en el tiempo. No obstante, “*le contrat de joint venture a donc pour objet la mise en place d’une entreprise commune durable mais non permanente*”⁶³.

Tal actividad o proyecto, que va a ser realizado por las partes de la *joint venture* a través de esta, puede estar dirigido exclusivamente a las partes o bien al mercado, pero, en cualquier caso, es de interés común⁶⁴ a los *venturers*.

El interés común es entendido por la doctrina en relación con la sociedad como un interés distinto y superior al de los socios, pero no es así como lo entiende respecto a las alianzas de empresas. En efecto, en este ámbito, el interés común es definido como el resultado de la suma de los intereses individuales de las partes⁶⁵. Es decir, cada una de las partes de la *joint venture* tiene un interés propio, que puede ser igual o distinto al de las otras partes, pero que converge con el de ellas de manera que se convierte en la causa del acuerdo de cooperación. O dicho de otra manera, las partes persiguen una utilidad común⁶⁶.

La motivación para llevarlo a cabo puede ser muy variada⁶⁷. Así, Erik Vermeulen pone el acento en los motivos puramente económicos: “*joint ventures (...), under the pressure of ongoing globalization, have become an important means of limiting risks, decreasing costs, and increasing economies of scale and scope*”⁶⁸. Entre ellos, se encontrarían la reducción de costes de aprovisionamiento, el garantizar el abastecimiento de materias primas, la extensión y diversificación de la actividad con

⁶⁰ ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A., y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, *op. cit.*, p. 17.

⁶¹ M. Mankabady señala que “*There is research to suggest that the medial life-span for a joint venture is seven years before there is an exit by one or more parties or the joint venture is terminated or wound up*”, MANKABADY, M., *et al.*, *Joint venture in Europe*, Tottel Publishing, West Sussex, 2008, p. 514. Vid. también ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

⁶² Cf. (en contra) MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 371.

⁶³ PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁴ El interés común es puesto en valor por la doctrina como elemento fundamental de la *joint venture* hasta el punto de que llega a ser calificada de “*contrat d’intérêt commun*”, como distinto del contrato sinalagmático y del contrato de sociedad, *vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁵ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

⁶⁶ Vid. ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A. y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁷ Vid. LACASSE, N., “La réalisation...”, *loc. cit.*, p. 773: “il est étonnant qu’une seule et même institution puisse répondre à des objectifs aussi diversifiés”.

⁶⁸ VERMEULEN, E., *The evolution...*, *op. cit.*, p. 29.

menor inversión y riesgos, la penetración de nuevos mercados, las exigencias estatales que imponen ciertos países para la inversión extranjera...⁶⁹

Sin embargo, las alianzas no son sólo mecanismos para optimizar costes, sino que pueden añadirse razones de carácter estratégico, como desarrollar nuevas capacidades y adquirir habilidades de otros socios⁷⁰. Por tanto, la finalidad perseguida por las partes puede ser no sólo lucrativa sino de tipo consorcial⁷¹. Es decir, no es imprescindible que las partes busquen una ganancia para proceder a su posterior reparto. En este sentido, son motivos válidos para escoger la *joint venture* el deseo de acceder a nuevos mercados, compartir el desarrollo tecnológico o adquirir conocimientos empresariales, pero no simplemente la reducción de riesgos o la financiación⁷².

C) Agrupación de recursos de las partes

Las partes de la *joint venture* asumen la obligación de contribuir al negocio común aportando, para su integración, los medios necesarios para llevar a cabo el objeto de la colaboración⁷³. El objeto material y la forma jurídica de la contribución variarán en función del proyecto o actividad que se vaya a realizar y de los intereses de las partes. Así, los recursos pueden ser de muy diversa índole: recursos económicos, financieros, materiales, inmateriales, técnicos, tecnológicos, humanos y de conocimiento de distinta procedencia⁷⁴.

Las partes deben acordar de qué manera hacen la puesta a disposición. Se trata de una agrupación de recursos en sentido económico, es decir, no implica necesariamente -si bien es posible- el cambio en la propiedad de los recursos como supondría una agrupación en sentido jurídico⁷⁵. Es admisible, por tanto, cualquier tipo de afectación del recurso al negocio común⁷⁶.

En concreto y respecto de los elementos patrimoniales, en primer lugar deberán decidir si ponen en común la propiedad de los mismos o si, por el contrario, permanecen en el

⁶⁹ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., pp. 49 y ss. Y PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 80 y ss.

⁷⁰ Vid. TANGANELLI, D., *Joint ventures internacionales...*, op. cit., p. 51.

⁷¹ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 79.

⁷² Vid. ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A., y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, op. cit., p. 18 y 19. Para PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 83, el último supuesto es una desnaturalización de la *joint venture*.

⁷³ En L.O. Baptista y P. Durand-Barthez, este elemento está presente como el reparto de medios y riesgos que conlleva la naturaleza asociativa que predicen de la *joint venture*. Vid. BAPTISTA, L.O., y DURAND-BARTHEZ, P., *apud* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 42.

⁷⁴ Vid. AGUILO, J.F. *apud* ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 44.

⁷⁵ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 106.

⁷⁶ A este respecto, M. Medina de Lemus matiza que el reparto de medios supone contribuciones de tipo contractual y no aportaciones en el sentido estricto del derecho de sociedades, *vid.* MEDINA DE LEMUS, M., "Joint-ventures internacionales"..., op. cit., p. 360. En el mismo sentido, *vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 55.

patrimonio propio de cada parte⁷⁷. En este caso, será necesario proceder a la afectación de los bienes al fin común, como modo de puesta a disposición por la parte, a través de cualquiera de las modalidades posibles (arrendamiento, licencia, préstamo, cesión...).

La organización patrimonial escogida debe concretarse en una forma jurídica elegida por las partes que sirva a tal fin, bien sea una existente en algún derecho nacional, bien sea definida por las partes en todos sus términos. Dicha organización y la forma que adopte serán plasmadas tanto en el contrato de *joint venture* como, en su caso, en los contratos satélites.

Las partes asumen, pues, obligaciones ordenadas al logro del objetivo común. Unas serán obligaciones individuales de cada parte, ejecutadas bajo su propia responsabilidad, mientras que otras serán comunes a dos o más partes y deberán ejecutarse de manera conjunta. No son la contrapartida la una de la otra como en un contrato sinalagmático, sino que son obligaciones interdependientes por su objeto y no por su causa⁷⁸.

D) Control conjunto

El control conjunto de los participantes respecto del proyecto común es el elemento constante que caracteriza la *joint venture* frente a la sociedad y la distingue de ella⁷⁹.

Este elemento es habitualmente definido por la doctrina desde el concepto establecido por el Derecho de la competencia europeo. Según Jesús Maíllo, “existirá control conjunto cuando haya dos o más empresas que necesariamente deban ponerse de acuerdo para decidir la política estratégica de otra empresa”⁸⁰. En este sentido, se considera que existe control conjunto cuando cada parte tiene una influencia decisiva respecto de la *joint venture*, lo que debe traducirse, como mínimo, en disponer de la posibilidad de bloquear *de iure* o *de facto* alguna decisión estratégica de la *joint venture*. Este bloqueo debe consistir en un veto absoluto, imposible de superar⁸¹.

Dicho de otro modo, supone la existencia de un equilibrio de poder entre las empresas participantes⁸². Este es un elemento característico de los contratos de unión en los que

⁷⁷ Esta elección da lugar a una *joint venture* estructurada en el primer caso y a una *joint venture* no estructurada en el segundo, según la clasificación establecida por PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

⁷⁸ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 246.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 254. Para esta autora, el control conjunto es determinante de la naturaleza contractual de la *joint venture*, como opuesta a una posible naturaleza societaria derivada de la utilización de una sociedad como vía de ejecución del proyecto común de las partes. En el mismo sentido de afirmar la naturaleza contractual de este tipo de acuerdos, vid. ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A., y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁰ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Empresas en participación (joint venture) y Derecho comunitario de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 92.

⁸¹ Vid. *ibid.*, pp. 101 y ss. Para MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 360, el derecho de los participantes a la gestión conjunta, puede no ser ejercido en la práctica y limitarse a un veto sobre los puntos más importantes.

⁸² Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

se materializan las relaciones de alianza entre empresas, frente a los contratos de integración, en los que la relación económica es de dominación-subordinación⁸³.

El equilibrio de poder se basa, en primer lugar, en la igualdad jurídica en los procesos de toma de decisiones por las partes, a través del establecimiento de mecanismos que obligan al consenso permanente: o deciden juntas o no deciden⁸⁴. Precisamente para organizar el control conjunto, las partes eligen una u otra forma jurídica de instrumentación de la *joint venture*⁸⁵, según se adapte mejor al objeto y características de ésta.

En segundo lugar y no menos importante, el equilibrio de poder de las partes se fundamenta en un clima de confianza mutua reforzada, imprescindible para el éxito de la *joint venture*:

“(...) el éxito de la joint venture sólo estará garantizado cuando cada una de las empresas partes esté, en todo momento, convencida de que su decisión de comprometerse en la alianza para alcanzar la finalidad estratégica propuesta no perjudica sus intereses propios”⁸⁶.

En cualquier caso, se trata de un elemento que singulariza la *joint venture* al convertir el negocio en interés común en un negocio en común, frente a figuras similares en las que una de las partes hace aportaciones sin ninguna otra implicación.

Hay autores que suman a estos otros elementos, como la duración limitada en el tiempo⁸⁷. No obstante, no hay unanimidad al respecto. Así, se entiende que la colaboración, si bien no es eterna, no tiene por qué tener una fecha de duración predeterminada.

Mención aparte merecen los que incluyen como elemento necesario la existencia de una sociedad con personalidad jurídica propia que encarne el proyecto⁸⁸. Como ya se ha tenido ocasión de afirmar, no compartimos este planteamiento por cuanto se obvia la naturaleza misma de la *joint venture* en favor de la instrumentación que esta elija para su realización.

⁸³ CHAMPAUD, C., *apud* PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 210 y 211.

⁸⁴ *Vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 254.

⁸⁶ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁷ *Vid.* MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 360. ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A., y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, *op. cit.*, p. 15.

⁸⁸ Así, Enrique Guardiola afirma: “Vistas las distintas definiciones ofrecidas, las características que, según la práctica internacional actual, han de concurrir en una *joint venture* son: a) Debe tratarse de un proyecto de tipo societario, de carácter duradero, entre dos o más empresas (...) d) (...) comporta la creación de un nuevo ente con personalidad jurídica propia y distinta de la de los participantes, aunque también puede considerarse *joint venture* la adquisición por dos o más empresas de participaciones sociales de una compañía preexistente”, GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración...*, *op. cit.*, p. 301.

4. Naturaleza jurídica

Si no hay acuerdo en la doctrina en relación con el concepto y el origen histórico de la *joint venture*, menos lo hay, como cabe esperar, en relación con su naturaleza. Christine Pauleau explica la complejidad de la tarea de establecer la naturaleza de la *joint venture*:

*“Toda la problemática de la determinación de la naturaleza jurídica de la joint venture consistirá en reconocer las graves limitaciones de una metodología mediante la cual se intentaría incorporar la joint venture en categorías conocidas y aplicarle el régimen jurídico correspondiente. Como vamos a demostrar, la clasificación de las relaciones jurídicas anudadas en el seno de una joint venture en categorías preexistentes del derecho positivo oculta una realidad específica y más compleja”*⁸⁹.

El estudio de este aspecto sobrepasa las posibilidades del presente trabajo, pero, no obstante, creemos conveniente realizar alguna consideración al respecto.

En primer lugar, es fundamental al hablar de la naturaleza de la *joint venture* tener la precaución de distinguir entre la propia relación de *joint venture* y los instrumentos jurídicos a través de los cuales se concreta⁹⁰. Otra aproximación al tema da lugar a no pocas confusiones. Según Valérie Pironon, “*la substance de la relation entre les parties est toujours la même, mais son habillage juridique est variable en fonction des caractéristiques du projet et du droit applicable*”⁹¹. Pero, precisamente la variedad de moldes jurídicos posibles no afecta a la unidad substancial de la operación⁹².

Así, la relación de *joint venture* se materializa a través de una serie de contratos de diversa naturaleza que, en ningún caso, suplantán a la propia relación. Entre ellos se encuentra el contrato de base, que es calificado jurídicamente de diversas maneras, y los contratos satélites, que variarán de una *joint venture* a otra y que pueden ser desde un contrato de arrendamiento de local a una licencia sobre patente.

Asimismo, entre estos contratos de aplicación puede existir uno por el que se cree un ente de instrumentación de la *joint venture*, con o sin personalidad jurídica. No es infrecuente, cuando dicho ente es una sociedad de capitales, encontrar afirmaciones de que la *joint venture* es una sociedad, tomando el continente por el contenido. Pero la forma que eligen las partes para instrumentar su particular *joint venture* es distinta de esta⁹³, como ya hemos tenido ocasión de afirmar.

Mario de la Madrid sitúa el origen de la “discusión en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de las relaciones que abarca el *joint venture* como fenómeno” en la

⁸⁹ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 101.

⁹⁰ Vid. LÓPEZ ZAMARRIPA, N., “El contrato de joint venture en...”, loc. cit., pp. 6 y 7.

⁹¹ PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 40.

⁹² *Ibid.*, p. 255.

⁹³ *Ibid.*, p. 163.

variada tipología del contenido obligacional⁹⁴, desde relaciones sinalagmáticas a asociativas.

Una vez hecha esta precisión, es posible atender al conjunto de la operación de colaboración empresarial y observar que se trata de un complejo contractual que se articula en torno a una causa económica única, basado en un contrato (el contrato de *joint venture*) que es la manifestación jurídica mínima de la cooperación, y en el que coexisten diversas técnicas jurídicas de organización de la alianza entre empresas⁹⁵.

La primera característica insoslayable de la *joint venture* es, por tanto, su carácter contractual⁹⁶, que le dota de flexibilidad y le permite adoptar diversas formas jurídicas dentro de los límites impuestos por los ordenamientos implicados. Estamos de acuerdo con Nicole Lacasse cuando afirma: “*En droit, la coentreprise internationale est donc protéiforme : elle se concrétise par le biais de différentes figures juridiques et évolue dans plusieurs systèmes légaux, tentant toujours de maintenir sa cohésion à partir de sa base contractuelle*”⁹⁷.

Dando un paso más, y aun habiendo visto cómo se distingue de la sociedad por la tipología del interés común de las partes, el modo de aportar los recursos y la exigencia de control conjunto por los *venturers*, puede afirmarse que participa de las características de un contrato de sociedad en un sentido amplio. Cada ordenamiento, de entre los que prevén esta figura, establece unos criterios diferentes, más o menos exigentes, para definir qué es una sociedad. Así, los Derechos de tradición germánica regulan una sociedad genérica caracterizada por el fin común y la promoción del mismo por los socios. No es así en los Derechos de tradición latina en los que se exige una finalidad lucrativa y un patrimonio propio para hablar de sociedad (en ausencia de estos dos requisitos, se habla en nuestra doctrina de contrato de colaboración o plurilateral por oposición a los contratos de cambio o sinalagmáticos).

Son rasgos comunes de la regulación en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la disolución de la sociedad por la voluntad de las partes, mientras que la resolución de un contrato sinalagmático se ciñe a circunstancias definidas con mayor rigor. Asimismo, en

⁹⁴ “Las posiciones se ubican entre las relaciones de cambio y, por lo tanto, eminentemente sinalagmáticas, y las relaciones de organización o asociativas. Y es que la modalidad societaria del instituto lo vincula con una sociedad con personalidad jurídica como instrumento para ejecutar el acuerdo. El tipo contractual presenta, incluso, carácter asociativo de tipo societario, cuya naturaleza no ha sido, en definitiva, definida”, DE LA MADRID ANDRADE, M., “El Derecho aplicable al joint venture internacional”, *Derecho Privado. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados* (J. Adame Goddard coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 2005, p. 346, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/21.pdf>

⁹⁵ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 62 y 209 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 43 y ss.

⁹⁶ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., op. cit., p. 360; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., pp. 110 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 26 y ss.; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 176 y ss.

⁹⁷ LACASSE, N., “La réalisation...”, loc. cit., p. 773.

el contrato de sociedad se admite la responsabilidad de los socios por los actos de uno de ellos⁹⁸.

La *joint venture* es un contrato en el que las partes, que pueden ser más de dos, no intercambian únicamente prestaciones, sino que agrupan sus recursos con una finalidad común. A ello hay que añadir que participa de los rasgos descritos, por lo que, desde este punto de vista, es posible afirmar su carácter societario⁹⁹. Como dice Mario de la Madrid, “la relación jurídica que se produce entre las partes en un *joint venture* reúne los caracteres que identifican a una sociedad, en sentido genérico”¹⁰⁰.

En definitiva, la *joint venture* tiene un carácter transversal respecto a las categorías de derecho positivo, conservando su atipicidad o especificidad jurídica¹⁰¹:

*“La joint venture est par elle-même un instrument juridique souple susceptible de s’adapter aux différentes législations nationales. On peut même penser que la nature de la joint venture dépendra de la question envisagée”*¹⁰².

Estas consideraciones pretenden facilitar algo el entendimiento de la *joint venture*, pero su régimen jurídico dependerá de las estipulaciones concretas establecidas en los diferentes contratos, especialmente el de base, que determinarán una u otra naturaleza en función del derecho aplicable a la luz del cual se consideren y la instrumentación jurídica elegida por los participantes. Entremos a continuación a verlos con más detalle.

5. Articulación de la *joint venture*

A) Complejo contractual

La *joint venture*, sea *incorporated* o contractual, se articula jurídicamente a través de un complejo contractual¹⁰³ en el que se plasman los pactos alcanzados por las partes y en el que se establece la forma jurídica concreta con la que la *joint venture* va a ser instrumentada. Este complejo contractual contiene las obligaciones de fondo asumidas por las partes y los objetivos de la operación, mientras que la estructura en él elegida será el vehículo de instrumentación de la cooperación¹⁰⁴.

⁹⁸ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁹ Cf. (en contra) ROMERO-PÉREZ, J.E., “El contrato de joint venture. La experiencia de Costa Rica”, *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (J. Adame Goddard coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 2006, p. 99, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/9.pdf>

¹⁰⁰ DE LA MADRID ANDRADE, M., “El joint venture como sociedad”, *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (J. Adame Goddard coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, México D.F., 2006, p. 82, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/8.pdf>

¹⁰¹ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

¹⁰² Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰³ Vid. *ibid.*, pp. 43 y ss..

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 41.

Dicha articulación permite, por una parte, distinguir entre la esencia de la relación y su vestidura jurídica y, por otra parte, perseguir los mismos fines económicos a través de formas jurídicas distintas¹⁰⁵.

a) Contrato de joint venture o acuerdo de base

La construcción de la *joint venture* se produce en una doble instrumentación jurídica¹⁰⁶: el contrato de *joint venture* o acuerdo de base y los contratos de aplicación o contratos satélites¹⁰⁷. El contrato de *joint venture* es el instrumento básico de toda *joint venture*, en el que se enuncian los fines de la cooperación y los medios que se van a poner a disposición, al que se suman, en muchas ocasiones, otros contratos complementarios para regular aspectos concretos del acuerdo, como los modos de ejecución, que son los llamados contratos satélites¹⁰⁸.

El contrato de *joint venture* es, como dice Fernando Esteban de la Rosa, la “pieza jurídica central en la que se modela el marco general de la relación global de cooperación establecida entre los participantes”¹⁰⁹ o dicho más poéticamente “*le cœur et l’âme de l’opération*”¹¹⁰. Este acuerdo de base expresa la causa económica común¹¹¹ de la que nace el acuerdo de cooperación y establece una “unidad estratégica” entre las partes, “que siguen siendo jurídicamente autónomas y económicamente independientes en todos los mercados en los cuales eran activas”¹¹², creando una “comunidad de fin” entre ellas.

Es un contrato original que no encaja en ninguna categoría conocida en los derechos nacionales, pero su originalidad no nace tanto de las obligaciones que conlleva como de su combinación particular y del espíritu en el que son concebidas¹¹³.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 163. Según Christine Pauleau, “(...) todos los negocios formalizados, los documentos firmados y los consentimientos prestados concurren a la obtención de un único resultado jurídico, la creación y regulación del funcionamiento de una alianza entre las empresas partes. Esta unidad de finalidad permite entender la organización de la joint venture como un conjunto de elementos necesariamente interrelacionados alrededor del contrato de base”. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁶ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 67, que habla de una triple instrumentación en la *equity joint venture*, en la que el tercer elemento es la sociedad a través de la cual se articula la cooperación.

¹⁰⁷ “La *joint venture* se presenta casi inevitablemente bajo la forma de un grupo de contratos”, MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 380. En palabras de Nicole Lacasse, “les différents contrats passés par la suite ne sont que les moyens choisis pour le réaliser [le but commun des parties]”. LACASSE, N., “La réalisation...”, *loc. cit.*, p. 773.

¹⁰⁸ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 363, quien afirma que “las *non incorporated joint ventures* pueden funcionar sobre la base de un único documento”.

¹⁰⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 67.

¹¹⁰ PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 44.

¹¹² PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 116.

¹¹³ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

Contrato marco de una operación compleja para Valérie Pironon, es para Christine Pauleau un contrato de unión¹¹⁴ que funciona como “nexo de enlace” entre los distintos elementos presentes en la organización jurídica de la *joint venture* y como un “catalizador” a partir del cual debe entenderse cada elemento como una técnica jurídica de organización de una alianza de empresas. Así, el acuerdo de base otorga a la operación su coherencia de conjunto, poniendo los contratos de aplicación al servicio de los objetivos comunes de la *joint venture*¹¹⁵.

Se plasma en un documento muy poco formal en el que las partes pueden establecer, en el uso de su libertad de pacto, las cláusulas y términos que acuerden para llevar a cabo su cooperación. No obstante, existen modelos que permiten a los participantes en una *joint venture* elaborar su contrato con mayor facilidad, siguiendo una guía que pueden adaptar a sus necesidades. El más destacable es el elaborado por el Centro de Comercio Internacional en 2004 a partir de las aportaciones de numerosos juristas de todo el mundo, dando lugar a un modelo aplicable independientemente de cual sea el entorno jurídico de las partes¹¹⁶.

b) Contratos de aplicación o contratos satélites

Los contratos satélites son “aquellos contratos, contemporáneos o posteriores al acuerdo de base, que completan y definen los derechos y obligaciones de las partes en la relación *joint venture*”¹¹⁷.

La existencia de los acuerdos satélites se debe a razones prácticas como la intervención de terceros en un aspecto determinado del acuerdo, el lapso temporal entre uno y otros, la flexibilidad que permite modificar un acuerdo sin afectar al resto, el establecimiento de órganos de cooperación¹¹⁸...

La doctrina los denomina “contratos satélites”¹¹⁹ en relación con el contrato de base en tanto que derivan de este y están al servicio de una operación global. No significa, por tanto, esta expresión que estos contratos sean accesorios en el conjunto de la operación de *joint venture*. De hecho, en ocasiones, pueden estar en el origen de la cooperación o condicionar su realización (piénsese, por ejemplo, en un contrato de transferencia de tecnología).

Su finalidad principal es la puesta a disposición de la *joint venture* por las partes de los medios acordados en el contrato base¹²⁰. A dicha finalidad se puede unir en ocasiones

¹¹⁴ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 210 y ss.

¹¹⁵ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 71.

¹¹⁶ En realidad se trata de varios modelos: para *joint venture corporation* y *joint venture* contractual en dos modalidades cada uno en función del número de partes (dos partes; tres o más partes).

¹¹⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 81.

¹¹⁸ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., op. cit., pp. 391 y ss.

¹¹⁹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 115.

¹²⁰ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., op. cit., pp. 391 y ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 81; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 115 y ss.

una segunda, cual es la orientación de la actividad de la *joint venture*¹²¹, convirtiéndola en cliente o en proveedora de las partes.

c) Relación entre el acuerdo de base y los contratos satélites

La relación entre el contrato de base y los contratos de aplicación es uno de los temas más complejos de la *joint venture*, junto con su naturaleza jurídica.

No pueden entenderse los contratos como unidades separadas unas de otras, puesto que se trata de un negocio único plasmado en el conjunto de los contratos y solo en su globalidad se consigue el equilibrio de la operación¹²².

Pero la consideración de los contratos satélites como parte de un único contrato de *joint venture*, recogido en distintos documentos, tampoco se sostiene, puesto que cada uno de ellos tiene su propia autonomía jurídica, como bien señala Fernando Esteban de la Rosa:

*“A pesar de la estrecha complementariedad del entramado negocial constituido por el acuerdo base y los contratos satélites, ha de excluirse la existencia de un único contrato, toda vez que el análisis jurídico revela una pluralidad de relaciones jurídicas independientes”*¹²³.

Esto establecido, hay que reconocer que existen lazos entre los contratos que conforman una *joint venture*, tal y como lo expone en detalle Valérie Pironon¹²⁴. En primer lugar, existe una dependencia de los contratos de aplicación respecto del contrato de base que se deriva no sólo de los términos mismos del contrato (en su preámbulo, en sus cláusulas o anexando los contratos satélites al contrato *joint venture*), sino de la economía general de la operación, es decir, del equilibrio económico que preside el conjunto en atención a una identidad de causa.

A ello hay que añadir, en segundo lugar, la influencia que los contratos satélites pueden ejercer sobre el contrato de base. Si ello no fuere posible, estos contratos tendrían carácter accesorio del contrato *joint venture*, aspecto este que ya ha sido descartado *supra*. Esta influencia puede manifestarse en el condicionamiento de la eficacia del contrato de base a la conclusión de un contrato de aplicación, bien como condición suspensiva o como condición resolutoria.

Puede ocurrir, por último, que los contratos de aplicación ejerzan una influencia recíproca entre sí, como en el caso en que la obligación asumida en un contrato sea la contrapartida de la obligación prevista en otro.

¹²¹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss.

¹²² Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 383. En el mismo sentido, vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p.128.

¹²³ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 140. En el mismo sentido, vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 84. La calificación de los contratos satélites como anexos del contrato de *joint venture* le parece excesiva a MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 383.

¹²⁴ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss.

Por tanto, podemos inferir que nos encontramos ante una serie de contratos articulados en torno a una causa única, que conforman un sistema complejo pero unitario, con identidad propia¹²⁵. Esta idea se expresa de muy diversas maneras por los autores: “sistema jerarquizado de contratos”¹²⁶, en expresión de Manuel Medina de Lemus; “complejo contractual o complejo de contratos interdependientes”¹²⁷, en palabras de Valérie Pironon; “negocio jurídico complejo”¹²⁸, según denominación de Christine Pauleau.

En opinión de Manuel Medina de Lemus¹²⁹, este sistema de contratos está en evolución, lo que hace que aún no estén claramente definidos los márgenes en los que se mueve. No obstante, es posible esbozarlos como lo hace Fernando Esteban de la Rosa:

“El acuerdo de base constituye normalmente el origen de la operación y en él se contiene, de forma concentrada, la planificación completa del proyecto cooperativo a desarrollar por los participantes en la joint venture. La peculiaridad de este contrato reside, fundamentalmente, en la misión que despliega en el marco de la relación entre los joint venturers, que no se ciñe simplemente a integrar el contenido del contrato o estatutos sociales. Al contrario, y aparte de ello, este contrato desarrolla una función directiva de la operación lo que le otorga rango superior a la del resto de los elementos jurídicos que conforman la relación joint venture, de especial trascendencia en el plano hermenéutico así como en caso de divergencias de contenido entre unos y otros componentes”¹³⁰.

Así, puede tener consecuencias directas¹³¹ en una interpretación extensiva de la cláusula compromisoria del contrato de base a los contratos satélites, aun no estando prevista expresamente, en atención a la voluntad real de las partes y el equilibrio global de la operación. O bien, en una extensión de las sanciones de nulidad o de finalización del contrato *joint venture* a los contratos de aplicación¹³².

Para Christine Pauleau, el acuerdo de base “funciona como un mecanismo corrector destinado a asegurar la consecución de las finalidades de la alianza, ejerciendo una influencia fundamental sobre [el contenido y la interpretación de] el régimen aplicable a determinadas figuras clásicas”¹³³.

¹²⁵ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 209 y ss.

¹²⁶ MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., op. cit., p. 380.

¹²⁷ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 43 y ss.

¹²⁸ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 226.

¹²⁹ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., op. cit., p. 383. En el mismo sentido, vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 84.

¹³⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., pp. 69 y 70.

¹³¹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 137 y ss.

¹³² Valérie Pironon pone de relieve que esta extensión puede producirse también en sentido inverso, es decir, de un contrato satélite al contrato de base, especialmente en los casos en que se establezca como condición o en los que el contrato satélite sea la causa del contrato de *joint venture* y se trate de una causa ilegal. Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 137 y ss.

¹³³ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 232.

En este sentido, la autora considera que todas las figuras que conforman el negocio jurídico complejo se basan en “una relación de confianza mutua reforzada entre las partes”¹³⁴, debiendo entenderlas como técnicas *intuitu personae* aunque en su régimen jurídico individualmente considerado no sean consideradas como tal.

B) Elección de la forma jurídica

Las partes acuerdan en el contrato de *joint venture* la estructura que el negocio común va a adoptar, es decir, la forma jurídica a través de la cual se va a instrumentar su cooperación. La forma jurídica elegida sirve al doble propósito de establecer la organización patrimonial de los recursos y los mecanismos de control conjunto de la *joint venture* por los participantes.

Los *venturers* deben decidir si van a compartir la propiedad de los recursos que ponen a disposición de la *joint venture* o si estos van a permanecer en sus respectivos patrimonios¹³⁵. En el primer caso, el de la *joint venture* estructurada, los participantes pueden elegir entre una forma jurídica que tenga personalidad jurídica propia, supuesto más común, dando lugar a una *incorporated joint venture* o *joint venture* personalizada¹³⁶, o alguna sin personalidad jurídica como la *Kommanditgesellschaft* alemana o la *partnership* del *Common Law*.

En el segundo caso, el de la *joint venture* no estructurada, las partes disponen de un amplio abanico de posibles instrumentos jurídicos sin personalidad jurídica en los distintos derechos nacionales hasta, incluso, la puramente contractual. Será necesario, en muchos casos, acudir a los contratos satélites precisamente para realizar la puesta a disposición de los recursos propiedad de las partes en favor de la *joint venture* a través de contratos de licencia, arrendamiento, etc., como se verá más adelante.

A su vez, la forma jurídica elegida por las partes para instrumentar su cooperación debe establecer los mecanismos necesarios que aseguren el control conjunto de la *joint venture* por las partes en pie de igualdad¹³⁷. Esto da lugar a una serie de problemas en el caso de las *incorporated joint ventures* que exceden el ámbito de este estudio. En las *unincorporated joint ventures*, o bien la fórmula elegida prevé sistemas a tal fin, o bien son establecidos por las partes en el contrato de base, como se tendrá ocasión de comentar.

Por tanto, la forma utilizada para organizar jurídicamente la *joint venture* no es un fin en sí misma, sino solamente un medio de realizar el objetivo común de las partes¹³⁸.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 233.

¹³⁵ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

¹³⁶ Terminología utilizada por Valérie Pironon, “*joint venture personnalisée*”, *vid. PIRONON, V., Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

¹³⁷ Como dice Fernando Esteban de la Rosa en su definición funcional de la *joint venture*, el control conjunto de la actividad se lleva a cabo a través de una estructura organizativa. *Vid. supra* definición en p. 6.

¹³⁸ *Vid. LACASSE, N., "La réalisation..."*, *loc. cit.*, pp. 774-775.

Siguiendo a Nicole Lacasse¹³⁹, los principales elementos que deben tenerse en consideración para elegir la forma jurídica mejor adaptada al supuesto son:

En relación con las partes:

- La naturaleza de la empresa.
- La duración prevista.
- La naturaleza y el valor de la contribución respectiva de las partes.
- La necesidad de responsabilidad limitada o ilimitada, mancomunada o solidaria.
- El grado de control de la gestión deseado por las partes.
- Las restricciones impuestas por el derecho de la competencia y la legislación sobre inversiones extranjeras.

En relación con la entidad que servirá de soporte a la *joint venture*:

- La facilidad de creación.
- La flexibilidad de las reglas aplicables a su funcionamiento.
- Los métodos de financiación.
- Las posibilidades de reparto del control de la entidad.
- Las reglas de representación de la entidad.
- El poder de la entidad de realizar contratos con los socios, el modo de entrada de nuevos socios, las reglas de propiedad aplicables a la entidad (patrimonio distinto o no).
- El tratamiento fiscal de la entidad y de sus propietarios.
- La facilidad para la entidad de operar en más de una jurisdicción, el procedimiento y las consecuencias de la disolución para cada parte.

A estas se pueden añadir el punto hasta el cual las partes están interesadas en integrarse y la posibilidad de transferir los intereses en la *joint venture*¹⁴⁰.

En la segunda parte de este trabajo que a continuación se expone, el análisis se centra en la articulación de la *unincorporated joint venture* o *joint venture* contractual, la gran olvidada de la doctrina, pero no de la práctica de los negocios internacionales. Procedemos a examinar en primer lugar las formas jurídicas que la *joint venture* contractual puede revestir para, a continuación, centrar nuestra atención en los contratos a través de los cuales se va a plasmar la voluntad de las partes. Por último, haremos una breve referencia a la determinación del régimen jurídico que le es aplicable.

II. ¿CÓMO SE ARTICULA UNA *JOINT VENTURE* CONTRACTUAL?

1. Formas jurídicas utilizadas

A continuación procedemos a exponer, sin ánimo exhaustivo, las diversas posibilidades con que cuentan los participantes de una *joint venture* para instrumentar su cooperación sin crear una entidad con personalidad jurídica propia. En este punto es preciso señalar

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 774-775.

¹⁴⁰ MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, pp. 514 y 515.

que el concepto de personalidad jurídica varía de unos ordenamientos a otros¹⁴¹. Así, hay sistemas jurídicos, como el alemán, que reservan la atribución formal de la personalidad jurídica a las sociedades que se independizan por completo de los socios, como es el caso de la sociedad anónima, y no en cambio a formas más simples de sociedad, como es la del Código civil. Por el contrario, otros ordenamientos, como el español, unen la calificación de sociedad a la atribución de personalidad jurídica¹⁴². Hecha esta precisión y con finalidad meramente expositiva, distinguimos las formas disponibles en diversos ordenamientos jurídicos de las puramente contractuales. Entre las primeras, separamos las que suponen una propiedad en común de los recursos puestos a disposición por las partes de las que no conllevan esa estructuración de la propiedad¹⁴³.

A) Formas típicas

a) Formas estructuradas sin personalidad jurídica

Los derechos anglosajones¹⁴⁴ y germánicos prevén formas jurídicas en las que existe un patrimonio diferenciado (lo que coincide con la *joint venture* estructural), pero que carecen de personalidad jurídica¹⁴⁵, por lo que deben de ser tenidas en cuenta como formas posibles de instrumentación de la *joint venture* contractual o *unincorporated*.

La forma más destacable y conocida es la *ordinary partnership* inglesa (y galesa), en la que los socios son responsables de forma solidaria frente a terceros y “la propiedad común de su patrimonio se organiza a partir del sistema de la *joint tenancy*”¹⁴⁶. No obstante, este vehículo jurídico es poco utilizado en el ámbito de la *joint venture* en Gran Bretaña¹⁴⁷.

¹⁴¹ A este respecto, Christine Pauleau señala que “Es de notar que, en algunos ordenamientos europeos, los contratos asociativos se consideran como ‘sociedades’, aunque sin vertiente estructural, ni por tanto personalidad jurídica”, PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 129. *Vid.* también *ibid.*, pp. 134 y ss.

¹⁴² En ese sentido, Fernando Esteban de la Rosa afirma que “Ha de recordarse que nuestro Ordenamiento, al contrario de otros, no reserva el atributo de la personalidad jurídica para las organizaciones que se independizan de sus miembros, sino que otorga personalidad jurídica, si bien atribuyendo a este concepto un contenido normativo mínimo, a todas las organizaciones que, por estar llamadas a tener relaciones externas, necesitan de una cierta subjetivación que les permita actuar en el tráfico. El legislador español, apartándose esta vez del modelo francés y siguiendo el ejemplo de la ley belga de 18 de marzo de 1873, siguió el sistema unitario reconociendo la personalidad jurídica a todas las sociedades”, ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 250.

¹⁴³ Nicole Lacasse distingue entre las *joint ventures* puramente contractuales y las que crean una entidad estatutaria común, tenga esta personalidad jurídica o no, *vid.* LACASSE, N., “La réalisation...”, *loc. cit.*, pp. 775 y ss.; Valérie Pironon distingue, dentro de las *joint ventures* sin personalidad jurídica, aquellas que eligen una forma societaria de aquellas que revisten una forma puramente contractual, *vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

¹⁴⁴ *Vid.* LACASSE, N., “La réalisation...”, *loc. cit.*, pp. 775 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 223 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.* PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 134 y ss.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴⁷ MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, p. 515.

Junto a esta, nos encontramos con la *limited partnership*¹⁴⁸ en la cual existe al menos un socio general que gestiona la entidad y asume responsabilidad ilimitada por las deudas de la *partnership*, mientras que los *limited partners* no participan en la gestión y limitan su responsabilidad a las aportaciones realizadas.

En el derecho de los Estados Unidos¹⁴⁹, la *partnership* es una forma societaria de origen contractual desprovista de personalidad jurídica aunque tiene reconocido el carácter de entidad distinta para fines concretos, como tener nombre o actuar ante la justicia:

*“A general partnership is an unincorporated association of two or more persons to operate a business as co-owners for profit that is not formed under another statute”*¹⁵⁰.

A partir de esta, podemos distinguir la *limited partnership*, en la que al menos una de las partes es un *limited partner* que no participa en la gestión y su responsabilidad se limita a la extensión de sus aportaciones (a modo de socio comanditario), y otra un *general partner*, que participa en la gestión y responde ilimitadamente de la actividad de la *partnership*.

En el caso en el que la responsabilidad de los socios generales sea limitada, estaremos ante una *limited liability partnership* (que, a diferencia de la inglesa, no tiene personalidad jurídica) y una *limited liability limited partnership*, respectivamente.

Además de la *partnership*, encontramos en derecho norteamericano otra figura ampliamente utilizada en la instrumentación de las *joint ventures*. Se trata de la *limited liability company*, que es una organización sin personalidad jurídica formada por una o más personas, ninguna de las cuales es personalmente responsable frente a terceros de las obligaciones de la compañía por el mero hecho de ser miembro de ella.

Byron Egan explica el porqué del éxito de esta figura en los Estados Unidos:

*“The allure of the LLC is its unique ability to bring together in a single business organization the best features of all other business forms. Owners of a properly structured LLC can obtain both a corporate-styled liability shield and the pass-through tax benefits of a partnership. All equity holders of an LLC have the limited liability of corporate shareholders even if they participate in the business of the LLC”*¹⁵¹.

A ello hay que añadir que esta figura se fundamenta en un contrato entre sus miembros similar al *partnership agreement*, lo que dota a las partes de un gran margen de libertad contractual para establecer la estructura interna y el modo de funcionamiento de la compañía:

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 518 y ss.

¹⁴⁹ Vid. EGAN, B.F., “Challenges in joint venture formation”, Dallas, 2010, en <http://www.jw.com/publications/article/1376>, pp. 1 y ss.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 4.

“Most of the provisions relating to the organization and management of an LLC and the terms governing its equity interests are contained in the LLC’s company agreement, which will typically contain provisions similar to those in limited partnership agreements and corporate bylaws, and may also constitute the joint venture agreement for a joint venture organized as an LLC”¹⁵².

En el derecho alemán, la *Kommanditgesellschaft*¹⁵³ (sociedad en comandita simple) es uno de los vehículos jurídicos más utilizados para instrumentar una *joint venture*. Está formada al menos por un socio general, responsable ilimitadamente y encargado de la gestión, y por un socio limitado, cuya responsabilidad se circunscribe a sus aportaciones. Lo más frecuente es que el socio general sea una sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) formada por los socios limitados, de manera que el principal inconveniente de esta fórmula queda así soslayado.

Nos encontramos también¹⁵⁴ con la *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* o *BGB Gesellschaft* (sociedad del Código civil), en la que dos o más partes acuerdan hacer aportaciones para la consecución de un objetivo común. Dichas aportaciones así como los activos que se vayan incorporando a la *joint venture* son propiedad de los socios mancomunadamente. La gestión es conjunta y la responsabilidad solidaria. En el caso de que los socios sean considerados socios comerciales, se tratará de una *Offene Handelsgesellschaft* (sociedad en nombre colectivo), que actúa bajo su propio nombre comercial el cual debe incluir, al menos, el nombre de uno de los socios.

Estas figuras se caracterizan por que el patrimonio diferenciado se afecta al fin social a partir del sistema de la comunidad de bienes en mano común y, a pesar de no tener personalidad jurídica, son titulares de derechos y obligaciones, incluidos los de carácter procesal. El mayor beneficio que aportan es el de la transparencia fiscal.

En derecho suizo¹⁵⁵, la *société en nom collectif* se presenta frente a terceros como sujeto de derecho aún sin personalidad jurídica, al igual que la *Venootschap onder Firma* del derecho holandés.

Por último, en esta categoría de vehículos jurídicos para la *joint venture* sin personalidad jurídica pero con estructura patrimonial hay que incluir la *società in nome colectivo* y la *società in accomandita semplice* del derecho italiano, si bien no son habitualmente utilizadas para tal fin¹⁵⁶. La diferencia fundamental entre ambas es que así como en la primera todos los socios participan en la gestión y son responsables solidariamente, en la segunda al lado de ese tipo de socios existen unos socios limitados

¹⁵² *Ibid.*, pp. 4 y 5.

¹⁵³ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 134 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 223 y ss.; MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 260 y 261.

¹⁵⁴ Vid. MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 255 y ss.

¹⁵⁵ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 224.

¹⁵⁶ Vid. MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 317 y ss.

en su responsabilidad a las aportaciones que realizan y que carecen de la capacidad de intervenir en la gestión de la sociedad.

Como muy bien resume Valérie Pironon,

*“En d’autres termes, le droit américain comme d’autres droits européens n’ont pas eu recours à la technique de la personnalité morale pour conférer à ces sociétés la capacité d’être titulaires de droits et d’obligations et d’ester en justice”*¹⁵⁷.

b) Formas no estructuradas sin personalidad jurídica

Los instrumentos jurídicos sin personalidad más frecuentemente utilizados en derecho español para plasmar una *joint venture* son las cuentas en participación y la unión temporal de empresas¹⁵⁸.

El contrato de cuentas en participación¹⁵⁹, según la regulación establecida en los artículos 239 a 243 del Código de Comercio, es aquel en virtud del cual una o más personas, “partícipes”, se obligan a realizar una aportación de bienes y derechos valorables económicamente, en favor de un comerciante, “gestor”, que procederá a destinar las aportaciones que adquiere en propiedad y que se integran en su patrimonio, a actividades económicas cuyos resultados se repartirán entre el gestor y los partícipes.

El contrato no requiere ningún tipo de formalidad, siendo válido el contrato oral, y puede establecer los términos y condiciones que las partes estimen oportunos. La agrupación de recursos se realiza sin la creación de una entidad separada ni de una persona jurídica distinta, siendo el gestor el único que mantiene relación con terceros, permaneciendo los partícipes ocultos y sin responsabilidad frente a aquellos más allá de sus aportaciones.

La unión temporal de empresas¹⁶⁰, regulada por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, que regula el Régimen Fiscal de Uniones Temporales de Empresas, es un sistema contractual de colaboración temporal entre empresarios, sean personas físicas o jurídicas, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro dentro o fuera de España.

¹⁵⁷ PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 224.

¹⁵⁸ Vid. MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 445 y ss.; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 124 y ss.; ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A. y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, op. cit., pp. 85 y ss., que añaden a su análisis la comunidad de bienes, si bien reconociendo su escasa utilidad al efecto.

¹⁵⁹ Vid. ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A. y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, op. cit., pp. 91 y ss.; MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 454 y ss.; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 129 y ss.

¹⁶⁰ Vid. ECHARRI, A., PENDÁS AGUIRRE, A. y DE QUINTANA SANZ-PASTOR, A., *Joint venture*, op. cit., pp. 96 y ss.; MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 450 y ss.; PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 124 y ss.

Se crea, por tanto, una empresa independiente, formalizada en escritura pública inscrita en un registro administrativo del Ministerio de Hacienda (no en el Registro Mercantil), con denominación social y órgano de dirección propios, pero sin personalidad jurídica. Las partes pueden establecer con libertad la manera de funcionar la unión temporal de empresas y los procedimientos de toma de decisiones, con el único requerimiento legal de nombrar un gerente único. Habitualmente se crea una junta de miembros y un comité de gestión en los que las partes están representadas.

La consecuencia jurídica más relevante de la falta de personalidad de la unión temporal de empresas es que sus miembros responden solidaria e ilimitadamente frente a terceros. En contrapartida, su mayor atractivo reside en su régimen de transparencia fiscal que permite la imputación de pérdidas sin límite.

En derecho francés, nos encontramos con dos figuras útiles a este fin. La *société en participation*¹⁶¹ es una sociedad sin personalidad jurídica, de carácter civil o mercantil, que permite repartir los resultados de una actividad determinada sin necesidad de crear una entidad separada. Los socios realizan aportaciones que permanecen en su propiedad y tienen todos ellos facultades de administración. Se caracteriza por el hecho de no acceder al registro (si bien es necesario informar a la Hacienda francesa), circunstancia que determina su carencia de personalidad jurídica. No obstante, permite su individualización a efectos de terceros, la designación de un gerente y la puesta en proindiviso de los bienes aportados a la sociedad.

Para Thierry Jacomet, “*the société en participation is in theory the most appropriate structure for a joint venture in France, and the simplest form of partnership*”¹⁶².

El otro vehículo jurídico sin personalidad jurídica que encontramos en el derecho francés es el *groupement momentané d’entreprises*¹⁶³, estructura flexible y sencilla que se caracteriza por tener un representante para actuar frente a terceros y por la responsabilidad solidaria de sus miembros en el caso de que sean comerciantes.

En derecho italiano¹⁶⁴, la *associazione in partecipazione*, similar a las cuentas en participación, consiste en la participación del *associato* en los beneficios de un negocio del *associante* a cambio de su aportación. El *associato* tiene poder de supervisión sobre la gestión del *associante*, si bien su responsabilidad se limita a las cantidades aportadas.

Por su parte, la *associazione temporanea di imprese* por la que dos o más empresas se asocian para llevar a cabo un proyecto concreto, normalmente un contrato público, es representada frente a terceros por uno de los socios al que se apodera al efecto.

¹⁶¹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 226 y ss.

¹⁶² MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., p. 223.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 215 y 216.

¹⁶⁴ Vid. MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 344 y 345.

En derecho belga¹⁶⁵, encontramos la *association en participation* y la *association momentanée d'entreprises*. La *association momentanée d'entreprises* belga¹⁶⁶, sin patrimonio propio ni personalidad jurídica, tiene por objeto una o varias operaciones determinadas, lo que le confiere un carácter efímero. A diferencia de la unión temporal de empresas española, no puede tener razón social ni sede y todos los socios deben intervenir en los actos de la asociación. La responsabilidad de los socios es solidaria.

En derecho alemán¹⁶⁷, la *Stille Gesellschaft*, parecida a las cuentas en participación del derecho español, es especialmente útil en aquellos casos en los que el “socio silencioso” no quiere participar en la gestión ni tener responsabilidad más allá de sus aportaciones. Asimismo, la *Unterbeteiligung* es otra forma posible de *joint venture* confidencial, de carácter civil y económicamente similar a la anterior, en la que una parte toma una subparticipación en las acciones de otra en una sociedad a cambio de una cantidad.

En derecho suizo¹⁶⁸, la *société simple* es definida por el Código de obligaciones como un contrato por el cual dos o más personas físicas o jurídicas acuerdan unir sus esfuerzos o sus recursos por un objetivo común, siempre que no reúnan las características de otra sociedad regulada por el derecho suizo.

En derecho canadiense¹⁶⁹, las figuras más utilizadas son la *société en nom collectif* de Quebec y la *partnership* de las provincias de *common law*. Ambas comparten, según Nicole Lacasse¹⁷⁰, las mismas características: creación por simple acuerdo de las partes, ausencia de personalidad jurídica, no se exige aportación de las partes y responsabilidad solidaria de los socios.

En China¹⁷¹ está expresamente regulada¹⁷² la *joint venture* contractual a través de una empresa común sin personalidad jurídica (salvo que las partes opten por lo contrario) entre un socio local y uno extranjero, como una forma de inversión directa extranjera. Salvo pacto en contrario, las partes mantienen la propiedad de sus aportaciones, mientras que tienen en común la de los bienes adquiridos posteriormente por la *joint venture*. La ley impone la existencia de un órgano de dirección y de un órgano de gestión. Las partes asumen las pérdidas en función de su contribución, salvo que acuerden otros términos.

¹⁶⁵ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 225 y 226.

¹⁶⁶ Vid. LACASSE, N., "La réalisation...", *loc. cit.*, pp. 775 y ss.

¹⁶⁷ Vid. MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, pp. 256 y 257.

¹⁶⁸ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 225.

¹⁶⁹ Nicole Lacasse afirma que la *société en commandite* y la *limited partnership*, carentes ambas de personalidad jurídica en derecho canadiense, raramente pueden responder a las necesidades de la *joint venture*. Vid. LACASSE, N., "La réalisation...", *loc. cit.*, pp. 771 y ss.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 779 y ss.

¹⁷¹ Vid. ZENG, J., "The application of law about the contract of China's joint venture", *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., 2006, pp. 133-146, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943.11.pdf>; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 330 y ss.

¹⁷² Ley de 31 de octubre de 2000.

Christine Pauleau¹⁷³ distingue, dentro de las *joint ventures* no estructuradas, las *joint venture* con fin consorcial y las que tienen fin lucrativo.

Entre las primeras incluye las *joint ventures* instrumentales, es decir, aquellas que agrupan varias empresas con la finalidad de obtener y ejecutar un contrato. Señala como formas jurídicas de este tipo de *joint venture* la unión temporal de empresas española, el consorcio de empresas italiano y la *association momentanée d'entreprises* belga.

Las *joint venture* con fin lucrativo son aquellas que generen unos beneficios a repartir entre las participantes. Para estas, la autora recoge como instrumentos jurídicos las cuentas en participación en derecho español, la *association en participation* en derecho belga y la *société en participation* en derecho francés.

B) Formas puramente contractuales

Las *joint ventures* que no adoptan ninguna forma prevista por un derecho nacional, “*ce qui équivaut au refus de couler la joint venture dans un moule*”¹⁷⁴, son las que la doctrina llama puramente contractuales¹⁷⁵.

En estos supuestos, las partes gozan del mayor grado posible de libertad y flexibilidad para acordar los términos de la *joint venture*. Para Norka López Zamarripa, “una de las principales motivaciones de las personas que optan por recurrir a esta modalidad contractual es evitar la rigidez de las figuras típicas tradicionales”¹⁷⁶.

Los participantes en la *joint venture* deben establecer con gran precisión los detalles de su colaboración: duración, obligaciones individuales y comunes de las partes, obtención de beneficios, modo de gestión y toma de decisiones, resolución de conflictos, terminación...¹⁷⁷.

Esta *joint venture* está especialmente indicada para las ocasiones en las que el negocio común se va a realizar en un periodo de tiempo relativamente corto o de forma experimental y en aquellas en las que no es necesaria una financiación significativa o bien desea mantenerse en secreto la operación¹⁷⁸.

El hecho de que las partes elijan como instrumento de implementación de su *joint venture* una forma puramente contractual no convierte la *joint venture* en un contrato sinalagmático en el que las partes intercambian prestaciones. Como afirma Y. Guyon,

¹⁷³ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 121 y ss.

¹⁷⁴ PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 222.

¹⁷⁵ Vid. LACASSE, N., “La réalisation...”, loc. cit., pp. 775 y ss.; EGAN, B.F., “Challenges in joint venture...”, op. cit., pp. 1 y ss.; MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 201 y ss., 253 y ss. y 514 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 231 y ss.

¹⁷⁶ LÓPEZ ZAMARRIPA, N., “El contrato de joint venture en...”, loc. cit., p. 9.

¹⁷⁷ Vid. MANKABADY, M. et al., *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 210 y ss.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 208.

*“Au contraire, dans le jointe venture, chacun participe à la tâche et chacun a son mot à dire lors de la fixation des objectifs”*¹⁷⁹.

Según Valérie Pironon, las formas puramente contractuales se basan en la ausencia de voluntad de las partes de compartir el mismo beneficio o el mismo ahorro. Así, en derecho alemán se excluye la existencia de sociedad cuando las partes tienen objetivos individuales y complementarios (art. 705 BGB)¹⁸⁰. Es el único caso posible de *joint venture* puramente contractual en ese ordenamiento jurídico y, como dice Patrick M. Bömeke,

*“Owing to the fact that the finding of a common purpose implies the creation of a partnership, the use of a contractual joint venture will most likely be confined to two-party situations, the participation of three or more parties invariably implying a common purpose”*¹⁸¹.

En estos supuestos, Valérie Pironon¹⁸² considera necesario que adopten una fórmula para la propiedad de los recursos puestos a disposición de la *joint venture*, entre las que destaca la indivisión del derecho francés y la propiedad en mano común de los derechos belga, suizo y alemán. No obstante, creemos que no es imprescindible, pudiendo las partes optar por mantener cada uno la propiedad de los medios, poniéndolos a disposición a través de cualquier otra fórmula.

El mayor inconveniente que presenta este tipo de *joint venture* es que no ofrece toda la seguridad jurídica deseable¹⁸³. Este extremo es especialmente grave en relación con el riesgo que existe en algunos ordenamientos jurídicos de recalificación¹⁸⁴ por los tribunales y las administraciones tributarias de la relación contractual en algún tipo de entidad, con la consiguiente aplicación de un régimen jurídico no previsto por las partes. Es el caso de la *société créée de fait* y la apariencia de sociedad del derecho francés, la *partnership* inglesa y la norteamericana. Respecto de esta última, Byron Egan señala:

*“A risk to this structure is that a court will impose general partnership duties or liabilities on the venturers if their relationship is found to constitute “an association of two or more persons to operate a business as co-owners for a profit” (the traditional definition of a partnership) regardless of how the venturers characterize and document their relationship”*¹⁸⁵.

En derecho alemán, la *joint venture* contractual no solo puede ser considerada una *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (sociedad del Código civil), sino que en el supuesto de

¹⁷⁹ GUYON, Y. *apud* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁸⁰ *Vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 235, que cita en el mismo sentido el derecho suizo y el holandés. *Vid.* también MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

¹⁸¹ MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, p. 254.

¹⁸² PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

¹⁸³ *Vid.* LACASSE, N., « La réalisation... », *loc. cit.*, p. 776.

¹⁸⁴ *Vid.* MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, pp. 206 y ss. y 518 y ss.; EGAN, B.F., “Challenges in joint venture...”, *loc. cit.*, pp. 1 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

¹⁸⁵ EGAN, B.F., “Challenges in joint venture...”, *loc. cit.*, pp. 1 y ss.

que no se den las condiciones para ello, los jueces tratarán de encajarla en algún contrato típico con el que tenga semejanzas para aplicarle su régimen jurídico¹⁸⁶.

Erik Vermeulen añade otros inconvenientes que, desde su punto de vista presentan las *joint venture* contractuales:

*“These non-equity joint ventures have several shortcomings: they are extremely lawyer-intensive; they do not create an independent equity interest which is transferable; and they are largely dependent on the other parts of the ventures’ business”*¹⁸⁷.

Como se ve, en términos generales las partes gozan de una amplia libertad a la hora de organizar su cooperación. En primer lugar, por la posibilidad que tienen de elegir entre muy diversas formas jurídicas reguladas por los distintos ordenamientos jurídicos. Y en segundo lugar, por el margen que estos les otorgan tanto para adaptar el instrumento elegido a sus necesidades como para prescindir de cualquiera de ellos y crear su propio y original diseño, si bien en este caso con la amenaza de la recalificación comentada. Esta libertad de pactos se plasmará en los contratos que las partes celebren para concretar su acuerdo de colaboración.

A continuación procedemos a su examen. Comenzamos realizando un breve repaso sobre el contenido más habitual de un contrato de *unincorporated joint venture*, en el bien entendido que la realidad comercial es mucho más amplia de lo que aquí se puede esbozar.

2. Contratos

A) Contrato de *joint venture* o acuerdo de base

a) Las partes

Como en todo contrato, debe empezarse por la identificación de las partes intervinientes y sus representantes en su caso. Los extremos relativos a su capacidad y facultades de representación están sometidos a sus respectivas leyes personales.

El carácter *intuitu personae* de este contrato da lugar a la inclusión de numerosas cláusulas que establecen qué sucede en los supuestos en los que se produzca algún cambio en las partes.

Así, el cambio en el control económico de una parte puede dar lugar a la terminación del contrato en el caso de dos *venturers* o bien a su exclusión en las *joint ventures* con más de dos participantes¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Vid. MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

¹⁸⁷ VERMEULEN, E., *The evolution...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁸ Vid. arts. 14 y 24 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

El reemplazo de una parte, la entrada de nuevas partes o la sustitución del *venturer* fallecido por sus herederos están condicionados a la aprobación de los participantes que permanecen en la *joint venture*¹⁸⁹.

b) El objeto

El objeto del contrato, esto es, el negocio que las partes acuerdan realizar en común y para el cual establecen la cooperación, debe estar claramente establecido en una cláusula al efecto al inicio del documento¹⁹⁰. Es conveniente determinar su alcance territorial y temporal, en el caso de que estén previstos.

Por su parte, el preámbulo (o “considerandos” en terminología empleada por el CCI) recoge los objetivos de cada una de las partes en la *joint venture*, así como los de la cooperación buscada con la operación. De este modo, se establece el marco en el que se va a desarrollar la *joint venture*, tanto el acuerdo de base como los contratos satélites.

Si bien es cierto que no se le otorga el mismo valor jurídico que al resto del contrato¹⁹¹, no al menos si las partes no establecen expresamente su valor contractual, es indudable su utilidad hermenéutica, en tanto traduce la voluntad real de las partes en el momento de concluir el contrato¹⁹².

c) Los deberes y obligaciones

El contrato debe plasmar las obligaciones asumidas por las partes, tanto la obligación principal de contribuir al negocio común como las obligaciones accesorias.

La obligación de contribuir al negocio común puede consistir en la aportación de recursos (dinero, bienes muebles e inmuebles, técnicos, de conocimiento, propiedad intelectual, acceso a un mercado...) y/o en la asunción de compromisos técnicos o comerciales a lo largo del tiempo¹⁹³. Estas aportaciones deben ser valoradas para determinar la proporción de participación en la *joint venture* de cada parte, cuestión de vital importancia en múltiples aspectos como la participación en las utilidades y pérdidas o en la gestión.

Dicha obligación alcanza a la asunción de las pérdidas por los participantes que generalmente son responsables solidariamente frente a terceros por cualquier deuda, compromiso u obligación de la *joint venture*¹⁹⁴. Esta es precisamente una consecuencia

¹⁸⁹ Vid. arts. 15 y 16, 22, y 23 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

¹⁹⁰ Vid. art. 2 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes.

¹⁹¹ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales” ..., *op. cit.*, p. 369.

¹⁹² Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp.52 y ss.

¹⁹³ Vid. arts. 3, 4 y 5 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes.

¹⁹⁴ Vid. arts. 10 y 12 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

de la no instrumentación de la *joint venture* a través de una sociedad que limite la responsabilidad de sus socios, como en el caso de la *incorporated joint venture*.

Las partes pueden prever una limitación de su responsabilidad frente a terceros, pero la validez de este acuerdo depende de las leyes aplicables a la *joint venture* y a su relación con terceros¹⁹⁵.

Las obligaciones accesorias pueden ser básicamente de tres tipos¹⁹⁶: cláusulas de garantía que aseguran el valor de las aportaciones, cláusulas de confidencialidad que protegen a las partes de los avatares de la cooperación puesto que intercambian en muchas ocasiones información de gran valor para ellas cuya divulgación les puede causar perjuicios, y cláusulas de no concurrencia que delimitan la frontera entre la actividad de las partes y la de la *joint venture*. Estas obligaciones sobreviven a la propia *joint venture*, siendo exigibles después de su disolución.

Estas obligaciones están acompañadas del deber de cooperación que deriva del carácter *intuitu personae* de la *joint venture*. Es lo que Jorge Miquel Rodríguez califica de *uberrima bona fides*¹⁹⁷.

Como afirma Manuel Medina de Lemus:

*“La obligación de lealtad debe aplicarse sin ambages al joint-venture y se traduce en una obligación de actuar activa y positivamente en el sentido favorable a los intereses comunes y a las decisiones del joint-venture. Como se trata de un contrato evolutivo, las obligaciones más importantes de los coventurers pueden ser no escritas, si las circunstancias ponen a prueba la solidaridad de los lazos”*¹⁹⁸.

No obstante, es conveniente recogerlo de forma expresa en el contrato, tanto en la definición de los objetivos como, y de manera más específica, en las cláusulas que establecen los estándares de comportamiento y de buena fe¹⁹⁹.

d) Los derechos

El primer y obvio derecho de los *venturers* es el derecho a la participación en las utilidades de la *joint venture*²⁰⁰, objetivo último de su colaboración.

¹⁹⁵ Vid. Modelos CCI de *joint venture* contractual, pp. 50 y 101.

¹⁹⁶ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp.57 y ss.

¹⁹⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, 2012, p. 152.

¹⁹⁸ MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 380.

¹⁹⁹ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 380; SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, *op. cit.*, pp. 153 y ss.; arts. 21 y 29 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²⁰⁰ Vid. arts. 12 y 14 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

No se trata de una especificidad de este tipo de contrato, si bien el modo de reparto debe establecerse con claridad. Puede responder a muy diferentes modelos: de forma proporcional a la participación de cada uno en el total, a partes iguales, una parte fija y otra proporcional a la participación, reserva o reinversión de una parte...

El segundo derecho al que hay que hacer referencia, este sí específico de la *joint venture*, es el derecho de los participantes a controlar conjuntamente el negocio común. Como ya se ha tenido ocasión de exponer, este es precisamente un elemento esencial de la operación de *joint venture*.

A este respecto, el contrato debe establecer la organización del poder²⁰¹ y el derecho de acceso a información.

Los mecanismos de reparto de poder entre los participantes tienen que cumplir no solo con el objetivo de establecer el control conjunto de las partes, sino que deben lograr que la gestión del proyecto común sea eficaz²⁰². A tal fin, el contrato puede remitir a la organización prevista por la forma jurídica típica elegida para la instrumentación de la *joint venture* o bien, necesariamente en su defecto, establecer su propia organización.

En este caso, se crean unos órganos comunes, de cooperación u órganos centrales²⁰³, a los que se les otorgan los poderes necesarios, estrictamente delimitados, para el funcionamiento de la actividad o proyecto común. Estos órganos no implican la existencia de un patrimonio común de los recursos puestos a disposición de la *joint venture*, sino que son un mero instrumento para el funcionamiento de la misma.

Se pueden distinguir básicamente dos tipos de órganos en atención a sus funciones²⁰⁴: de dirección y de gestión.

El órgano de dirección es habitualmente de carácter colegial, en el que están representadas todas las partes, y creado *ad hoc* en el contrato. Puede ser un comité de dirección (*steering committee*), de coordinación (*coordinating committee*) o de vigilancia, un grupo de técnicos o de ejecutivos, o cualquier otra forma en que convengan las partes.

²⁰¹ Para MEDINA DE LEMUS, M., las cláusulas que establecen la organización del poder tienen una importancia clave, junto con las que determinan los objetivos de la *joint venture* y las que regulan la solución de controversias. Vid. MEDINA DE LEMUS, M., "Joint-ventures internacionales"..., *op. cit.*, p. 367.

²⁰² Vid. *ibid.*, p. 366; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 243.

²⁰³ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 117; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 62; arts. 6 y 6, 7 y 8 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²⁰⁴ Los autores les dan distintas denominaciones: órganos "legislativos" y órganos "ejecutivos" (vid. MEDINA DE LEMUS, M., "Joint-ventures internacionales"..., *op. cit.*, pp. 368 y 369), órganos colegiales de deliberación y control y órganos de ejecución (vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, p. 128), órganos de gestión y órganos de ejecución respectivamente (vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 242 y ss).

Las facultades de este órgano deben estar claramente establecidas. En la medida en que es la principal autoridad de la *joint venture* y reúne a todas las partes, normalmente tiene capacidad para decidir sobre la estrategia, el cambio de objeto de la *joint venture*, el nombramiento y remoción de los gestores, los cambios de las partes, la adquisición de nuevos activos, el establecimiento de nuevas alianzas y la terminación de la *joint venture*.

En el contrato se establecen unas disposiciones mínimas en relación con el lugar de las reuniones, la frecuencia de estas o el modo de adopción de acuerdos (establecimiento de *quorum*, reparto de los derechos de voto, necesidad de unanimidad o mayoría...), asunto este de los más delicados e importantes del contrato, puesto que los sistemas excesivamente garantistas de la voluntad de las partes pueden resultar en situaciones de *impasse* en las que no sea posible llegar a un acuerdo.

Por su parte, el órgano de gestión puede consistir en un equipo común o comité de gestión o bien pueden encargarse distintos aspectos de la gestión a cada una de las partes o bien puede ser una de las empresas participantes si así lo deciden éstas, pero sin excluir a la parte pasiva del control de la *joint venture*.

Las partes también pueden optar por elegir un gerente que actúe bajo el control del órgano de dirección o, incluso bajo ciertos ordenamientos jurídicos como el alemán, crear una persona jurídica que actúe en nombre propio, es lo que en derecho alemán se denomina “sociedad-órgano”²⁰⁵.

La representación de la *joint venture* frente a terceros es la función más importante del órgano gestor. Su actuación por y en nombre de la *joint venture* vinculará a las partes, siempre que esté comprendida dentro del objeto de aquella.

Complementario de los mecanismos descritos es el derecho de acceso a información²⁰⁶. Es particularmente importante en el caso de que haya alguna parte no involucrada directamente en la gestión, puesto que será requisito imprescindible para el ejercicio de su derecho de control conjunto del negocio común.

e) La evolución del contrato

Como ya se ha tenido ocasión de comentar, la *joint venture* establece una relación de cooperación que se extiende en el tiempo. Por este motivo, cobran especial importancia las previsiones de las partes que facilitan la pervivencia del contrato.

En este sentido, es habitual incluir determinadas consideraciones que ayuden a la interpretación del contrato, como el preámbulo o una serie de definiciones²⁰⁷ de términos utilizados en el contrato para que no haya lugar a equívocos.

²⁰⁵ Vid. PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., pp. 117 y 118.

²⁰⁶ Vid. arts. 13 y 15 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²⁰⁷ Vid. art. 1 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes.

Tiene especial relevancia la inclusión de una cláusula de *electio iuris*²⁰⁸. La ley que rige el contrato va a completar y contextualizar su contenido²⁰⁹, por lo que es de gran importancia que las partes escojan esta ley. Y lo es en un doble sentido. En primer lugar, podrán optar por aquella que consideren más adecuada para el desarrollo de la operación de *joint venture*. En segundo lugar, evitan la dificultad de tener que determinar la ley aplicable de manera objetiva.

En ocasiones esta elección se hace a favor de la *lex mercatoria*, pero su validez y eficacia va a depender en la práctica del sometimiento de las diferencias a arbitraje y a la ley objetivamente aplicable²¹⁰. No obstante, no hay inconveniente en hacer referencia a los usos y prácticas del comercio internacional o a algunos de ellos en concreto, como los principios UNIDROIT, como complemento a la elección de ley aplicable.

Asimismo, es necesario prever mecanismos para la adaptación del contenido del contrato a las circunstancias en las que se vaya desarrollando. La naturaleza contractual de la *joint venture* determina que para su modificación debe concurrir el acuerdo de las partes del contrato original. En este sentido, normalmente se introduce una cláusula *non waiver* o *anti-waiver*²¹¹ por la que cualquier modificación sustancial debe ser aprobada de la misma forma en que lo fue el contrato original. Puede preverse que el órgano directivo acuerde estas modificaciones por unanimidad, siempre que esté formado por representantes de las partes y no por técnicos o ejecutivos.

Por otra parte, es conveniente también prever las ocasiones en las que puede presentarse una circunstancia inesperada que tenga incidencia en la ejecución del contrato, a través de la cláusula *hardship* o cláusula de salvaguarda y la cláusula de fuerza mayor²¹².

La cláusula *hardship*²¹³ es aquella por la que las partes pueden solicitar una renegociación del contrato si se produce un cambio en las condiciones iniciales de manera que se modifica el equilibrio del contrato provocando un rigor injusto o excesiva onerosidad para alguna de ellas.

Por su parte, la cláusula de fuerza mayor²¹⁴ es aquella por la que se libera de una obligación a la parte a la que un acontecimiento imprevisible, inevitable y exterior le

²⁰⁸ Vid. arts. 23 y 31 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²⁰⁹ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, op. cit., pp. 181 y ss.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 192 y ss.

²¹¹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 247 y 248; SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, op. cit., pp. 175 y ss.

²¹² Valérie Pironon las denomina cláusulas de renegociación, previstas para el caso en el que la evolución de las circunstancias desemboque en un desequilibrio del contrato (vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 93 y ss.). No compartimos su criterio puesto que en el caso de la fuerza mayor no se produce un desequilibrio, sino una imposibilidad de incumplimiento cuya consecuencia no es una renegociación del contrato, sino una exoneración de responsabilidad.

²¹³ Vid. arts. 18 y 26 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²¹⁴ Vid. arts. 19 y 27 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

impide cumplirla. Según afirma Sixto A. Sánchez Lorenzo, “en realidad, estas cláusulas no son en sí mismas imprescindibles, pues todos los sistemas jurídicos prevén la misma consecuencia legal (exoneración de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios si el incumplimiento contractual se debe a fuerza mayor)”²¹⁵.

En ambos casos, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles afectan al cumplimiento del contrato. En el primer caso, da lugar a una renegociación del contrato y en el segundo a la suspensión de la obligación y, en caso de perdurar el obstáculo, a su extinción²¹⁶.

El contrato de base debe incluir también los mecanismos de resolución amigable de conflictos²¹⁷ que permitan a las partes resolver los desacuerdos que puedan producirse a lo largo de la vida de la *joint venture* y evitar las situaciones de bloqueo.

Se pueden distinguir los mecanismos internos y los externos. Entre los mecanismos internos nos encontramos con la incorporación en el órgano colegial de una persona independiente, nombrada por las partes, que pueda producir el desempate en las decisiones, *swing man*. Otro sistema utilizado es el *multi-step*, por el que representantes de las partes tratan de llegar a un acuerdo y, de no lograrlo, pasan la decisión al siguiente nivel directivo de las empresas participantes.

Los mecanismos externos, subsidiarios de los anteriores, suponen la intervención de un tercero, ya sea un experto en el caso de asuntos de carácter técnico o un mediador (cláusula del “amigo común”²¹⁸). A este respecto, deberá establecerse en el contrato el valor que vaya a tener la decisión del tercero: mera recomendación que debe ser aprobada por las partes o decisión que las obliga.

Ante la eventualidad de que estos sistemas previstos en el contrato no lleguen a resolver la discrepancia, las partes deben establecer un método de resolución contradictoria de conflictos²¹⁹.

Así, pueden optar por incluir una cláusula compromisoria por la cual sometan sus diferencias a arbitraje²²⁰. Este tiene ventajas indudables para la resolución de los litigios en el comercio internacional, como la discreción, una mayor garantía de la aplicación de lo estipulado en el contrato, mayor flexibilidad en la aplicación del derecho²²¹... La elección puede ser a favor de un arbitraje *ad hoc* o de una institución arbitral determinada.

²¹⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, *op. cit.*, p. 303.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 311 y ss.

²¹⁷ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 96 y ss.; arts. 22 y 24, y 30 y 32 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²¹⁸ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, p. 377.

²¹⁹ Vid. arts. 24 y 32 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²²⁰ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

²²¹ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, p. 108.

Las partes también pueden incluir, de manera alternativa a la cláusula compromisoria, una cláusula de elección de fuero²²² por la que se someten a los tribunales de un determinado Estado. Este tipo de acuerdo tiene un gran interés, especialmente cuando establece la competencia exclusiva y excluyente de un tribunal por cuanto evita la discusión sobre la competencia judicial en el supuesto de tener que acudir a los órganos judiciales²²³. A ello hay que añadir que el foro determina no solo las normas procesales aplicables al proceso, sino las normas de conflicto por las que se va a determinar la ley aplicable en el supuesto de que las partes no la hayan elegido, con las consecuencias prácticas que puede acarrear²²⁴.

Tanto la cláusula de elección de foro como la cláusula de arbitraje, a pesar de ser cláusulas contractuales, tienen efectos procesales de atribución de competencia, bien a un tribunal que puede no ser competente en ausencia de tal cláusula, bien a un árbitro con exclusión de los tribunales competentes. Por este motivo, se les reconoce generalmente su carácter autónomo respecto del contrato en que están incluidas, de manera que pueden seguir ejerciendo su función de resolución de controversias con independencia de las vicisitudes que viva el contrato.

f) La terminación del contrato

El contrato de *joint venture* suele prever la finalización de este para una de las partes a través de cláusulas de separación de los miembros, por las que uno de ellos deja de formar parte de la *joint venture*, bien de manera forzada, bien voluntaria.

La exclusión de un *venturer*²²⁵ puede responder a múltiples causas, como el proceso de insolvencia, el incumplimiento contractual o la toma de control de la parte por un tercero²²⁶.

La salida voluntaria²²⁷ se produce por propia iniciativa de la parte, normalmente por no alcanzar la rentabilidad o los objetivos perseguidos con la *joint venture*.

En este caso, se procede al reintegro que corresponda a la parte saliente y la *joint venture* continuará, salvo en el caso de que solo esté constituida por dos partes, que se procederá a su liquidación. No obstante, si la separación conlleva la entrada de un nuevo

²²² El artículo 23 del Reglamento (CE) n° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil admite la *prorrogatio fori* a favor de los tribunales de un Estado miembro cuando al menos una de las partes está domiciliada en un Estado miembro. Este requisito de domiciliación no será necesario a partir del 10 de enero de 2015 en que será de aplicación el Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, que deroga el anterior.

²²³ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, op. cit., pp. 86 y ss.

²²⁴ *Ibid.*, p. 182.

²²⁵ Vid. art. 17 del modelo CCI de *joint venture* contractual para tres o más partes.

²²⁶ Como se ha visto *supra*, el carácter *intuitu personae* de la *joint venture* determina la salida de la parte cuando sus condiciones personales en sentido económico varían sustancialmente.

²²⁷ Vid. arts. 16 y 18, 19, 20 y 21 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

socio deberá ser aprobada la cesión de la posición de parte por el resto de los *venturers*. En algunos casos se prevé el derecho de preferencia a favor del resto de los participantes para que puedan asumir la posición del que se va.

Puede preverse que este tipo de cláusulas de separación solo sean efectivas transcurrido un cierto tiempo desde la puesta en marcha de la *joint venture* (*honeymoon clauses*) o, por el contrario, que permitan la salida de la parte en cualquier momento (*sudden death clauses*).

Por otra parte, la cláusula de finalización del acuerdo²²⁸ prevé la liquidación de la *joint venture* por sobrevenir una circunstancia determinada. Dicha circunstancia puede ser de carácter objetivo, como el logro del objeto de la *joint venture*, la imposibilidad de su consecución, una situación de mercado determinada o la finalización del plazo establecido en el contrato.

También se contemplan motivos de carácter subjetivo, entre los que se suelen incluir el incumplimiento por la otra parte, el cambio de la composición del capital de uno de los participantes de manera significativa, el desacuerdo de los *venturers* convertido en situación de bloqueo persistente (cláusulas *deadlock*), el rechazo a la sustitución de una parte, la muerte o quiebra de un partícipe o el simple acuerdo de las partes.

Martin Mankadaby señala como causas más frecuentes del fracaso de una *joint venture* los resultados financieros, el cambio de estrategia, los problemas de gestión o el choque de culturas. Por otra parte, afirma

“Fundamental to the success (or otherwise) of a joint venture will be the continued appetite of the parties to the joint venture to make it a success. Even if the relevant joint venture documentation has been drafted in a legally water-tight fashion, if one party becomes disinclined to make the joint venture work, then, unless a substitute party can be found (assuming that the disinclines party is not indispensable to the joint venture), the joint venture is likely to falter”²²⁹.

La liquidación da lugar a la venta de activos, cancelación de deudas y reparto del remanente o de las deudas en la proporción pactada en el contrato.

B) Contratos de aplicación o contratos satélites

Son contratos de muy diversa naturaleza jurídica, generalmente típicos en los derechos nacionales: contratos de puesta a disposición de personal, de arrendamiento de material o de locales, de comunicación de *know how*, licencias de patentes, licencias de marcas, acuerdos de financiación, contratos de aprovisionamiento de materias primas o

²²⁸ Vid. arts. 17 y 25 de los modelos CCI de *joint venture* contractual para dos partes y para tres o más partes respectivamente.

²²⁹ MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, *op. cit.*, p. 514.

componentes, contratos marco de compra de productos de la *joint venture*, contratos de construcción de instalaciones²³⁰...

El Acuerdo Modelo CCI de Joint Venture Contractual incluye cinco modelos de contratos satélites, que denomina acuerdos auxiliares: sobre bienes raíces, sobre activos intangibles/derechos de propiedad intelectual, sobre *know-how*, sobre equipos y herramientas de producción y sobre aportes en servicios.

A ellos hay que añadir, en su caso, el contrato por el cual se establece la forma jurídica elegida por las partes para la instrumentación de la *joint venture*.

La única especificidad de los contratos satélites respecto de los contratos típicos deriva precisamente de su inserción en la operación de *joint venture*, que determina una finalidad distinta de la originalmente prevista en el régimen jurídico de cada uno de ellos. Se convierten, dentro del negocio jurídico complejo que es una *joint venture*, en verdaderas técnicas jurídicas de organización de una alianza entre empresas²³¹.

Se pueden distinguir, siguiendo a Fernando Esteban de la Rosa²³², los contratos satélites de ejecución o cumplimiento del acuerdo base, los previstos en este con carácter facultativo y los no previstos en el contrato de *joint venture*.

Hasta aquí hemos visto cómo se articula una *joint venture* contractual, por medio de los contratos y de su instrumentación jurídica a través de una forma típica de un ordenamiento nacional o bien de un mero contrato detallado. Procede ahora establecer aunque sea someramente cuál es el marco jurídico de referencia de esta articulación, es decir, cuál es el régimen jurídico que le es aplicable.

3. Régimen jurídico

No se pretende en este apartado dar respuesta a las innumerables cuestiones que la concurrencia de tan diversos elementos y la inexistencia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de una regulación de la *joint venture* contractual plantean en relación con el régimen jurídico que le es aplicable. Tal objetivo excede con mucho las posibilidades de este trabajo. No obstante, tras el estudio que hasta aquí se ha realizado de los aspectos materiales que esta figura presenta, parece conveniente al menos realizar algunos apuntes al respecto.

Como de manera muy gráfica expone Christine Pauleau,
“(...) al igual que la noción de empresa, la noción de *joint venture* existe, sin que ningún código ni ninguna ley defina de manera específica el régimen jurídico

²³⁰ Vid. MEDINA DE LEMUS, M., “Joint-ventures internacionales”..., *op. cit.*, pp. 391 y ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 81.

²³¹ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 227 y ss.

²³² El autor establece la clasificación en relación con la *equity joint venture* pero entendemos que es extrapolable en términos generales a cualquier tipo de *joint venture*. Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

*aplicable a su creación y funcionamiento. Sin embargo, y de la misma manera que la empresa, sin organización jurídica, es decir, sin Derecho, la joint venture tampoco puede convertirse en una realidad operacional*²³³.

A) Ley aplicable

a) Elección de la ley aplicable por las partes

Una *joint venture* se va a regir por las estipulaciones acordadas por las partes en atención a la autonomía material generalmente admitida en los distintos ordenamientos jurídicos. Dicha autonomía permite a los *venturers* acordar los extremos que consideren oportunos y elegir, si lo desean, una forma jurídica para la instrumentación de la *joint venture*. Como ha quedado visto, los participantes en una *joint venture* pueden elegir la forma jurídica que mejor se adapte a las necesidades y características de su acuerdo entre el amplísimo abanico de posibilidades que les ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos o, incluso, ninguna de ellas, estableciendo una forma puramente contractual. Esta decisión va a determinar en gran parte el régimen jurídico aplicable a la operación²³⁴. De este modo, la *joint venture* adquiere un contenido jurídico específico.

No obstante, esta libertad de pactos cobra su sentido en un ordenamiento jurídico determinado del que dependerá su validez y alcance. Este ordenamiento o ley aplicable puede ser en muchos casos elegido por las partes. La autonomía conflictual reconocida en casi todos los sistemas de Derecho internacional privado²³⁵ permite a los participantes elegir la ley aplicable a la *joint venture*, esto es, el ordenamiento jurídico en el cual se incardina y que va a completar su sentido²³⁶.

La libertad de elección de las partes puede encontrar “restricciones variables en lo relativo al ordenamiento que puede ser seleccionado, la forma que ha de revestir el acuerdo, la exclusión de ciertas categorías de contratos o la exigencia de aplicar ciertas normas internacionalmente imperativas pertenecientes a ordenamientos distintos de la ley del contrato”²³⁷.

²³³ PAULEAU, C., *Incidencia del Derecho...*, op. cit., p. 28.

²³⁴ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., p. 39.

²³⁵ Así como la autonomía material está generalmente aceptada, la autonomía conflictual no es admitida en algunos países hispanoamericanos, como Chile, Uruguay, Paraguay, Ecuador o Panamá. Como dice S. LEIBLE, “la legitimación de la libre elección del derecho en el plano del derecho positivo parte exclusivamente del derecho estatal vigente, y no de un principio de la libertad personal, con independencia de la forma en que éste se configure”, LEIBLE, S., “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, Universidad Carlos III, marzo 2011, p. 217, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>.

²³⁶ Para S. LEIBLE, “la autonomía conflictual es el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del Derecho internacional privado. [...] La autonomía conflictual se ha impuesto, al menos en el Derecho internacional de los contratos, como modelo de conexión casi en todo el mundo y por ello puede calificarse como su principio más importante. [...] Autonomía conflictual es una <<doctrine o convenience and business efficacy>>”, LEIBLE, S., “La importancia de la autonomía...”, op. cit., pp. 215 y ss.

²³⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, op. cit., p. 181.

En nuestro ordenamiento, esta libertad de elección está reconocida en términos muy amplios en el artículo 3 del Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)²³⁸. Según dicho precepto, las partes pueden hacer su elección de forma expresa o tácita, en cualquier momento, para la totalidad del contrato o para una parte del mismo²³⁹.

Además, pueden elegir cualquier Derecho vigente, incluso el de algún Estado no miembro de la Unión Europea. En este caso, si todos los demás elementos del contrato en el momento de su celebración están localizados en Estados miembro, la sumisión a la ley de un tercer Estado se entiende si perjuicio de las disposiciones de Derecho europeo que no pueden ser excluidas por acuerdo de las partes²⁴⁰. La elección de un Derecho derogado así como de la *lex mercatoria* o cualesquiera otros principios o costumbres tiene ante un tribunal, a diferencia de ante un árbitro, el valor de su incorporación al contenido del contrato con los límites establecidos por la ley aplicable, pero no el de la determinación de estos como marco jurídico de referencia exclusiva²⁴¹.

Cabe preguntarse si esta libertad de elección es predicable de la *joint venture*, dada su naturaleza ambivalente. A esta cuestión contesta Valérie Pironon que “*la qualification contractuelle ou sociétaire du contrat de joint venture devrait précisément dépendre de la loi applicable au contrat de joint venture. (...) les parties ont incontestablement la faculté de choisir la loi applicable au contrat de joint venture*”²⁴², por lo que considera que la elección de la ley aplicable no presenta ninguna peculiaridad particular en los contratos de *joint venture*²⁴³.

Más contundente parece el argumento de Fernando Esteban de la Rosa, quien afirma el carácter contractual de las obligaciones que surgen en el ámbito de las sociedades entre los socios y entre los socios y la sociedad²⁴⁴. De esta manera, a pesar de que aún no se

²³⁸ Este Reglamento es aplicable en los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca, desde el 17 de diciembre de 2009.

²³⁹ Esta libertad se encuentra limitada en los contratos de transporte de personas (art. 5.2), de consumidores (art. 6), de seguros (art. 7) e individuales de trabajo (art. 8) en defensa de la parte considerada más débil.

²⁴⁰ Vid. AGUILAR GRIEDER, H., “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva *de lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n° 1, Universidad Carlos III, marzo 2014, pp. 53 y ss, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1910/902>. La autora considera la cláusula general de protección del Derecho de la UE como una de las mayores virtudes del Reglamento Roma I.

²⁴¹ Vid. respecto de todos estos extremos CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 2, Universidad Carlos III, octubre 2009, pp. 52-133, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/78>; DE VASCONCELOS PENANTE JÚNIOR, F.J., *La autonomía de la voluntad en el Reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable, de 17 de marzo de 1994 (CIDIP-V). La situación en Brasil*, tesis doctoral inédita, Universitat de València, Valencia, 2013, en <http://roderic.uv.es/handle/10550/32142>.

²⁴² PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 374.

²⁴³ Salvo en aquellos sometidos imperativamente a la normativa local, como es el caso de China o Cuba.

²⁴⁴ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, op. cit., pp. 215 y ss.

conocerá la calificación jurídica que la *joint venture* merece al que sea el Derecho aplicable a la misma, esta no tendrá trascendencia para reconocer la libertad de pacto de las partes para la sumisión de su *joint venture* a uno u otro ordenamiento jurídico.

Con carácter general, el Derecho elegido por las partes de la *joint venture* será el que rija la validez del contrato en el fondo y en la forma (si bien a este respecto el artículo 11 del citado Reglamento Roma I prevé como ley aplicable a la forma no sólo la elegida por las partes sino la del lugar de celebración del contrato o la del lugar de residencia de cualquiera de las partes), el que suministre los criterios de interpretación de los términos del contrato, el que provea el régimen supletorio aplicable a lo no previsto por las partes y el que establezca el marco imperativo dentro del que opera la autonomía de los contratantes²⁴⁵.

La elección del instrumento jurídico para vehicular la *joint venture* debe tener en consideración a su vez el Derecho aplicable, puesto que este empleará sus propios conceptos jurídicos a la hora de aprehender la realidad. En este sentido, es recomendable que las partes consideren la elección de la ley aplicable en función de la “nacionalidad” de la forma jurídica elegida para instrumentar su *joint venture*.

Pedro A. de Miguel afirma que “Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la precisión de la ley aplicable al contrato internacional mediante una previsión expresa en su clausulado resulta una aportación fundamental”²⁴⁶. Pero la trascendencia es aún mayor en el caso de la *joint venture* si se tienen en consideración las consecuencias que la falta de elección de ley aplicable por las partes y su determinación objetiva conllevan.

b) Determinación objetiva del Derecho aplicable

La determinación de la ley aplicable a la *joint venture* de forma objetiva se realiza de acuerdo con el sistema de Derecho internacional privado del foro, esto es, del lugar en el que se plantee la eventual controversia. Pero no se conoce sistema conflictual alguno, nacional o convencional, que contenga reglas específicas para la *joint venture*²⁴⁷.

Por tanto, en el momento de la determinación de la ley del contrato, un tribunal aplicará las normas conflictuales de su ordenamiento jurídico (conformado no sólo por las normas de Derecho internacional privado doméstico sino también por los correspondientes Tratados internacionales y, en su caso, por el Derecho supranacional como es el de la Unión Europea) y conforme a las calificaciones jurídicas de éste, que pueden dar lugar a una solución completamente distinta y dispar de aquélla a la que llegaría el tribunal de otro Estado.

En efecto, los sistemas de Derecho internacional privado presentan puntos de conexión dispares y conceptos jurídicos diferentes, provocando una inseguridad considerable. Así, por ejemplo, el concepto de sociedad varía de unos ordenamientos jurídicos a otros,

²⁴⁵ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, op. cit., pp. 181 y 182.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 181 y 182.

²⁴⁷ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 359.

de manera que la instrumentación de una determinada *joint venture* podrá ser considerada una sociedad por un derecho nacional y un contrato por otro²⁴⁸. Como dice Fernando Esteban de la Rosa:

*“La calificación material que corresponda al contrato de joint venture aparece condicionada por las concepciones propias del sistema jurídico respecto del cual se esté enjuiciando el contrato, lo que puede determinar calificaciones no coincidentes”*²⁴⁹.

A ello, además, hay que añadir que la *joint venture*, como se ha visto, se plasma en un conjunto de contratos interrelacionados e, incluso, una figura jurídica para su instrumentación, lo que implica en muchas ocasiones la aparición de puntos de conexión con diversos ordenamientos jurídicos “lo cual genera gran incertidumbre con respecto al derecho aplicable y la jurisdicción competente para cada aspecto de la relación en su conjunto”²⁵⁰.

Las dificultades que entraña la determinación de la ley aplicable a la *joint venture* a través de las normas de conflicto, especialmente la falta de certeza, seguridad jurídica y previsibilidad, han dado lugar a un debate doctrinal sobre la conveniencia de abandonar el sistema de Derecho internacional privado a tal fin.

Así, Norka López Zamarripa recomienda la inclusión de una cláusula arbitral como vía de escape a este problema, permitiendo incluso el apego a determinadas reglas de *soft law*²⁵¹. De una forma más concluyente se manifiesta Mario de la Madrid:

*“(...) se advertirán los inconvenientes que se acumulan ante una respuesta del derecho conflictual, razón por la que estimamos que el esfuerzo en su eventual regulación debe partir del derecho uniforme, o bien, de la lex mercatoria, más que de aquél”*²⁵².

No obstante, no podemos si no estar de acuerdo con Fernando Esteban de la Rosa cuando afirma que “ni la *lex mercatoria* constituye en la actualidad un Ordenamiento acabado que excluya la intervención del Derecho estatal, ni parece acertado entender que el contrato pueda quedar deslocalizado, dada la imposibilidad de fundar su efecto vinculante al margen de un Derecho estatal”²⁵³.

La determinación objetiva de la ley aplicable a una *joint venture* en nuestro ordenamiento jurídico debe atender, en primer lugar, al citado Reglamento Roma I, cuyo artículo 4 establece los criterios en función de los cuales debe establecerse cuál sea

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

²⁴⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 94.

²⁵⁰ LÓPEZ ZAMARRIPA, N., “El contrato de joint venture en...”, *loc. cit.*, p. 19.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 19.

²⁵² DE LA MADRID ANDRADE, M., “El Derecho aplicable al...”, *loc. cit.*, p. 344.

²⁵³ ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, p. 127. En el mismo sentido, *vid.* PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 359 y ss.

el Derecho aplicable a falta de elección por las partes²⁵⁴. El criterio principal, excluida la aplicación de los supuestos concretos establecidos en el artículo 4.1 para determinados tipos de contratos en los que no cabe encajar la *joint venture* dada su naturaleza compleja, es que “el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato” (art. 4.2).

Puesto que en la *joint venture* no nos encontramos con una prestación característica²⁵⁵ asignable a una de las partes, en tanto que todas ellas hacen sus aportaciones para la realización de un negocio en interés común, hay necesariamente que acudir al criterio residual de “la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos” (art. 4.4)²⁵⁶. Valérie Pironon sugiere qué entender por vínculos más estrechos. Así, en el caso de las *joint ventures* de inversión considera que los vínculos más estrechos se presentan con el país de acogida de la misma. En las *joint ventures* de cooperación (por oposición a las de inversión), considera que éstas presentan los vínculos más estrechos con el lugar donde se ejerce el control conjunto del negocio común²⁵⁷.

No obstante, en el supuesto concreto en el que el contrato de *joint venture* pueda ser calificado como una sociedad, habrá que acudir a la norma de conflicto nacional²⁵⁸ puesto que el propio reglamento excluye de su ámbito de aplicación “las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas” (artículo 1.2.f).

Sin duda, este supuesto ejemplifica a la perfección la complejidad derivada de la determinación objetiva del Derecho aplicable a la *joint venture*²⁵⁹.

²⁵⁴ Vid. MARTÍNEZ LUNA, W.F.: *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, tesis doctoral inédita, Universidad Carlos III, Getafe, 2012, en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf_martinez_luna_tesis.pdf?sequence=1;

AGUILAR GRIEDER, H., “Alcance de los controvertidos...”, *op. cit.*, p. 57 y ss.

²⁵⁵ El Informe GUILIANO/LAGARDE define la prestación característica del contrato como aquella “por la que se debe el pago” ya que es “lo que constituye el centro de gravedad y la función socioeconómica de la operación contractual”, *apud.* AGUILAR GRIEDER, H., “Alcance de los controvertidos...”, *op. cit.*, p. 61.

²⁵⁶ Según A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “el principio de proximidad opera en casos residuales como una mera cláusula de cierre del sistema”, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, Universidad Carlos III, marzo 2011, p. 314, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1083>.

²⁵⁷ Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 379 y ss.

²⁵⁸ Vid. ESTEBAN DE LA ROSA, F., *Ley aplicable...*, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

²⁵⁹ Otro ejemplo, en este caso en relación con la determinación del tribunal competente, nos lo proporciona Juliana Rodríguez al analizar el foro especial por razón de la materia contractual del Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial,

Otro aspecto que pone de manifiesto lo complejo de la cuestión es el alcance del Derecho aplicable al contrato de *joint venture*, es decir, ¿alcanza únicamente a este o, por el contrario, al conjunto de la operación, incluidos los contratos satélite?

Tratando de dar una respuesta simplificada y siendo conscientes de que son múltiples los matices posibles a la misma, se puede decir que depende de la voluntad de las partes manifestada expresa o tácitamente. En efecto, las partes pueden optar por un solo Derecho para regir el conjunto de la operación o bien someter los diferentes contratos a diversos ordenamientos jurídicos, en un ejercicio de *dépeçage*²⁶⁰. En este sentido, Valérie Pironon afirma:

*“Dans les groups de contrats, un dépeçage contrat par contrat est forcément présumé cohérent. Il n’y aurait donc pas de limite ni d’exception à la faculté de dépeçage du complexe contractuel dans la joint venture où les contrats d’application réalisent un équilibre propre tout en étant intégrés à une opération globale”*²⁶¹.

En cualquier caso, las partes no podrán obviar la aplicación de las normas imperativas que la regulación de la forma jurídica pueda contener (piénsese, por ejemplo, en la obligación de gerente único prevista para la unión temporal de empresas española). En el caso de que la voluntad de las partes al respecto no haya sido expresada en modo alguno, la determinación objetiva de la ley aplicable corresponderá a cada uno de los contratos que conforman el complejo contractual y de conformidad con la calificación que la *lex fori* dé a cada uno de ellos, incluida la calificación como sociedad.

B) Límites de la autonomía de la voluntad

Centremos ahora la atención sobre un aspecto que ha aparecido a lo largo de este apartado y que son los límites a la autonomía de la voluntad. Las normas imperativas contenidas en los ordenamientos nacionales marcan los límites dentro de los que puede desarrollarse la imaginación de las partes a la hora de alcanzar sus acuerdos, tanto las del ordenamiento aplicable al contrato, que operan como límite a la autonomía material, como las internacionalmente imperativas pertenecientes a un ordenamiento jurídico distinto del aplicable al contrato, que limitan la autonomía conflictual.

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil: “El contrato de *joint venture* no puede calificarse ni de compraventa de mercaderías ni de prestación de servicios. En virtud de este negocio jurídico bilateral, las partes se pueden comprometer a llevar a cabo variadas categorías de obligaciones recíprocas. Por tanto, el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar en el que debiera haberse cumplido la obligación efectivamente incumplida. Para conocer este lugar, el juez ante el que se ha interpuesto la demanda deberá acudir a la ley que rige el contrato”. J. Rodríguez Rodrigo, “Contratos internacionales de *joint venture*”, *Cuadernos de la maestría en Derecho n° 1 de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia*, p. 236, en <http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-Derecho/contratos-internacionales-joint-venture.htm>.

²⁶⁰ “*Le dépeçage désigne l’application de règles de pays différents aux différents éléments d’une même situation juridique*”, PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., p. 388.

²⁶¹ *Ibid.*, pp. 389.

Norka López Zamarripa las define en los siguientes términos:

“Normas de aplicación inmediata que son normas obligatorias, de orden público para el derecho internacional privado, que impiden la aplicación del derecho extranjero o la disposición voluntaria de particulares sobre las mismas, y que están generalmente vinculadas con la organización financiera estatal”²⁶².

Entre ellas nos encontramos con la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia, mercados financieros, control de cambios, inversiones extranjeras, prohibiciones relativas a la exportación o importación de ciertos productos (especies animales protegidas, bienes culturales, tecnología de doble uso...), embargos comerciales, transferencia internacional de datos personales, protección de los trabajadores, de los agentes comerciales, de los consumidores...²⁶³

Un ejemplo lo hallamos en las leyes de policía tal y como las define el artículo 9 del Reglamento Roma I²⁶⁴. Según este precepto, una ley de policía es “una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato”²⁶⁵.

La determinación de la ley aplicable conforme a las normas del citado reglamento, bien sea por sumisión expresa o tácita de las partes, bien por determinación objetiva, no restringe la aplicación de las normas de policía del foro (art. 9.2). Además, las normas de policía de otro país en el que las obligaciones deben ejecutarse pueden ser tenidas en cuenta por los tribunales si su aplicación determina la ilegalidad de la ejecución del contrato (art. 9.3).

En el caso de la *joint venture* cobran especial relevancia las relativas a la defensa de la competencia, en la medida en que un acuerdo de cooperación empresarial de estas características puede restringir la competencia en un mercado o crear una posición dominante.

Según la OCDE, las *joint ventures* presentan un amplio espectro en términos de ratio de sus efectos procompetitivos y anticompetitivos²⁶⁶. Algunas *joint ventures* tienen pocos o ningún efecto anticompetitivo, a la vez que presentan beneficios para la eficiencia del mercado, como por ejemplo aquellas por las que las partes van a realizar un negocio

²⁶² LÓPEZ ZAMARRIPA, N., “El contrato de joint venture en...”, *loc. cit.*, p. 6.

²⁶³ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S.A. (coord.), *Cláusulas...*, *op. cit.*, p. 189; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, *op. cit.*, pp. 408 y ss.

²⁶⁴ Para S. LEIBLE, “las normas imperativas, cada vez más frecuentes e importantes en la práctica, erosionan el finamente graduado sistema de conexiones del Reglamento Roma I al desplazar el derecho declarado aplicable en virtud de éste”, LEIBLE, S., “La importancia de la autonomía...”, *op. cit.*, pp. 228 y ss. Vid. CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I...”, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

²⁶⁵ AGUILAR GRIEDER, H., “Alcance de los controvertidos...”, *op. cit.*, p. 51, considera la definición excesivamente restrictiva.

²⁶⁶ Vid. OCDE, “Competition issues in Joint Ventures”, Policy Roundtables, 2000.

común que no podrían llevar a cabo de manera separada y no introducen limitaciones a la competencia de los *venturers*. En estos casos, la OCDE recomienda que las autoridades correspondientes no intervengan.

En el otro extremo, se encuentran las *joint ventures* que no aportan verdaderos beneficios y conllevan riesgos importantes para la competencia, llegando a ser incluso un cártel disfrazado. Estos supuestos deben ser prohibidos. Como regla general, la OCDE recomienda que las *joint ventures* que tengan un resultado más beneficioso que perjudicial para la competencia sean permitidas, pero no así sus consecuencias negativas para aquella.

La regulación de esta materia, aun siguiendo los criterios expuestos, se aborda de maneras muy diversas en los diferentes ordenamientos jurídicos²⁶⁷. En el Derecho europeo, existen fundamentalmente dos normativas que afectan en este campo a las *joint ventures*²⁶⁸. Por una parte, el Reglamento (CE) n° 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, establece los mecanismos de declaración de compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común de las operaciones de determinada dimensión que dan lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado²⁶⁹. Se incluye en este concepto las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma²⁷⁰.

Jesús Maíllo pone de relieve que “en el contexto del Derecho de la competencia (...) el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación” por lo que “la personalidad jurídica es irrelevante a estos efectos”²⁷¹.

Por otra parte, los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíben los acuerdos anticompetitivos y el abuso de la posición dominante respectivamente. En el primer caso, establece la nulidad de pleno derecho de estos acuerdos salvo en los supuestos en los que supongan una mejora para el mercado de la que los usuarios se beneficien equitativamente. A tal efecto, han sido aprobados una serie de Reglamentos de exenciones por categorías²⁷².

²⁶⁷ El derecho *antitrust* norteamericano trata de determinar si el acuerdo es un cártel. Así, en primer lugar se plantea si hay integración de recursos de las partes que creen valores económicos favorables al desarrollo del progreso y de la competitividad. Si no hay integración, se considera que el acuerdo es un cártel. En otro caso, se sigue con el examen de los objetivos económicos del acuerdo y de sus efectos sobre la competencia. Si afecta a esta de manera significativa, la pregunta es si existen medios alternativos para lograr el mismo fin. Vid. PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 410 y ss.

²⁶⁸ Vid. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Empresas en participación ...*, op. cit.; MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, op. cit., pp. 1 y ss.; PIRONON, V., *Les joint ventures...*, op. cit., pp. 421 y ss.

²⁶⁹ El número de concentraciones declaradas prohibidas por la Comisión es mínimo. Hasta junio de 2008 había prohibido 20 concentraciones de un total de más de 3.800 notificadas. Vid. MANKABADY, M. *et al.*, *Joint venture in Europe*, op. cit., p. 8.

²⁷⁰ Vid. Considerando n° 20 del citado reglamento.

²⁷¹ Vid. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Empresas en participación...*, op. cit., p. 51.

²⁷² Reglamento (CE) n° 2658/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización.

En definitiva, las *joint ventures* de envergadura suficiente como para afectar negativamente la competencia de un mercado o de una parte significativa del mismo pueden verse sometidas a las normas imperativas sobre defensa de la competencia del lugar en el que operen, independientemente de la ley aplicable a la operación, hasta el punto de poder ser prohibidas y con sanciones aparejadas de nulidad de pleno derecho y de carácter pecuniario para las partes.

Por tanto y como resumen, podemos afirmar que el régimen jurídico de la *joint venture* depende de los acuerdos alcanzados por los *venturers*, tanto en cuanto a su contenido y a la fórmula jurídica elegida como, en su caso, a la elección del Derecho aplicable, siempre dentro de los límites establecidos por el marco imperativo dentro del que opera la autonomía de las partes fijado por la ley aplicable, así como por las normas internacionalmente imperativas.

III. CONCLUSIONES

La *joint venture* es una práctica del mundo de los negocios nacida de la praxis como fórmula intermedia de actuación en el mercado, entre el intercambio y la competencia, a través de la cooperación entre empresas. Se encuentra en plena expansión y en proceso de maduración, lo cual, junto con la ausencia casi generalizada de una regulación nacional o convencional, explica la existencia de una cierta confusión en la doctrina jurídica en torno a ella.

No obstante, a estas alturas de su desarrollo, es posible inferir de la práctica de los negocios los rasgos característicos que la definen como un acuerdo de cooperación para la realización de un negocio en común, en el que las partes realizan sus aportaciones, mantienen su autonomía y comparten el control sobre el negocio.

Estos elementos determinan qué es en esencia una *joint venture*. Cómo se articula esa cooperación depende de la voluntad de las partes en cada caso.

Reglamento (CE) n° 2659/2000, de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo. Reglamento (CE) n° 1400/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. Reglamento (CE) n° 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. Reglamento (CE) n° 772/2004, de la Comisión, de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología. Reglamento (CE) n° 487/2009, del Consejo, de 25 de mayo de 2009 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo. Reglamento (CE) n° 906/2009, de la Comisión, de 29 de septiembre de 2009 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea.

Se trata de una realidad multiforme, atípica y camaleónica; transversal a distintas categorías jurídicas de las que participa sin identificarse con ninguna; abierta a todo tipo de participantes, desde Estados a empresarios individuales, pasando por micro, pequeñas y medianas empresas así como grandes corporaciones. Se distingue por su gran flexibilidad y capacidad de adaptación a la realidad, lo que la convierte en un instrumento de gran utilidad en el comercio internacional. Este es, sin duda, un motivo claro de su éxito.

La *joint venture* se organiza a través de la elección de una forma jurídica para su instrumentación, si así lo deciden las partes, y la plasmación de los acuerdos de los participantes en un conjunto de contratos, el de base y los de aplicación, ordenados a la consecución del objetivo común.

Como se puede comprender, la mayor complejidad jurídica que comporta la estructuración de la *joint venture* a través de una sociedad con personalidad jurídica distinta de la de los participantes ha determinado que la *equity joint venture* haya sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina, dejando un cierto vacío en el estudio de la modalidad contractual.

Precisamente, parte de la confusión apuntada se concentra alrededor de la determinación de si las *joint ventures* que no utilizan una sociedad con personalidad jurídica propia pueden ser consideradas como tales. Al respecto, hay que decir que no hemos localizado argumentos a favor de su exclusión de la categoría. Simplemente, se afirma que no son *joint ventures*, sin mayores explicaciones.

Y sí, por el contrario, se han encontrado múltiples razonamientos de por qué sí son *joint ventures*. Se pueden resumir en la idea de que la esencia de esta figura no viene fijada por las herramientas utilizadas para llevar a cabo la cooperación entre las partes, sino en el control conjunto ejercido sobre un negocio en interés común de los participantes que permanecen autónomos.

Por tanto, la *joint venture* contractual o *unincorporated* es una *joint venture* en toda la extensión de la palabra. Abarca todas aquellas *joint ventures* que no eligen una *corporation* o una sociedad con personalidad jurídica para su instauración, sino cualquier otra forma jurídica prevista por un ordenamiento nacional o bien una diseñada a la medida por las partes en todos sus extremos.

Esto establecido, la distinción entre la *equity joint venture* y la contractual tiene su utilidad precisamente a la hora de determinar su articulación. Así, las formas que pueden ser elegidas serán unas u otras en función de la modalidad ante la que nos encontremos. Además, la forma adoptada determinará el contenido de los contratos, tanto de *joint venture* como los satélites, en tanto en cuanto no sólo deberá incluir uno en el que se cree aquélla, sino que deberán recoger las estipulaciones necesarias para su adaptación a las necesidades concretas del negocio. Por último, el régimen jurídico de la *joint venture* se verá afectado o no por el Derecho de sociedades correspondiente,

imponiendo límites a la autonomía de la voluntad de las partes en el caso de la *incorporated joint venture*.

El análisis de las variedades jurídicas disponibles en diversos ordenamientos nacionales para la instrumentación de una *joint venture* contractual nos lleva a la conclusión de que, en la mayoría de los casos, estas figuras no van a satisfacer los intereses de los participantes en una *joint venture*, por lo que resultará más conveniente el establecimiento de un modelo propio a través de un contrato de base bien detallado.

No se considera deseable una regulación material de la figura, puesto que la libertad de pactos permite cubrir las necesidades de las partes de manera eficaz. No obstante, sería conveniente un reconocimiento de la misma que limitase en lo posible la inseguridad jurídica que se deriva de la recalificación de la *joint venture* puramente contractual en una forma típica que tantos ordenamientos realizan.

Sí sería aconsejable, sin embargo, dada la complejidad de la determinación objetiva del Derecho aplicable a la *joint venture*, una previsión de carácter conflictual, al menos en Derecho europeo, que añada seguridad jurídica en cuanto a la ley aplicable en el supuesto de que las partes no logren un acuerdo al respecto.

En cualquier caso, la *joint venture*, a pesar de su relativa juventud, ya ha mostrado su alto potencial como herramienta del comercio internacional. En su pleno desarrollo tendrá una influencia notable la seguridad jurídica que el Derecho sea capaz de conferirle.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Grieder, H.: “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva *de lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, Universidad Carlos III, marzo 2014, pp. 45-67, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1910/902>.

Altozano García-Figueras, H. y Portero Fontanilla, J.: *Cómo negociar acuerdos de joint venture y otros contratos internacionales*, Madrid, ICEX, 2003.

Aragón Bueno, E.: *Las Joint Ventures: aspectos formales, financieros y tratamiento contable*, Almería, Universidad de Almería, 2005.

Baptista, L.O y Durant-Barthez, P. : *Les joint ventures dans le commerce international*, Paris, Bruylant, 2013.

Calvo Caravaca, A.L.: “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.

- 1, nº 2, Universidad Carlos III, octubre 2009, pp. 52-133, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/78>.
- Calvo Caravaca, A.L., y Carrascosa González, J.: “Los contratos internacionales y el mito de la “nueva lex mercatoria”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações internacionais*, Curitiba, 12, vol 1, pp. 1-20, en <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/357/307>.
- Carrascosa González, J.: “Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable al contrato internacional”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 18, 2000, pp. 7-40, en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57561>.
- De Vasconcelos Penante Júnior, F.J.: *La autonomía de la voluntad en el Reglamento “Roma I” y en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable, de 17 de marzo de 1994 (CIDIP-V). La situación en Brasil*, tesis doctoral inédita, Universitat de València, Valencia, 2013, en <http://roderic.uv.es/handle/10550/32142>.
- Echarri, A., Pendás Aguirre, A. y de Quintana Sanz-Pastor, A.: *Joint venture*, Madrid, Fundación Confemetal Editorial, 2002.
- Egan, B.F.: “Challenges in joint venture formation”, Dallas, Jackson Walker L.L.P., 2010, en <http://www.jw.com/publications/article/1376>
- Esteban de la Rosa, F.: *Ley aplicable a la joint venture en Derecho Internacional privado español*, tesis doctoral publicada bajo el nombre *La jointventure en el comercio internacional*, Granada, Comares, 1999. Acceso al texto de la tesis en la siguiente dirección electrónica: <http://hdl.handle.net/10481/14484>
- Franzina, P.: “Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 1, Universidad Carlos III, marzo 2009, pp. 92-101, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/70/68>.
- Fernández Rozas, J.C., Arenas García, R. y de Miguel Asensio, P.A.: *Derecho de los Negocios Internacionales*, Madrid, Iustel, 2013.
- Guardiola Sacarrera, E.: “Contratos de <<joint-venture>>”, *Contratos de colaboración en el comercio internacional. Intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint-venture, agrupaciones*, Barcelona, Bosch, 2004.
- Hernández Rodríguez, A.: “El Derecho aplicable al contrato en ausencia de elección por las partes: el asunto Intercontainer Interfrigo y su repercusión en el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, Universidad Carlos

III, marzo 2011, pp. 302-315, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1083>.

Lacasse, N.: “La réalisation d’une coentreprise à l’étranger : le choix de la forme juridique”, *Revue générale de droit*, vol. 19, n° 4, Universidad de Ottawa, 1988, pp. 771-785, en <http://www.revuegeneralededroit.ca/articles-rgd>

Leible, S.: “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 1, Universidad Carlos III, marzo 2011, pp. 214-233, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1075>.

López Zamarripa, N.: “El contrato de joint venture en el escenario del comercio global”, *Revista Amicus Curiae*, número 3, año IV, Universidad Autónoma Nacional de México D.F., 2011, pp. 1-20, en http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/amicus14/EL_CONTRATO_DE_JOINT_VENTURE.pdf

Madrid Andrade, M. de la: “El Derecho aplicable al joint venture internacional”, *Derecho Privado. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, 2005, pp. 343-355, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/21.pdf>

“El joint venture como sociedad”, *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, 2006, pp. 81-93, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/8.pdf>

Maíllo González-Orús, J.: *Empresas en participación (joint venture) y Derecho comunitario de la competencia*, Barcelona, Bosch, 2007.

Mankabady, M. (dir.): *Joint ventures in Europe*, West Sussex, Tottel Publishing, 2008.

Martínez Luna, W.F.: *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, tesis doctoral inédita, Universidad Carlos III, Getafe, 2012, en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf_martinez_luna_tesis.pdf?sequence=1.

“El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera cláusula de excepción”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 24, diciembre 2012, en <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/notas/articulo-43-reglamento-roma-i-una-verdadera-clausula-excepcion>.

Medina de Lemus, M.: “Joint-ventures internacionales”, *Contratos de comercio exterior. Doctrina y formularios*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 347-394.

- OCDE: “Competition issues in Joint Ventures”, Policy Roundtables, 2000.
- Ortega Giménez, A.: *Modelos de contratos internacionales*, Madrid, Grupo Difusión, 2008.
- Parra Rodríguez, C.: “La figura del *joint venture* internacional”, *Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales*, Perú, Mario Castillo Freyre editor y Palestra ediciones, 2009.
- Pauleau, C.: *Incidencia del Derecho en la creación y funcionamiento de las joint ventures. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España*, tesis doctoral publicada bajo el nombre *El régimen jurídico de las “joint ventures”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. Acceso al texto de la tesis en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7278/tcp1de1.pdf;jsessionid=958597ECB94B87F13C608400C7711210.tdx2?sequence=1>.
- Pérez-Serrabona González, J.L.: “Contratos atípicos en el ámbito mercantil español y europeo”, *Derecho Privado. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, 2005, pp. 277-316, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/18.pdf>
- Pironon, V.: *Les joint ventures. Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, París, Dalloz-Sirey, 2004.
- Puyo Arluciaga, A.: “La *Joint Venture* como instrumento de cooperación en el Comercio Internacional”, *Revista Vasca de Economía Social (GEZKI)*, nº 3, 2007, pp. 111-132, en <http://www.ehu.es/ojs/index.php/Gezki/article/view/2920/2546>.
- Rodríguez Rodrigo, J.: “Contratos internacionales de *joint venture*”, *Cuadernos de la maestría en Derecho nº1 de la Universidad Sergio Arboleda de Colombia*, pp. 231-248, en <http://www.usergioarboleda.edu.co/investigacion-Derecho/contratos-internacionales-joint-venture.htm>
- Romero-Pérez, J.E.: “El contrato de *joint venture*. La experiencia de Costa Rica”, *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, 2006, pp. 95-117, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943/9.pdf>
- Sánchez Lorenzo, S. A. (coord.): *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012.

- Sierralta Ríos, A.: “El contrato de joint venture”, *Cuadernos tributarios*, n° 15, IV Jornadas Nacionales de Tributación, Perú, Asociación Fiscal Internacional Grupo Perú, 1993, p. 197-209, en http://www.ifaperu.org/uploads/articles/139_13_CT15_ASR.pdf
- Tanganelli i Bernardes, D.: *Joint ventures internacionales entre pymes de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2004.
- Vermeulen, E.: *The evolution of legal business forms in Europe and the United States. Venture capital, joint venture and partnership structures*, La Haya, Kluwet Law International, 2003, en <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=125157>
- Vicent Chuliá, F.: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación de Cajas de Ahorro, 1971.
- Zeng, J: “The application of law about the contract of China’s joint venture”, *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (J. Adame Goddard coord.), México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, 2006, pp. 133-146, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1943.11.pdf>