



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

TEMA:

**“EL CONTRATO DE JOINT VENTURE Y LAS
ALIANZAS ESTRATÉGICAS. APLICACIÓN EN LA
LEGISLACIÓN ECUATORIANA”**

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA
Y ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTOR:

ALVARO AGUSTÍN VÁZQUEZ CUEVA

DIRECTOR:

DR. REMIGIO AUQUILLA LUCERO

CUENCA – ECUADOR

2007

DEDICATORIA

Quiero dedicar esta tesis, a mis Padres Polivio Vázquez Astudillo y María Eugenia Cueva Cueva por brindarme su apoyo, respaldo y motivación incondicional y a quienes respeto, admiro y debo toda mi formación personal y profesional.

A mi hermano y amigo Mauricio Vázquez Cueva por su entrega absoluta en mi toma de decisiones

De igual manera a mi hermana Bernardita. Betita, Valeria y Maru a quienes debo toda mi inspiración.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi más sincero agradecimiento al Doctor Remigio Auquilla Lucero gestor esencial del desarrollo de este trabajo, quien me ha brindado su amistad y consejos profesionales incondicionalmente.

Al Doctor Mauricio Vázquez Cueva por su apoyo constante en el desarrollo de esta tesis. De igual forma al Ingeniero Galo García, Dr. Esteban Coello y Doctor José Andrés Valdivieso por su importante aporte de guía y conocimientos.

Agradezco también a la Universidad del Azuay por ser la institución que permitió mi formación profesional.

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar a fondo al *contrato de joint venture* y las *alianzas estratégicas* como instrumentos legal y económico que permiten la asociación conjunta de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, para el cumplimiento de un fin específico y bajo un interés común.

La primera parte de esta tesis busca introducir al lector en el campo de la colaboración y la ayuda mutua empresarial para el cumplimiento de un objetivo común en el ámbito civil y mercantil, para lo cual se hace referencia a varias figuras jurídicas y económicas que hacen posible esta actividad.

Posteriormente se estudia específicamente al *joint venture* desde sus orígenes, pasando por las motivaciones que llevan a las partes a buscar este eficaz instrumento jurídico, hasta plasmarlo en el protocolo de intenciones y el *contrato-base* que a más de crear una estructura jurídica confiable, permiten ejecutar la operación del mismo por medio de la creación de un nuevo sujeto de derecho o fundamentándose solamente por los acuerdos contractuales.

La hipótesis que se plantea en la tesis queda demostrada en su último capítulo en el cual se afirma que su aplicación es posible en la legislación ecuatoriana y que puede contribuir al desarrollo nacional a través de una nueva propuesta jurídica alternativa para su gestión.

ABSTRACT

This work attempts to thoroughly analyze the joint venture contract, as well as the strategic alliances, both legal and economic. Ultimately, this allows the joint association of natural and juridical individual, from national and foreign as well as public and private companies, for the fulfillment of a common interest.

The first part of this thesis aims to introduce to the reader the field of collaboration and the enterprise mutual aid for the fulfillment of a common objective in the civil and mercantile scope, which references to several legal and economic figures that makes this activity possible.

Previously we specifically study the origins of joint ventures, going through motivations that take part to look for an effective working legal instrument, until shaping it in the protocol of intentions of the “contract base” creates a reliable legal structure and allows to execute the joint venture operation by forming a corporate joint venture or just focusing on the contractual agreements.

The hypothesis that considers in this thesis is demonstrated by the motivation to execute the joint venture in the Ecuadorian legislation considering the great commitment of it laws and also the possibility to contribute to the national development through a new alternative legal proposal for it implementation.

ÍNDICE

PAG.

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

1.1 LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS	3
1.1.1 Cuestiones Terminológicas y Formas típicas	4
1.2 LA ASOCIACIÓN PARCIAL DE EMPRESAS	12
1.3 LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS	16
1.4 LA COOPERACIÓN ENTRE EMPRESAS	30
1.5 SECTOR PÚBLICO Y CONSECUENCIAS EN LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS..	33
1.6 SECTOR PRIVADO	36
1.7 LOS ACUERDOS COOPERATIVOS Y LOS PAISES EN DESARROLLO	42
1.8 EMPRESAS COOPERATIVAS, ALIANZAS Y “JOINT VENTURES”	48
1.9 TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN DE EMPRESAS.....	51
1.10 LA EMPRESA CONJUNTA EN EL DERECHO EUROPEO	55
1.11 LOS GRUPOS DE INTERES ECONÓMICO. FRANCIA Y EN LA COMUNIDAD.....	62
1.12 LA COOPERACIÓN ENTRE EMPRESA. DEFENSA COMPETENCIA.....	69

CAPÍTULO II

2.1 INTRODUCCIÓN AL CONTRATO DE JOINT VENTURE	82
2.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL JOINT VENTURE.....	83
2.2.1 El Partnership	85
2.2.3 Acercamiento al Joint Venture.....	92
2.3 CONCEPTUALIZACIÓN DEL JOINT VENTURE.....	96
2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA OPERACIÓN DEL JOINT VENTURE.....	114
2.4.1 Carácter contractual	115
2.4.2 Propiedad y riesgos compartidos.....	117
2.4.3 Derecho de los participantes a la gestión.....	119
2.4.5 Objetivos y plazos limitados	121
2.5 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS	121
2.6 COMPARACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS	124
2.6.1 Con la asociación en participación	125
2.6.2 Con las empresas conjuntas	129
2.6.3 Con las empresas multinacionales andinas	134
2.6.4 Con los Acuerdos de cooperación	136
2.6.5 Con las Alianzas Estratégicas	137
2.6.6 Con la sociedad por acciones	138
2.6.7 Con el consorcio	140
2.7 CLASES DE JOINT VENTURE	144
2.7.1 joint venture societario	144
2.7.2 Joint venture contractual.....	150
2.7.3 Joint venture instrumental	154
2.7.4 Joint venture operativo.....	156
2.7.5 Joint venture internacional.....	158
2.7.6 Otras clases de joint ventures	161

2.8 TIPIFICACIÓN DEL JOINT VENTURE.....	166
---	-----

CAPITULO III

EL PROCESO, NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN DEL JOINT VENTURE

3.1 EL PROCESO DEL JOINT VENTURE.....	172
3.2 NEGOCIACIÓN DEL JOINT VENTURE.....	175
3.3 CONTRATACIÓN DEL JOINT VENTURE	183
3.3.1. PROTOCOLO Y CONTRATO PRELIMINAR	185
3.3.1.1 Acuerdos de confidencialidad	189
3.3.2 EL “CONTRATO - BASE”	192
3.3.2.1 Sujetos	197
3.3.2.2 Cláusula de intención	198
3.3.2.3 Cláusula del objeto.....	198
3.3.2.4 Contribución de las partes	199
3.3.2.5 Derechos y deberes de las partes	201
3.3.2.6 Cláusula de constitución y organización de una empresa común.....	203
3.3.2.7 Cláusula de gerenciamiento o administración	230
3.3.2.8 Cláusula de definición técnica y factibilidad del proyecto.....	205
3.3.2.9 Cláusula de localización de planta	205
3.3.2.10 Cláusula de hardship	205
3.3.2.11 Cláusula de inalienabilidad	206
3.3.2.12 Otras Cláusulas usuales en los joint ventures	208
3.3.3 CONTRATOS SATÉLITES	211
3.3.3.1 Contrato de tecnología	214
3.3.3.2 Contrato de Comercialización.....	214

3.3.3.3 Contrato de gerenciamiento o administración	216
3.3.3.4 Subcontratación internacional	217
3.3.4 CONTROVERSIAS Y MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	218
3.3.4.1 Conciliación	218
3.3.4.2 Minitrial o pequeño juicio	219
3.3.4.3 Arbitraje	219
3.3.4.4 Salida del co-venturer.....	220
3.3.4.5 El compromiso o cláusula compromisoria.....	211
3.3.5 LEY APLICABLE AL CONTRATO DE JOINT VENTURE	222
3.3.5.1 Ley aplicable a la sociedad operadora.....	223
3.3.5.2 El “contrato base” y la sociedad operadora	224
3.3.6 TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE.....	226
3.3.6.1 Causales de término derivadas de su carácter contractual y de asociación	227

CAPÍTULO IV

ADMINISTRACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL JOINT VENTURE. ASPECTOS FINANCIEROS, TRIBUTARIOS Y CONTABLES. EXPERIENCIA EN LATINOAMÉRICA Y CASOS PRÁCTICOS

4.1 ÓRGANO DE GESTIÓN DEL JOINT VENTURE	228
4.2 EL PODER DE LAS PARTES EN EL JOINT VENTURE	229
4.2.1 La participación mayoritaria.....	230
4.2.2 Participación igualitaria.....	231
4.3 LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN.....	232
4.3.1 Administración de tipo contractual	232
4.3.1.1 El Operador	233
4.3.1.2 El Comité de administración	234

4.3.2 Administración de tipo societario	235
4.4 CONTROL POR PARTE DEL ESTADO.....	240
4.5 ORGANIZACIÓN DEL JOINT VENTURE	242
4.5.1 El medio ambiente	245
4.5.2 Relaciones entre las partes que intervienen en el contrato de joint venture.....	246
4.5.3 Relaciones entre las partes y la estructura común.....	247
4.5.4 Orden de la estructura común	249
4.6 ASPECTOS FINANCIEROS, TRIBUTARIOS Y CONTABLES DEL JOINT VENTURE.....	250
4.6.1 ASPECTOS FINANCIEROS	251
4.6.2 ASPECTOS TRIBUTARIOS	253
4.6.2.1 Tributos Indirectos	255
4.6.2.2 Tributos Directos.....	255
4.6.3 ASPECTOS CONTABLES	256
4.7 EXPERIENCIA EN LATINOAMÉRICA.....	257
4.7.1 ARGENTINA	257
4.7.2 BOLIVIA.....	259
4.7.3 BRASIL	259
4.7.4 COLOMBIA	262
4.7.5 COSTA RICA	264
4.7.6 CUBA	265
4.7.7 CHILE	266
4.7.8 MÉXICO	268
4.7.9 NICARAGUA	269
4.7.10 PARAGUAY	271
4.7.11 PERÚ	271

4.7.12 REPÚBLICA DOMINICANA	273
4.7.13 URUGUAY	274
4.8 CASO PRÁCTICO # 1	275
4.9 CASO PRÁCTICO # 2	

CAPÍTULO V

APLICACIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	297
5.2 CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO	308
5.3 COMENTARIO EN CUANTO AL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA L. DE COMPAÑÍAS	311
5.4 PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LA OPERACIÓN DEL J.V. EN EL ECUADOR	313
5.5 OTRAS LEYES QUE POSIBILITAN LA APLICACIÓN DEL J.V. EN NUESTRO PAÍS	317
5.6 REFERENCIA AL JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA ...	318
 CONCLUSIONES	 322
RECOMENDACIONES	326
BIBLIOGRAFÍA	328

INTRODUCCIÓN

El Contrato de Joint Venture y las Alianzas Estratégicas constituyen, correspondientemente un contrato mercantil moderno y una forma estratégica empresarial muy aplicable y útil para el desempeño y desarrollo de los negocios en la actualidad en un mundo globalizado. Existen muchas legislaciones a nivel mundial sin importar sus fuentes de origen que buscan la manera de flexibilizar sus leyes y permitir incorporación de este tipo de figuras que ayuden a fomentar la Inversión Nacional y Extranjera en sus países, en búsqueda de un crecimiento económico y un prospero futuro.

El problema radica en las legislaciones que por una u otra razón, comúnmente por razones políticas internas, se han quedado atrás en la evolución de sus leyes y no han buscado ni han permitido que mediante la flexibilización de su ordenamiento jurídico interno, se mire hacia el futuro de su población con solvencia y solidez.

El Contrato de Joint Venture y Las Alianzas Estratégicas no son la única solución al la problemática planteada, pero si son un aporte muy importante para toda aquella entidad que busque la inversión o la colaboración nacional, extranjera, pública o privada a través de una herramienta legal y económica que motive su crecimiento su desarrollo. Por lo expuesto queremos plantear un análisis profundo de lo es el Contrato de Joint Venture y Las Alianzas Estratégicas, y lo que estas figuras implican en

los negocios modernos, así como la posibilidad de su aplicación en la Legislación Ecuatoriana.

Pretendemos plantear con este tema ¿si en la actualidad la Ley debe evolucionar al ritmo que evolucionan los negocios?, es decir ¿las legislaciones deben aportar jurídicamente con herramientas que permitan el desarrollo económico de los países?. Luego de tener una respuesta a estos planteamientos, debemos preguntarnos si los contratos mercantiles modernos son una solución a las negociaciones en un mundo globalizado y si esto es así, cabe decir si el Contrato de Joint Venture y las Alianzas Estratégicas son una herramienta importante para lo planteado.

Mí hipótesis se basa en buscar alternativas y soluciones legales a los negocios a través de los contratos mercantiles modernos, y plantear la aplicabilidad de uno de estos, específicamente el de Joint Venture, en nuestro ordenamiento jurídico en base a un fundamento que muestre beneficios y seguridad jurídica para las partes, y que sea plenamente compatible a nuestro sistema legal.

Por tanto nos preguntamos, ¿son los Contratos de Joint Venture y Las Alianzas Estratégicas una herramienta jurídica y económica útil para nuestra legislación?

Yo pienso que sí, y en esta tesis trataré de demostrarlo.....

CAPÍTULO I

1.1 LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS

Consideraciones Generales

Es muy importante realizar ciertas consideraciones terminológicas sobre las relaciones que tienen las palabras “Alianzas Estratégicas”, “Joint Ventures o cooperación entre empresas para poder entender las diferencias y similitudes que puedan tener estas figuras jurídicas.

Debemos empezar relacionando al Joint Venture y la “Cooperación empresarial”, diferenciándolas mencionando que lo que las une es la especie y el género, por cuanto es necesario distinguir varias formas de cooperación entre empresas, que no constituyen necesariamente un Joint Venture.

Por otra parte el término “Alianza Estratégica”, aparentemente parece provenir del área económica, como una forma de cooperación empresarial instrumentada en un Joint Venture, o simplemente como una forma de libre asociación, comúnmente involucrando en el ámbito internacional empresas que compiten entre sí.

- a) Estos términos similares, no siempre han tenido definiciones jurídicas, sino más bien se les ha dado un carácter económico, incluyendo

además ciertos tipos de asociaciones, generalizando estos términos en lugar de individualizarlos.

1.1.1 Cuestiones Terminológicas y Formas Típicas.

A continuación podemos analizar una clasificación de acuerdos de cooperación que menciona un distinguido autor holandés¹.

- a) Acuerdos de cooperación
- b) La participación conjunta en una empresa recién establecida (equity joint venture)
- c) El joint venture contractual
- d) Proyectos internacionales onerosos de investigación y de desarrollo
- e) Ciertas formas de fusión

Debemos mencionar que las clasificaciones mencionadas en los literales a y d, tienden a confundirse normalmente desde el punto de vista jurídico.

Podemos encontrar otra clasificación que hace el autor holandés KUIPER²:

¹ RAAYMAKERS, Joint Ventures, p. 1 y siguientes. Citado por: MARZORATI, Osvaldo J. Alianzas estratégicas y joint ventures. p. 4

² KUIPER, East-West Joint Ventures, p.4. Citado por: OSVALDO J. MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit p. 5.

- Acuerdos de cooperación sin asociación de empresas
- Asociaciones parciales entre empresas
- Asociaciones integrales entre empresas (fusiones)

En esta primera clasificación se caracterizan a formas de cooperación basadas en el compromiso que hacen las dos partes en realizar contribuciones de tipo específico tales como: bienes, servicios, financiación; destinadas a proyectos específicos, en los cuales existe una continuidad con respecto a la relación a través de varias transacciones, en las que una y otra parte reciben beneficios durante un cierto plazo, sin que se haya constituido una empresa conjunta.

En las clasificaciones anteriores los autores holandeses han tratado de incluir la mayor cantidad de figuras posibles, dentro de las cuales incorporas a las figuras del franchising y el otorgamiento de licencias como formas de cooperación, basándose en que el franchising supone una concesión comercial de comercialización que se refiere a la fabricación de productos con licencia, acuerdos de distribución o a licencias contractuales en las que el franquiciado recibe del franquiciante todo la ayuda en cuanto se refiere al asesoramiento y asistencia continua para este tipo de negocio. Lo que se conoce como transferencia de know how en muchos casos.

Para el desarrollo de este negocio, a través del **franchising** y el **know how**, se otorga un nombre y se brindan todas las técnicas y métodos para lograr la estandarización de la franquicia en la cual se vaya a invertir, claro

esta que el franquiciado es el llamado a invertir con su propio capital y recursos y debe adherirse a las cláusulas que el franquiciante determine.

Por otra parte las licencias son acuerdos mediante los cuales el licenciante transfiere un derecho que es el de usar su tecnología de fabricación, de marcas, de propiedad industrial o lo que es simplemente su asistencia técnica para la prestación de servicios o para la fabricación de bienes.

Debemos entonces aclarar que la diferencia fundamental entre el franchising y el contrato de licencia es el derecho que se transfiere en la licencia para el uso de la misma para determinado fin, como puede ser el de usar la marca del licenciante. En cambio en el contrato de franquicia existe el interés continuo y la duplicación del negocio ajeno otorgado al franquiciado a través de un método y un nombre comercial mediante un precio.

Haciendo estas comparaciones se piensa que si bien el franchising es una forma de cooperación interempresaria, no es una empresa conjunta. En cuanto a las licencias se cree que no forman una asociación cooperativa, ya que los conocimientos que se transfieren son solamente para el licenciado, y no para ambas partes como sucede en la cooperación.

En opinión de varios autores, las licencias y las franquicias pueden ser elementos decisivos para constituir un joint venture, ya que por una parte en las licencias, el titular de la misma y el inversionista pueden formar un

negocio jurídico en el cual el titular de la licencia invierte conjuntamente con el licenciado. En el franchising que es un contrato de colaboración, el franquiciado pertenece a una red de franquicias que ha contribuido al crecimiento del franquiciante sin que éste se haya asociado con los franquiciados, pero que bien podría invertir conjuntamente con estos y propiciar la formación de asociaciones de cooperación o de *joint ventures*.

Según la doctrina del holandés Kuiper³ clasifica la cooperación empresaria de la siguiente manera:

“Buy Back Agreements”.

Los Buy Back Agreements comprenden todos los tipos de cooperación industrial en los cuales no se paga un precio por la instalación de una planta o de una línea de producción, sino que se lo hace a través materias primas o productos terminados. Los Buy Back Agreements comprenden además de la construcción de una planta por ejemplo de Energía Eléctrica, todo lo referente a la asesoría técnica para su operación, capacitación del personal, transferencia de tecnología, intercambio de información y cuando se han puesto de acuerdo se realiza la comercialización conjunta. En el ejemplo de la Planta de Energía Eléctrica, el pago de esta construcción, se efectuaría mediante la entrega de energía eléctrica al constructor por un plazo determinado, de esta manera el pago de la producción eléctrica permitirá al constructor financie su obra mediante un

³ KUIPER, East.West Joint Ventures, p 6. Citado por: MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. 7

“Project Financing”⁴

“Acuerdos de Cooperación y Comercialización”

Estos acuerdos tienen muchas formas para ser realizados, pueden comprender desde una subcontratación, coproducción, hasta una especialización. Debemos comentar que la especialización involucra disposiciones de cooperación relativas a la comercialización, investigación y desarrollo.

Podemos ver que las formas de cooperación encuentran similitud con las licencias de fabricación principalmente por proporcionar el know how y el asesoramiento técnico por parte del comitente y la posterior entrega del producto terminado por parte del contratista.

La coproducción determina que empresa se hace cargo de la fabricación y el ensamblado del producto final y como se distribuye la producción entre las empresas que participan.

En el acuerdo de especialización la característica principal es que cada empresa participante produce determinada línea de productos o solamente asesoramientos de mercadeo para un fabricante; también ocurre

⁴ Project Financing, seminario sobre aspectos de Project Financing organizado por el Banco de Santander, Santiago de Chile, 1994. Citado por: MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. 7

que una de las partes realiza la investigación o el desarrollo, y otra empresa fabrica y comercializa.

Estos contratos normalmente luego se complementan con diversas formas de logística y concluyen luego en empresas conjuntas, *joint ventures* e incluso fusiones.

“La Cooperación de Proyectos

La Cooperación de Proyectos se presenta en lo que se conoce como una forma conjunta de desarrollar un proyecto, normalmente en el área de la construcción diques, caminos, plantas de energía entre diferentes empresas que forman alianzas eventuales para una obra específica, participando por lo general una empresa del país donde se efectúe la obra, y otros u otros que proveen servicios o bienes de otro estado.

Éste tipo de acuerdos en los cuales participan varios países y algunos de ellos actúan como terceros, pueden dar origen a un ***joint venture contractual***, con una empresa que lidere el proyecto y coordine las actividades del resto de empresas que coparticipen. Podemos mencionar un ejemplo fallido de un acuerdo de cooperación de proyectos en el que participaron varios países en la construcción de una planta de metanol en Tierra de Fuego.

En Europa a estas formas de cooperación las llaman emprendimientos conjuntos, sobre los cuales existe legislación.

“Pooling Agreements” (Participación en resultados o en costos)

Estos acuerdos de participación pueden ser en costos (***cost sharing agreements***), en las utilidades o en las pérdidas de las empresas (***profit pooling agreements***), se establecen entre empresas independientes, que por ejemplo distribuyen determinado producto o lo fabrican por medio de una de ellas, pero lo financian mutuamente.

Características Comunes entre estos acuerdos:

En las figuras que hemos analizado existe un fin específico y una cierta relación de continuidad entre quienes participan, y si no se toma en cuenta el profit pooling o los acuerdos de distribución de los beneficios por obras o emprendimientos comunes, se concluye que no se presenta ninguna clase de participación en las utilidades de las empresas que participan, es decir en ningún caso se presenta una empresa conjunta, ya que cada parte participa individualmente en sus tareas.

Es importante enfatizar que un acuerdo de cooperación consiste en una o varias relaciones de carácter contractual en donde las partes realizan aportes específicos para fines determinados en donde existe de alguna forma una continuidad pero sin establecerse una empresa conjunta ni

tampoco disposiciones de carácter expreso en cuanto a como compartir utilidades y riesgos.

Resulta muy conveniente diferenciar en este punto a estos acuerdos de los *equity* y *non equity joint ventures*, manifestando las siguientes características⁵:

- Como primera característica encontramos que los acuerdos de cooperación no constituyen entidades legales, por esta razón las partes involucradas se mantienen independientes legal y económicamente hablando.
- Estos acuerdos son muy limitados en lo que se refiere a las actividades y funciones que se pueden realizar, ya que generalmente abarca un solo aspecto de la empresa.
- Por último la cooperación se refiere a la producción o una actividad en común.

Lo que a simple vista es muy similar al *joint venture*, pero existen diferencias en cuanto a que este último persigue la realización de un proyecto y además se instrumenta a través de un contrato, el cual puede o no crear un nuevo sujeto de derecho, mientras que en muchas asociaciones de cooperación el instrumento es puramente económico.

⁵ KUIPER, East-west joint ventures, p. 10. Citado por MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 10

1.2 LA ASOCIACIÓN PARCIAL DE EMPRESAS

Los acuerdos de cooperación entre empresas pueden dar lugar a la formación de un *joint venture*, si las características anteriores se reúnen en un proyecto determinado.

En la práctica lo antes mencionado nos muestra que el *joint venture* puede o no dar lugar al nacimiento de un ente legal autónomo, por lo que realmente lo que se crea es un ***contractual joint venture o joint venture contractual***, que de todas formas constituye una empresa destinada a un proyecto determinado.

Vemos entonces que existe una diferencia entre la cooperación empresarial y un *joint venture* contractual, cuando existe una asociación parcial entre empresas en el área económica, sin constituir un sujeto de derecho.

Este concepto resulta aun más abstracto por la inexistencia de una legislación común o siquiera de legislación específica en muchas jurisdicciones⁶.

El autor VAH HILTEN, expresa que es necesario considerar algunos aspectos específicos tales como la nacionalidad de las partes que

⁶ Conf. ASTOLOF, El contrato internacional de *joint venture*, RDCO, 1981-644; el autor afirma que “en la práctica la expresión *joint venture* es comúnmente utilizada para ilustrar acuerdos de colaboración internacional, prescindiendo de la modalidad de realización de ellos”. Citado por: MARZORATI, Osvaldo J.

intervienen en el proyecto, el domicilio de la empresa objeto del mismo, cuantas empresas forman parte de esto, y la naturaleza de las contribuciones de las partes.

Otro autor llamado FRIEDMANN define en la década de los 50 al término internacional *joint ventures*, como un mecanismo idóneo para crear cierto tipo de relaciones entre los países desarrollados y los países subdesarrollados.

Este concepto fue sinónimo del vehículo preferido por los países en desarrollo para canalizar las inversiones de capital extranjero y permitir así el acceso de capitales y técnicos locales para su capacitación en tecnologías que, de otra manera, no estaban disponibles para los llamados países del tercer mundo⁷.

Si nos referimos a los *joint ventures* como formas de asociación parcial que al crearse no dan lugar al nacimiento de un sujeto de derecho, es necesario analizar las características de una empresa o sujeto de derecho para tener un criterio que diferencie entre lo que es una forma de cooperación y una asociación parcial sin personería jurídica.

En la práctica se puede ver que cuando existe una cooperación empresaria es debido a varias razones, entre las más comunes pueden ser

⁷ FRIEDMANN – KALMANOFF, *Joint international business ventures*, p 1.

comerciales o industriales, y por otra parte cuando se crea una asociación parcial se debe a razones políticas y fiscales en su mayoría.

Podemos decir con el criterio de estos conceptos, que la suma de algunos factores tales como los aportes específicos, la forma de distribución de riegos y las utilidades, la existencia de una administración o un *management*, o una administración central, son criterios muy valiosos para diferenciar a una asociación parcial de una forma de cooperación industrial, cuando en los términos societarios de algunas legislaciones, no existe un sujeto de derecho. En la asociación parcial de empresas se pueden encontrar entidades que terminan en fusiones por consecuencia de escisión o división de ciertos negocios diferentes.

En la clásica obra de FRIEDMANN Y KALMANOFF⁸ se destaca que un *joint venture* se diferencia de cualquier otra forma de colaboración por la existencia de una asociación y una colaboración por un período de tiempo más que transitorio.

La terminología que hemos analizado, en el contexto internacional es difícil definirla de una sola manera, ya que las diferentes jurisdicciones la pueden enfocar de distintas formas, por lo que se hace necesario tratar de esclarecer las dudas con respecto a las terminologías enunciadas, para lo cual empezaremos planteando los siguientes puntos:

⁸ FRIEDMANN – KALMANOFF, *Joint international business ventures*

- Hemos visto algunos acuerdos de colaboración o cooperación entre empresas que intentaremos identificarlas dentro de las legislaciones europeas y americana.
- Los acuerdos de colaboración examinados precedentemente generan formas asociativas, sin constituir una sociedad distinguiéndose de la cooperación empresaria que ya hemos mencionado.

Se pretende comprobar que estos contratos, que originalmente se los ha denominado “*parciarios*”, son aquellos a los que la doctrina americana los ha llamado *unincorporated joint ventures*, los cuales no crean un sujeto de derecho, de la misma manera que no lo hace en la legislación argentina la unión transitoria de empresas (UTE).

- En determinadas empresas existen asociaciones parciales que por razones múltiples, tales como políticas, fiscales, entre otras, necesitan crear un sujeto de derecho, que la doctrina denomina *equity joint ventures*, aunque cabe decir que estas no siempre estarán formadas por capital únicamente.
- En la práctica podemos encontrar, tanto en la normativa europea como en la americana las denominadas empresas conjuntas, que son discutidas como formas de concentración empresaria, y que se las debe clasificar de acuerdo a los criterios que hemos venido analizando.
- Podemos encontrar en la doctrina y en la práctica la expresión que recibe el nombre de “*alianzas estratégicas*”, la cual designa las formas

asociativas de cooperación interempresaria, por lo que es importante una categorización jurídica para su formulación.

1.3 LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS

Éstas han sido definidas como una relación bilateral o multilateral caracterizada por el compromiso de dos o más firmas asociadas en un objetivo común.

Es importante comentar que en estos convenios siempre existe tecnología de punta, como por ejemplo la alianza que se hizo entre las empresas Honeywell y NEC, dependía de la tecnología de Honeywell.⁹

Las alianzas estratégicas siempre están ligadas a múltiples acuerdos entre los cuales tenemos:

- Acuerdos sobre Tecnología
- Investigación y desarrollo conjuntos
- Compartir activos complementarios.¹⁰

En la práctica cuando encontramos un proyecto que ha sido codesarrollado entre empresas, es necesario definir acuerdos de confidencialidad en cuanto a la tecnología que se va a usar, determinar los

⁹ “Japan Economy Journal 25/10/83, p. 10 y ATTIK, International strategic alliances, “University of Pennsylvania. Journal of International Business Law, 1993, v. 14 no 3, p. 2. Citado por: MARZORATI, Osvaldo. J. p.

¹⁰ OSVALDO J. MARZORATI. Ob .cit p. 14.

alcances del proyecto y en que lugar se lo va a efectuar, los bienes que cada empresa aportará, quién estará a cargo de la fabricación, y de la distribución, etc.

Estas alianzas según ATTIK, pueden ser distinguidas de ciertos *joint ventures*, en cuanto a que no involucran la formación y la copropiedad de una firma separada, que explota la tecnología compartida.

Así, una firma que participa en una alianza estratégica internacional suministrará innovación técnica y también capital o management, mientras que la segunda contribuirá con otros activos, como capital, canales de distribución o servicios.¹¹

Este autor pone algunos ejemplos que creemos son muy necesario citarlos para tener una mejor comprensión en el desarrollo de las alianzas estratégicas.

En el primero ejemplo pone a las empresas *ATT* y *Olivetti*, cuando celebraron, a fines de 1993, una alianza estratégica por la cual *ATT* compró el 25% de *Olivetti* y esto le permitió utilizar la red de distribución de *Olivetti* para colocar sus computadoras en Europa; a su vez se comprometió a distribuir productos de *Olivetti* en los Estados Unidos de América.

¹¹ Conf. VILLENEUVE – KAUFMAN, citado por ATTIK, *International strategic alliances*, University of Pennsylvania. *Journal of International Business Law*”, 1993, vol.14, no 41 p. 281. Citado por: MARZORATI, Osvaldo. J. Ob. cit. p. 16

La alianza involucraba también el desarrollo conjunto de productos, la licencia recíproca de cierto hardware. Resulta que de la explicación de la operación entre ATT – Olivetti que la Alianza Estratégica Internacional, carece de personería jurídica y se basa en un contrato en el que cada parte retiene su independencia , aunque pueda participar en el capital de la segunda, pero siempre con carácter minoritario.

Otro ejemplo citado por ATTIK es el de *Daimler Benz Motoren* que realizó una alianza estratégica con el fabricante de motores **Pratt & Whitney**, creando un cuerpo ejecutivo denominado Junta Ejecutiva Asesora para administrar y monitorear el desarrollo del programa conjunto, sin que ello signifique la creación de una sociedad independiente.¹²

La doctrina internacional explica que el objetivo de las alianzas estratégicas puede variar de acuerdo a la clase de negocio o la tecnología implicada, pero como característica común encontramos que ciertos requisitos están siempre presentes, entre los cuales podemos mencionar el de compartir riesgos, capital, investigación o desarrollo de productos, acceso a tecnología y know how, acceso a canales de distribución o bases de clientes, acceso a capacidad de fabricación, prevención de la competencia o a la formación de entes con vistas a futuros acuerdos.¹³, los cuales forman una base más firme que la simple cooperación empresarial.

¹² ATTIK, International strategic alliances. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 16.

¹³ CROMPTON, Cooperation, collaboration and coalition, "Antitrust Law Journal", 1993, no 861, p 883; KENICHI, The global logic of strategic alliances, "Harvard Business Review", mar – abr. 1989, p. 143 a 154; VILLENEUVE – KAUFMAN, Creating successful technology – based

De esta manera, una empresa innovadora puede efectuar varias alianzas y firmas bien establecidas, con el fin de acceder a modernas tecnologías incluso de empresas más pequeñas, lo que hace que generalmente empresas que son de la competencia pasen a ser socias en el desarrollo de nuevos productos o nuevas tecnologías, sea esto de manera directa o a través de otras alianzas, beneficiándose mediante un filtro, en cuanto a la confidencialidad sobre las ventajas tecnológicas.

Los autores mencionados están de acuerdo en que estas alianzas estratégicas internacionales no requieren de la creación de una sociedad depositaria de la tecnología, la información o el producto, diferenciándose de esta forma de los tradicionales *corporate joint ventures*.

Respecto a esto VILLENEUVE y KAUFMAN¹⁴ comentan lo siguiente: “La mayor parte de estas alianzas estratégicas se plasman en la forma de una pura relación contractual, ocasionalmente puede ser ventajoso crear una sociedad formal o una entidad separada por razones impositivas o de contabilidad o de limitación de responsabilidad.

Como un ejemplo a lo dicho, tenemos el de empresas gigantes como Walt Disney y CNN, y CBS o Microsoft, las cuales combinan sus propias

corporate partnering arrangements, “Computer Law Review”, no 10, 1992, nota 7. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 16.

¹⁴ VILLENEUVE – KAUFMAN, citados por ATTIK, International strategic alliances, “University of Pennsylvania. Journal of International Business Law”, 1993, vol. 14, no 3, p. 278. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 16.

especialidades en la creación de nuevos emprendimientos. Es necesario decir que los autores citados anteriormente, opinan que a veces estos emprendimientos por separado causan más problemas de los que se resuelven.

Por otra parte a más de la investigación y el desarrollo ya comentados como formas de alianzas, existen otros dos módulos o clases muy conocidas, que son el ***joint production relation*** y la ***de joint distributor relationship***.

La primera forma hace referencia a la transferencia de tecnología confidencial a otra empresa, para que ésta fabrique determinados productos en otro mercado, lo que implica que esta segunda firma aproveche el know how que se la ha transferido, así también la empresa licenciante generalmente hace inversiones de capital en la empresa a la cual ha otorgado la licencia.

En cuanto a la segunda forma, es aquella en la cual existe un convenio para la distribución de los productos de la primera empresa, con una cláusula de reciprocidad que se refiere a que los productos fabricados por la empresa que va hacer la distribución sean también comercializados por el concedente.

En resumen, decimos que una alianza estratégica se manifiesta cuando existe una suma de compromisos, que van más allá de una

distribución exclusiva o una licencia, siendo estos elementos el nexo para el desarrollo de este convenio. En la práctica estos contratos se han desarrollado entre firmas japonesas, europeas y estadounidenses siendo sus características principales las siguientes:

- La empresa licenciante estadounidense otorga una licencia a una firma japonesa.
- La empresa japonesa inyecta capital y servicios de distribución para desarrollar eficientemente la tecnología en su mercado.
- Se crea una compleja estructura contractual, sin que se haya creado ningún sujeto de derecho, en donde ambas firmas coordinan sus esfuerzos en el proyecto, y se benefician de los resultados.

Ocurre que estos casos son difíciles de ejecutar ya que en ciertos sistemas nacionales existe una tendencia a no acudir a los tribunales para asegurar el cumplimiento o la cooperación, sin embargo se han presentado casos en los que se ha recurrido a los tribunales para exigir a un *partner* el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y la prohibición de realizar un contrato con un tercero.

Como un ejemplo a lo mencionado, podemos citar el caso de “General Electric”, cuando esta firma obtuvo una medida precautoria para impedir que MTU, su socio en la alianza, celebrara otra alianza, con Pratt & Whitney¹⁵.

¹⁵ Artículo titulado originalmente “Judge Pratt blocks Pratt venture with German firm”. Juris. Commerce, may 1990, citado por ATTIK, International strategic alliances, “University of

Los autores que hemos citado, al hablar de joint ventures y alianzas estratégicas, diferencian a estas dos, en cuanto a que en el equity joint venture existe sociedad independiente, con personería jurídica, encargada de la producción, y en la que las empresas *partner* son quienes participan en su administración. Además las alianzas estratégicas son un término económico que se materializan por medio de un contrato de cooperación determinado, mientras que el *joint venture* es un término contractual que establece su propia forma.

Sobre este punto es necesario decir que a más de los *equity joint ventures*, la doctrina establece también la existencia de los *unincorporated joint ventures*, diferenciándolos de las alianzas estratégicas, como lo veremos más adelante.

Al respecto el autor HENNART, hace referencia a un método que lo ha denominado “método de los costos transaccionales”, para distinguir a los *joint ventures*, de las alianzas estratégicas. Ésta teoría fue desarrollada por un autor llamado WILLIAMSON.¹⁶

HENNART comenta que las alianzas estratégicas son un híbrido y que también lo son los joint ventures, así también la administración de

Pennsylvania, Journal of International Business Law”, 1993, vol. 14, no 3, p. 274. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 18

¹⁶ WILLIAMSON, The economic institution of capitalism, p. 16, nota 42. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 19.

ambas constituyen un híbrido ya parten de una negociación y no de un orden jerárquico como lo es el contexto normal de las empresas.

Las transacciones que se efectúan en los diferentes mercados, producen pérdidas transaccionales. El principio de minimizar éstos costos transaccionales fomenta la creación de las alianzas estratégicas, que sin duda tienen ventajas sobre la utilización de una sola empresa y también sobre el cambio que pueda producirse en el mercado.

La empresa es vista por WILLIAMSON como una de una serie posible de relaciones institucionales estructuradas para reducir los riesgos negociales, agregando que las empresas y los contratos complejos existen como respuestas al “oportunismo”, que constituye una tendencia del comportamiento humano que surge en cierto número de limitadas condiciones que denomina *bounded rationality* y que explica como una presunción en virtud de la cual los humanos y sus instituciones buscan maximizar lo racional, sujeto a ciertos límites cognoscitivos. Esos límites quedan excedidos en la presencia de situaciones complejas e inciertas.¹⁷

Existen varios riesgos a los cuales las empresas se pueden enfrentar constantemente en el mercado, riesgos que pueden llevar al fracaso de un negocio. Las partes cuando han celebrado un contrato no pueden anticiparse a todas las situaciones que se pudieren originar, ni tampoco

¹⁷ WILLIAMSON, The economic institution of capitalism, p. 16, nota 42. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 19.

pueden saber cuales serán las estrategias que realizarán una de las partes, posteriormente a la firma del contrato.

Vemos que para evitar la pérdida de lo que WILLIAMSON llama bounded rationality en contratos de largo plazo, es mejor constituir empresas, en las que los éstos problemas se resuelvan dentro de una organización jerárquica.

Este mismo autor hace una segunda presunción, aduciendo que el ser humano actúa con oportunismo, siendo así la condición en la que los seres humanos nos apartamos de las reglas, promoviendo de ésta manera la incertidumbre en las relaciones institucionales.

Se dice entonces que las transacciones internacionales pueden generar este oportunismo, ya que las partes estando a la distancia, miden sus rendimientos de manera menos directa, presentándose la posibilidad del fracaso de una alianza. De igual manera se producen fracasos en las alianzas por razones de suministro de información, especialmente cuando se trata de suministro de información tecnológica, que lleva a fracasar en las operaciones.

Según vemos la teoría de los costos transaccionales o la de su minimización, explica el por qué las empresas prefieren formar un híbrido de coparticipación, en lugar de recurrir a las figuras societarias de la fusión o la adquisición de una empresa.

Esta circunstancia se puede presentar siempre y cuando los dos mercados en las que se desarrolla cada parte se encuentren en una situación precaria, ya que si el fracaso del negocio se ha dado solamente en uno de los mercados, seto se puede remediar mediante una adquisición de la empresa en problemas o bien mediante una fusión con la empresa líder.

WILLIAMSON afirma que el conocimiento que se necesita para explotar una determinada tecnología es de difícil transferencia, llevando esto al fracaso del mercado, convirtiéndose en un costo transaccional alto.

Por otra parte el autor HENNART dice que ambas figuras, son híbridos organizacionales, pero cuentan con estructuras muy diferentes¹⁸. Este autor ve al *joint venture* como una organización jerárquica, lo que supone una entidad independiente frente a una alianza, en la que no existe tal entidad.

Existen razones parecidas para que se constituyan estas dos figuras, las cuales mencionamos en los literales a continuación:

- Acceder a economías de escala
- Salvar barreras de ingreso
- Complementar y unir conocimientos
- Protegerse de acciones xenofóbicas¹⁹.

¹⁸ HENNART, The theory of transaction costs of the joint ventures, p. 483. Citado por MARZORATI, Osvaldo J. Ob. Cit. p. 21

¹⁹ MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. p 21.

Dice éste autor que los técnicos son los que adquieren un alto conocimiento, que no puede ser transferido sin que se transfiera personal específico, por lo que cuando se trata de excesiva información el costo transaccional es alto y ese tipo de emprendimientos se tienen el riesgo de fracasar. De la misma forma, el desarrollo de un proyecto de distribución supone una inversión inicial a más del conocimiento del mercado local y tiene un alto costo transaccional. Por lo tanto vemos que cuando el mercado de distribución, así como el mercado tecnológico fallan por consecuencia de los altos costos transaccionales y la empresa se caracteriza por tener una estructura jerárquica, se puede prever la necesidad de una alianza. En conclusión el *joint venture institucional* se utiliza cuando el riesgo de fracasar se produce en un solo mercado, en cambio cuando el riesgo se produce en dos mercados se utiliza la alianza.

Jurídicamente esta última conceptualización no es del todo eficaz, más bien tiene un sentido más económico y hasta sociológico. Para que una alianza sea positiva y pueda llevar adelante a los negocios que abarca, es imprescindible que exista un campo amplio de cooperación y coordinación, es necesario recordar que una de las características principales de la alianza, es aquella que suprime parcial o totalmente la competencia entre las empresas que participan.

En los Estados Unidos de América existe un debate sobre si los pretendidos beneficios competitivos de las alianzas estratégicas superan los alegados daños a la competencia²⁰.

También el autor PITOFISKY, sostiene que las alianzas entre competidores importantes constituyen per se una violación de las leyes americanas *antitrust*²¹.

Las alianzas estratégicas internacionales no gozan de la característica de la permanencia, por lo que son más sensibles a fracasar que una unidad integrada.

Las empresas que se retiran de determinados mercados o actividades, lo hacen entre otras cosas porque sus proyecciones financieras no satisfacen sus expectativas frente al riesgo que representan esos mercados. En cambio una alianza se disuelve cuando una de las partes involucradas se retira porque sus proyecciones financieras no cumplen sus expectativas en determinado mercado, aún cuando la actividad de la alianza produzca utilidad.

Por esta razón las empresas entran en alianzas cuando existe un riesgo mínimo de fracaso, o cuando estas afrontan el mismo de una manera tolerable.

²⁰ Conf. KATTAN, Antitrust analysis of technological ventures, "Antitrust Law Journal", 1993, no 61, p.937. Citado MARZORATI, Osvaldo. J. Ob.cit. p. 22

²¹ PITOFISKY, An Antitrust analysis of joint venture. Citado MARZORATI, Osvaldo. J. Ob.cit. p. 22

Podemos encontrar otra característica importante de las alianzas estratégicas en el ámbito internacional, la cual permiten unir esfuerzos entre empresas competidoras en varios mercados, que a diferencia de los *joint ventures* tradicionales buscan diversos socios para realizar un proyecto, primero con el fin de encontrar el aporte de los recursos propios y segundo en función de sus especializaciones, pero muy ocasionalmente buscan socios que compiten. Por ejemplo en los *joint ventures* una empresa para realizar una construcción de un “dique”, se asociará con una empresa constructora, una proveedora de equipos, un banco de inversión, es decir juntan esfuerzos con empresas especializadas en áreas necesarias para el desarrollo del proyecto, en cambio las alianzas estratégicas internacionales para desarrollar un nuevo mercado en Asia por ejemplo, es normal que se unan dos grandes empresas competidoras para este efecto, siendo los socios una trading japonesa y el otro socio un conglomerado americano.

Estas diferencias muy puntuales en cuanto a las alianzas estratégicas y los *joint ventures*, según autores, son más específicas que lo que HENNART justifica a través de la teoría de los costos transaccionales.

Esta distinción que hace la doctrina internacional no parece tener un sólido fundamento jurídico para evidenciar una diferenciación entre formas asociativas, aunque de *lege lata*²², pueda servir para describir sus características.

²² OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 23.

Continuando los enunciados de esta doctrina internacional podemos hacer una distinción entre las formas asociativas mencionadas:

- Alianzas estratégicas, son uniones de colaboración que se basan en contratos con el fin de desarrollar nuevos proyectos para mercados potenciales y objetivos, entre empresas que compiten entre sí por motivos de costo y oportunidad. No es necesario crear sujetos de derecho independientes a las partes, por lo que es imprescindible establecer mecanismos conjuntos contractuales en lo referente a la administración y el desarrollo de un proyecto específico. En importante mencionar que no existe una empresa común.
- “*Joint ventures*”, son aquellos contratos de colaboración que se basan en la formulación de nuevos proyectos. Se pueden crear sociedades independientes (*equity joint ventures*) o simplemente realizarse *joint ventures contractuales*, lo que quiere decir que al igual que en las alianzas estratégicas el contrato debe incorporar la creación, gestión y disolución del *joint venture*, podemos decir en sentido económico que este contrato conforma una empresa común.
- Cooperación empresarial son contratos atípicos tales como buy back, investigación conjunta, *pooling agreements*, contratos de especialización, en los cuales no se constituye un sujeto de derecho y tampoco alcanzan a conformar una alianza estratégica o un *joint venture*. Las empresas que intervienen no crean mecanismos de gestión comunes como los que se han señalado anteriormente para el

manejo de las alianzas o los *joint venture*, sino que más bien se mantienen completamente independientes.

1.4 LA COOPERACIÓN ENTRE EMPRESAS

CONCEPTO

Como hemos visto, la característica de las alianzas estratégicas indica generalmente la inexistencia de la creación de una persona jurídica y en cambio, acentúa la asociación contractual debida a la existencia de empresas competitivas entre sí, y otras apreciaciones económicas que la pretenden diferenciar de los *joint ventures* como relaciones contractuales asociativas de empresas que no compiten entre sí²³.

El Doctor Osvaldo J. Marzorati comenta en su libro “Alianzas Estratégicas y Joint Ventures” que los autores europeos preferentemente hablan de empresas conjuntas o cooperación entre empresas, por lo que es preciso comentar sobre si el género empresa conjunta dentro de la especie cooperación empresaria responde al mismo criterio.

Suscribimos el pensamiento de JACQUEMIN, quien afirma que la cooperación entre empresas es un aspecto importante de una temática más

²³ OSVALDO J. MARZORATI. Alianzas Estratégicas y joint ventures. p. 32.

general, los modos de interacción de los actores individuales o colectivos en el seno de una organización dada²⁴ .

En ellos se reconocen dos tipos de sistemas y relaciones bien contrastadas: por una parte, los comportamientos competitivos basados sobre la rivalidad y el conflicto; y por otra parte, los comportamientos fundados sobre la concertación y la acción colectiva²⁵ .

Es inherente que las características nacionales, el grado de desarrollo, el tipo de cultura y las tradiciones influyen, no solamente en lo que respecta a la importancia de la cooperación sino también en las formas que ella presenta.

Así la fusión es una forma extrema de cooperación. Por otra parte la cooperación puede darse de una forma tácita, con relación a la conducta de los propios interesados, esto se daría en base a que los interesados consideren que las represalias que podrían recibir en caso de producirse un comportamiento empresarial agresivo serían más graves que las posibles ventajas que se podrían dar de un tal comportamiento en el corto plazo.

²⁴ JACQUEMIN – REMICHE, *Cooperation entre les entreprises. Entreprises conjointes, strategie industrielles et pouvoirs publics*, p. 87. Citado por : MARZORATI, Osvaldo J. Ob. Cit. p. 32

²⁵ Conf. JACQUEMIN – REMICHE, *Cooperation entre les entreprises. Entreprises conjointes, strategie industrielles et pouvoirs publics*, p. 18. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 32.

Dentro de este ámbito se mueve el universo de las posibles formas de cooperación que afectan intereses públicos o privados. Es importante tocar este concepto ya que las empresas al cooperar y formar empresas conjuntas u otras formas de cooperación, tales comportamientos tienen efectos públicos que se expresan en forma de beneficios y costos para los Estados, y especialmente para aquellos Estados de menor desarrollo, cuyas políticas afectan.

Se debe destacar que en este contexto es inexcusable considerar la fusión en sus diferentes manifestaciones como forma de cooperación, particularmente, cuando dos empresas competidoras efectúan fusiones por división de parte de sus actividades, para conformar una tercera empresa de propiedad conjunta²⁶.

Se ha aceptado que como un elemento distintivo de la alianza estratégica es la concertación entre empresas que compiten entre sí, sin la creación de un nuevo sujeto de derecho. Pero en la fusión por consolidación se constituye una nueva empresa. Por lo tanto debemos hacer la siguiente pregunta: ¿constituye tal fusión una alianza estratégica en conformidad con los criterios vertidos anteriormente?

Si se acepta el principio de que las alianzas estratégicas normalmente están conformadas entre empresas competidoras, entonces se debe aceptar la noción de que una forma especial no contractual de una alianza

²⁶ OSVALDO J. MARZORATI. Ob. cit. p. 33.

estratégica es la formación de una empresa común por medio de una fusión por división de unidades de negocios pertenecientes a competidores, industriales o comerciales.

Es necesario comentar en este punto que las nociones que se han dado con respecto a las alianzas estratégicas y a su característica principal que es el de una concepto restringido contractual, no se han referido a la posibilidad de una excepción en la conformación de las alianzas en cuanto a la creación de un sujeto de derecho en el que los competidores que lo conformen, lo hagan en igualdad de condiciones, ésta sería una forma no habitual de las alianzas estratégicas, que la examina “el derecho de defensa de la competencia”.

1.5 SECTOR PÚBLICO Y CONSECUENCIAS EN LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS

La cooperación entre empresas beneficia en algunos aspectos a la comunidad, brinda una mejor formación profesional, aprovechamiento en la inversión de economías regionales y marca un ritmo acelerado en cuanto al progreso técnico. Estas ventajas son contabilizadas para la comunidad y no para las empresas individualmente consideradas.

En el contexto internacional de un mercado internacional fragmentado, las ventajas no son pocas, porque “permiten consagrar recursos que se gastan en una sola jurisdicción y, a veces, mal, mientras

que los gastos de desarrollo o de investigación que tienen en cuenta mercados internacionales o en seguros que necesitan de una industrialización rápida”²⁷, permiten una utilización más eficiente para los mercados de ambas empresas. Esto se puede ver mejor en los mercados de alta tecnología, aeroespacial o de telecomunicaciones.

Por otro lado, el interés público puede se puede ver afectado cuando los acuerdos de cooperación se realizan simplemente para hacer que prevalezcan fuerzas con más poder en un mercado, o con la finalidad de reducir la competencia, sin presentar otra ventaja.

En definitiva, desde el punto de vista público la cooperación de las empresas interesa mucho, en lo que respecta a la política industrial y a la defensa de la competencia.

En este sentido, hay que anotar que la Unión Europea ha estudiado y a favorecido a la cooperación entre las empresas, y que especialmente le ha puesto mucho interés al establecimiento de empresas de investigación y desarrollo.

Para ellos se ha propuesto a la Comisión de la Comunidad Europea y ésta ha hecho pública una comunicación por la que pretende beneficiar con un tratamiento favorable en lo que respecta al art. 85, párrs. 1º y 3º, del Tratado de Roma, el trato a las empresas cooperativas, exceptuándolas de

²⁷ FRIEDMANN – KALMANOFF, Joint international business ventures, p. 3.

dichas disposiciones, excepto cuando la constitución de una empresa cooperativa provoca una modificación importante en la estructura de las empresas participantes, que la asemeja a una concentración²⁸.

En resumen lo que se propone es que en las empresas cooperativas, que se llaman en la versión inglesa del comunicado *cooperative joint venture*, deben ser juzgadas favorablemente siempre y cuando se cumplan los siguientes requerimientos, los mismos que a nosotros nos interesan en nuestro estudio:

- Que presente una ventaja económica para los quienes participan
- Que una parte de la utilidad equitativa²⁹ proveniente de esa cooperación se convierta económicamente en una ventaja para los consumidores.
- Que no se imponga una limitación excesiva a las empresas participantes.
- Que no se afecte una competencia cierta con el resto de empresas del sector en el mercado.

Sin embargo, las ventajas que presenta la cooperación entre empresas y las características mencionadas no pueden desconocer ciertos

²⁸ OSVALDO J. MARZORATI. Ob. cit. p 40.

²⁹ La versión francesa dice *equitable*; la inglesa, *fair*.

costos en materia de la competencia, bien señalados por MAIRE³⁰ cuando analiza un estudio comparativo del derecho alemán frente a los derechos europeos y americanos.

En definitiva, en el plano público, señala JACQUEMIN, se contabiliza una mejor formación profesional, el relanzamiento de economías regionales, un ritmo acelerado en el crecimiento y un impacto positivo sobre la competencia potencial³¹.

1.6 SECTOR PRIVADO

En el plano privado, la cooperación aparece como una forma intermediaria de organización, que trata de evitar una internacionalización completa de las operaciones dentro de una firma, con las tensiones que ello trae aparejando a la jerarquía interna, tratando de lograr más eficiencia mediante la concreción de una relación instantánea en el mercado. Ésta provee de sinergias entre las empresas que ahorran costos, muchas veces significativos, tanto de investigación como de desarrollo, o bien de producción o comercialización³².

³⁰ MAIRE, Les accords de cooperation entre entreprises, p. 15 y siguientes. Citado por MARZORATI, Osvaldo J. Ob.cit. p. 41

³¹ JACQUEMIN – REMICHE, Cooperation entre les entreprises. Entreprises conjointes, strategie industrielles et pouvoirs publics, p. 22. Citado por: MARZORATI. Osvaldo J. Ob.cit. p.

³² OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 35.

Por lo dicho, resulta evidente que cuando una empresa lleva a cabo un proyecto, lo puede hacer por sí misma o bien uniendo fuerzas en el mercado. Ésta unión se le puede realizar de varias maneras:

- *La adquisición de una empresa en marcha*, que significa la captura de un mercado existente y el crecimiento de la estructura interna adquirente, rapidez en la gestión, unidad en la estrategia y en el control de la gestión, así como una gestión óptima del flujo de recursos, de la financiación y de las utilidades, entre otros efectos. Lo claro es que desde el punto de vista del personal significa más poder para la estructura existente y la disminución de los riesgos de conflicto con una asociada³³.
- *La fusión con una empresa existente*, la cual implica tensiones para la estructura de la incorporante, ya que una fusión requiere examinar quiénes son los más idóneos para desarrollar una sola tarea, y, por lo tanto, el personal de la incorporante el más apto para administrar una empresa de mayor envergadura, incluso se puede realizar la fusión tomando en cuenta la contribución de los talentos en *management* de la empresa incorporada, produciéndose ciertos problemas en un período de tiempo variable, en el que el rendimiento de los individuos resulta afectado por estos factores de incertidumbre.
- Finalmente la cooperación, que en este aspecto muestra ventajas muy claras desde el comienzo. Realmente, el motivo de la cooperación con otra

³³ WIRTH, Les joint ventures internacionales, p. 7; señala el autor que en la panoplia de la forma multinacional existe siempre el dilema de disponer de un portafolio de empresas dependientes o un portafolio de alianzas, entre partenaires, con fuerzas comparables. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 35.

empresa independiente no es duplicar la estructura existente, sino más bien aprovechar la sinergia de dos compañías para un proyecto que se tenga en común, con la lógica disminución del compromiso financiero y de la ordinaria responsabilidad de la administración de la empresa, por lo tanto, existe una ventaja que resulta de la unión de fuerzas que se aplican cada una a la a lo mejor que saben hacer y para ese proyecto. Podemos ver que en este sentido no existe ni ganador, ni perdedor, ambas partes están relativamente aisladas y los talentos de los profesionales de cada empresa pueden esmerarse en el crecimiento del proyecto común. Por lo tanto, la estructura de la cooperación tiene tres ventajas importantes: 1) es flexible, se puede ajustar fácilmente; 2) utiliza las ventajas comparativas de ambas empresas, y 3) no sacrifica la independencia de éstas, ni la de su gerencia³⁴.

Claro esta que se puede tener las mejores intenciones para el desarrollo del proyecto por parte de las empresas y que al final algo puede fallar, es la regla natural de la vida y lo que en derecho llamamos “caso fortuito o fuerza mayor”, pero normalmente si algo no resulta en el avance de dicho proyecto, puede ser porque no se cumplieron los principios mencionados precedentemente por causa de las siguiente razones:

- Falto claridad en cuanto al objetivo, por lo que no hubo una debida planificación.
- Se produjo una falta de flexibilidad o atención en los participantes, en una estructura que ante todo debe ser por principio flexible.

³⁴ OSVALDO J. MARZORATI. Ob. cit. p. 36.

No se dieron acuerdos en las políticas de las entidades independientes.

Está última razón, es según la experiencia de varios autores, la gran causante del rompimiento no solamente de proyectos cooperativos, sino también de alianzas o empresas conjuntas.

Pero los efectos que se dan en el corto plazo son de gran importancia para las empresas participantes, ya que generalmente permiten que se pueda acceder a nuevos mercados, debido a la eficiencia que se adquiere, la reducción de costos, la formulación de nuevos productos o la incorporación de nuevas tecnologías, todo esto como consecuencia de la unión de nuevas fuerzas que hasta entonces habían estado separadas.

Se afirma que el fracaso ocurre en mayor proporción en el caso de las empresas que compiten (es decir, en aquellas en la que la cooperación se da en el plano horizontal de las alianzas estratégicas), que en el caso de empresas que cooperan en un plano de complementación (es decir, verticalmente)³⁵.

La razón de esto, es porque cuando se realizan cooperaciones con el objetivo de aumentar la capacidad de producción de ambas empresas, y, por

35 HOUSSIANUX, Limites économiques des concentrations et fusions, "Revue du Marché Commun", JAQUEMIN – REMICHE, Cooperation entre les entreprises. Entreprises conjointes strategie industrielles et pouvoirs publics, p.20. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 37.

ende, su participación en el mercado, es necesario analizar que aporta cada una, ya que es fácil plantear una reducción de costos de producción, pero no ejecutarlos en la integración horizontal.

En cambio, en la integración vertical, repartir las tareas es mucho más fácil: Una de las partes produce y la otra distribuye, o como vimos, una contribuye con su mejor conocimiento tecnológico del producto y la otra parte con la fuerza de su equipo logístico.

Dentro de las tendencias indicadas, los acuerdos de investigación y desarrollo son los que funcionan de mejor manera, ya que aquí no hay que atribuir costos y ganancias, sino solamente convenir tareas y establecer costos para asumirlos en forma común, por lo que las posibilidades de conflicto son menores, pero no desaparecen.

La Comisión de las comunidades europeas realizó un estudio muy completo de las empresas en materia de cooperación en la investigación y desarrollo.³⁶

De los cuadros de ambos surge que la cooperación interesante se ha dado en las áreas de la energía, los recursos naturales, bienes de capital, computadores y automóviles, y últimamente, como hemos visto y es público,

36 Comisión Europea, Compétition européenne et coopération entre entreprises en matière de la recherche – développement, “Documents de Travail”, n° 80, IV/61/85; aquí se cita un documento de la Universidad de Harvard en el que se analizó el resultado de mil cuatrocientas cuarenta y cuatro operaciones de este tipo. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 38.

en materia de compañías aéreas y aeroespaciales y en materia de telecomunicaciones, así como en la industria de hidrocarburos, a tal punto que HALL afirma que lo que existe de industria, de tecnología y de fábrica en Arabia Saudita es producto de *joint ventures* o de acuerdos de participación³⁷.

Dos datos resultan útiles: Japón ha realizado más alianzas que los Estados Unidos de América en materia tecnológica y que el Reino Unido es el país más activo en la materia, dentro de los países europeos³⁸.

Por medio de la cooperación se puede acceder a nuevos mercados, tanto en materia geográfica, como en el campo de la producción, en especial en aquellos mercados que están protegidos por barreras tecnológicas, económicas o simplemente reglamentarias.

Señala JACQUEMIN que existen grandes fases en la cooperación:

- La etapa interna y preparatoria, que involucra la diplomacia interna, la toma de conciencia y aceptación del principio, así como la definición de objetivos.
- La fase externa, que desarrolla la estrategia de la cooperación, sobre la aproximación a los *partenaires*, la evolución económica y financiera, la definición de los medios a poner en práctica, la negociación y el producto.

³⁷ HALL, A study of US investment in the oil industry, p. 132. Citado por : MARZORATI. Ob. cit. p. 38

³⁸ Conf. JACQUEMIN – LAMMERANTI – SPINOIT, Compétition européenne et coopération entre entreprises en matière de recherche et développement. “Documents de Travail”, n° 80, 1985.

- La fase interna y post operación, que implica la implementación de la estrategia de cooperación, la incorporación al mercado de los nuevos programas de redefinición de actividades y en atribución de nuevas responsabilidades, así como la liquidación de las secuelas de la cooperación en el orden interno³⁹.

1.7 LOS ACUERDOS COOPERATIVOS Y LOS PAISES EN DESARROLLO

En décadas pasadas la Universidad de Columbia realizó un encargo al reconocido profesor FRIEDMANN, que se basaba en un minucioso estudio sobre los *“joint ventures”*. Este conocido autor señaló que los acuerdos de cooperación en el mundo subdesarrollado han constituido un importante fenómeno, luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, sobre todo en los países que conquistaron su independencia y que pretendieron diversificar su producción agrícola en producción industrial como medio para lograr prestigio regional, utilizar a una creciente mano de obra debido al crecimiento poblacional, además de que la posibilidad de fabricar manufacturas industriales en muchos países indica un grado de madurez y una disminución de la dependencia con otros países⁴⁰.

Lamentablemente, el método de sustitución de las importaciones no fue realmente lo que en teoría se esperaba, sino más bien por la experiencia

³⁹ JACQUEMIN – REMICHE, *Cooperation entre entreprises. Entreprises conjointes, strategie industrielles et pouvoirs public*, p. 21 y siguientes. Citado por : MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. p.

41

⁴⁰ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 42

dada en Argentina, no produjo ninguna independencia, más bien dio la pauta a empresas para que durante mucho tiempo produjeran ineficientemente productos de calidad precaria, lo cuál costó fortunas a los respectivos países en materia de divisas escasas, que bien pudieron haberse propuesto a formar y capacitar al personal y dirigentes, ya que uno de los pilares en los cuales se sostiene la independencia de un país es precisamente mediante este medio, junto con la tecnología que bien se la puede comprar y el capital que se lo puede aportar o financiar, pero el *management* y la capacitación necesitan de mucho esfuerzo y tiempo para su formación ya que son el capital más valioso que puede tener una comunidad organizada.

Por esto, muchos países luego de verse afectados por los fracasos mencionados, han entendido que a través de la cooperación se pueden concretar obras en menos tiempo y con gran eficiencia en el manejo de los recursos.

Por otro lado, los mismos países en vías de desarrollo, han contribuido en desalentar la inversión directa de tal forma que las empresas transnacionales han comprendido que los "*joint ventures*" cumplen un rol que permite comprender mejor las necesidades de los países emergentes.

Señala FRIEDMANN en su obra que el problema básico de la cooperación radica en la mezcla de armonías y de conflictos de interés que

las asociaciones entre empresarios del primer mundo y países o empresarios del tercer mundo comportan⁴¹.

Esta armonía hoy en día es conocida con el objetivo de buscar el desarrollo de los países menos favorecidos e incrementar la productividad de sus pueblos. Desde otra óptica se producen conflictos inevitables, como los hay en las relaciones económicas en cualquier parte, en lo que se refiere a la división del incremento de lo producido, así como también al control del negocio y de las políticas a las cuales deben regirse.

En este sentido, cabe afirmar que la cooperación internacional ha emergido como una técnica posible para reducir conflictos y promover desarrollos armónicos, aunque, como bien lo señala FRIEDMANN en su obra, la cuestión central es si los emprendimientos conjuntos internacionales disminuirán efectivamente los conflictos y producirán un mayor grado de cooperación frente a otras alternativas concebidas⁴².

La experiencia de los últimos años es muy rica, pero también cabe señalar que una gran parte de los emprendimientos en el mundo en desarrollo, basados en alianzas estratégicas o en contratos de asociación, se han concretado mediante la creación de empresas con personería jurídica, es decir que el *joint venture* o la empresa conjunta constituyen un

⁴¹ FRIEDMANN, en FRIEDMANN – KALMANOFF, Joint international business ventures, p.5.

⁴² FRIEDMANN, en FRIEDMANN – KALMANOFF, Joint international business ventures, p.7
Citados por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 43

sujeto de derecho diferente de los miembros que la integran. Esto resulta al verificar la nueva ley de China o la ley de Rusia o la de la India.⁴³

Esto no quiere decir que no exista cooperación entre empresas en dichas jurisdicciones, sino que éstas han preferido que la sociedad receptora de la tecnología o de la inversión compartida sea una nueva empresa local y no un simple contrato asociativo. En cambio, en los Estados de América, Europa o Japón es dable constatar que la existencia de convenios de cooperación es muy numerosa, como lo indican los estudios citados previamente, en particular, en todo lo referente a la inversión y al desarrollo de tecnologías, productos o servicios sofisticados que exigen grandes inversiones, con eventuales pérdidas de lo invertido, si el resultado no es el esperado⁴⁴.

Señala LAVIGNE que las empresas conjuntas tienen aún en el diálogo este - oeste una plaza marginal⁴⁵, señalándose que los primeros países en abrirse a la cooperación fueron Hungría y Polonia, aunque con el cambio político que significó la caída del muro de Berlín la legislación sufrió un cambio fundamental de noventa grados, y de la cooperación por contrato con imposibilidad de participar en una empresa local con más del 49% del capital, se pasó a un régimen más liberal de constitución de empresas 50 –

⁴³ Ver la ley rusa 49, adoptada el 6/3/90 por el Soviet Supremo, que redefinió el derecho de propiedad en Rusia. Diferentes decretos establecieron que los joint ventures deben conformar un ente legal (conf. AULIN, Establishing joint venture in the USSR, p.31 y siguientes). Ver también WU, Joint Ventures law of the People Republic of China, "Journal of Business Law", 1989, p. 16 y siguientes.

⁴⁴ Conf. UHLIG – LANG, Internationale produktion Kooperation, p.13 y siguientes.

⁴⁵ LAVIGNE, Entreprises congenites et cooperation est – ouest, p. 190 y siguientes. Citados por : MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. p. 43.

50 y luego, como en la misma Rusia, los convenios de cooperación cedieron paso a la inversión extranjera mayoritaria en forma de *equity joint ventures*. Pero estos *joint ventures* requirieron de legislación específica⁴⁶.

De alguna manera este fenómeno también ha ocurrido en lo que se denomina cooperación norte - sur⁴⁷, siendo el primer país en liberalizar todo su sistema la República de Argentina, mediante la privatización, como lo anota VERGARA DEL CARRIL⁴⁸.

México cambió prontamente sus leyes de inversiones permitiendo la inversión extranjera en forma creciente⁴⁹. Brasil también ha considerado, aunque en menor grado, la liberalización de sus normas, que tienen, aún hoy, restricciones en materia de regalías, de dividendos y de participación en ciertos sectores reservados como transporte por aire, mar y tierra, exploración y explotación petrolera y publicación de diarios y radiodifusión, siendo que las empresas locales gozan de diferencias en el acceso al crédito y a otras formas de apoyo a las empresas locales de capital nacional, que son las controladas por brasileños, con la excepción de que las empresas binacionales constituidas conforme con el acuerdo bilateral con la República Argentina gozan de los mismos privilegios⁵⁰.

⁴⁶ Conf. GINSBURG, Joint ventures in the USSR, "Report", 1996, vol. 2, p.38

⁴⁷ Ver el debate norte – sur y los modos de cooperación entre el norte desarrollado y el sur empobrecido en BOOK, Developing countries technology and the role of the joint ventures, cap. 8.

⁴⁸ VERGARA DEL CARRIL, La privatización en la República de Argentina, "Revista de la Información Empresaria", jul. 1995.

⁴⁹ Ver informe de SANTAMARINA STETA, III Reunión de la PRAC, México, oct. 1995. Citados por MARZORATI, Osvaldo J. Ob.cit. p. 44.

⁵⁰ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 45.

Según un autor europeo, la ventaja de la cooperación en este campo es la de incorporar sistemas de gerenciamiento, acompañados de sistemas de marketing eficientes y sofisticados para la conquista no sólo de mercados locales, sino internacionales⁵¹.

El Pacto Andino, con sus sonadas decisiones 24 y 75, no logró una favorable acogida de las empresas internacionales por las limitaciones en materia de transferencia de utilidades y royalties. En definitiva, en muchas partes de Latinoamérica la cooperación, entendida como contrato de partes, sin constitución de empresa con personería jurídica, no se ha dado en la práctica con la asiduidad que existe en Europa o en otras jurisdicciones. En cuanto a la India, desde hace muchos años, ha firmado muchos acuerdos de cooperación en materia de incorporación de tecnología por medio de licencias, plantas llave en mano o acuerdos de coproducción, incluyendo el *franchising* y contratos de *management*⁵².

En definitiva, en los mercados del este y del Lejano Oriente, los gobiernos socialistas han preferido legislar, y al hacerlo, como Rusia y China ha creado el *joint venture*, con personería jurídica, conviviendo simultáneamente con el *joint venture contractual*, y en muchas ocasiones colisionando las normas contractuales con las legales, en particular en países donde la economía sigue siendo planificada⁵³.

⁵¹ VALY, Cooperation nord – sud, “Tulane Law Review”, 1984, p.159.

⁵² TOMLINSON, The joint venture process in international business in India and Pakistan, p. 43 y siguientes.

⁵³ LAVIGNE, Entreprises congenites et cooperation est – ouest, p. 179. Citados por : MARZORATI. Osvaldo J. Ob. cit. p. 45 y 46.

También han existido problemas de ley aplicable en la legislación de países en desarrollo⁵⁴.

1.8 EMPRESAS COOPERATIVAS, ALIANZAS Y “JOINT VENTURES”

Es curioso mencionar que en Europa se han propuesto apuntalar la normativa de las empresas cooperativas, las mismas que tienen las siguientes características principales:

- No tienen personaría jurídica diferenciada
- No tienen un management centralizado y jerárquico
- Tienen un política común específica

Estas características los asemejan, en principio a la forma de *joint venture contractual*, mismo que los europeos califican de *joint venture cooperativo*, que en este caso no tiene ninguna relevancia jurídica.

Ciertamente el *joint venture* como tal significa un esfuerzo cooperativo, que muestra en su ejecución la creación de un sujeto de derecho o no, por lo que la empresa cooperativa europea, sería una forma de *joint venture* con la característica propia de su nombre “cooperativo”, pero sabiendo que no constituye un sujeto de derecho.

⁵⁴ EBENROTH, Die Kosillionretliche Behandlung von Direktinvestitionen emer multinationaler unternehmen in Entwicklunglander, “Die Atkiengesellschaft Konstanz”, 20/8/78, n° 8, p. 213 y siguientes. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 46.

Sin embargo cabe señalar que siendo la comunidad europea un ente jurídico entre los países miembros no existe una regulación societaria común, es decir cada país guarda su propia normativa al respecto, otorgando o no personería jurídica a algunas de estas formas de cooperación, como se lo podrá ver al mencionar las leyes de interés económico.

A la luz de esta característica de la legislación europea, nos encontramos con el hecho de que un esfuerzo cooperativo, que a la luz doctrinaria no tiene personería jurídica, puede tenerla en función de una legislación específica europea⁵⁵.

Podemos apreciar entonces, que como se ha dicho, el *joint venture* puede o ser sujeto de derecho.

Los europeos utilizan el término alianza para referirse a las empresas conjuntas, sin añadir las connotaciones apuntadas, es decir, con carencia de personería jurídica. Finalmente aunque hemos mencionado a las alianzas estratégicas como emprendimientos conjuntos entre competidores en igualdad de condiciones, es ampliamente aceptable que algunos de estos emprendimientos puedan llegar a constituirse como sujetos de derecho.

En definitiva, resulta claro diferenciar a las alianzas estratégicas de los *joint ventures*, en razón de que en las alianzas se “asocian” competidores reales o potenciales, mientras que en los *joint ventures* no se

⁵⁵ OSVALDO J. MARZORATI. Alianzas Estratégicas y joint ventures. P. 47

existe tal condición, pero si las empresas conjuntas europeas, como formas de cooperación pueden llegar a ser sujetos de derecho, entonces, es forzoso admitir que la totalidad de las figuras contractuales ya desarrolladas pueden configurar o ser realizadas mediante el recurso de constituir sociedades⁵⁶.

En cuyo caso y como se verá al analizar los *equity joint ventures*, presentan problemas propios.

De lo anterior decimos que si se acepta que las alianzas estratégicas, como contratos asociativos, pueden crear sujetos de derecho, entonces el término “alianza estratégica” debe guardarse para una forma especial de joint venture: aquel en el que las partes son competidoras entre sí o bien futuras competidoras, mientras que en Europa la empresa conjunta constituye un joint venture, pudiendo ser o no un sujeto de derecho, de acuerdo a la legislación de cada país.

Debemos hacer referencia a la *fusión*, que es una técnica de integración entre empresas, que permite abreviar con claridad los problemas descritos anteriormente. Si por un momento se enfoca a las empresas cooperativas como formas embrionarias de cooperación que resultan de un contrato y a los *joint ventures* y alianzas estratégicas como formas completas de cooperación, con tendencia a formar relaciones asociativas, se puede decir que la fusión constituye la forma perfecta y última de cooperación por medio de la integración.

⁵⁶ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 47

En ella confluyen las necesidades industriales y comerciales, con las sinergias administrativas y financieras, la complementación tecnológica y el ahorro de costos impositivos mediante el cumplimiento de recaudos dispares, en función de los territorios involucrados⁵⁷.

Sin embargo, tanto las formas cooperativas embrionarias como las alianzas o los joint ventures cooperativos europeos y, por ende, las fusiones, deben pasar por el tamiz de las normas de defensa de la competencia establecidas y aplicadas, tanto en Europa como en los Estados Unidos de América, para defensa del consumidor⁵⁸.

1.9 TÉCNICAS DE INTEGRACIÓN DE EMPRESAS

LA FUSIÓN

Dentro de las técnicas de integración de empresas, la fusión es una de las formas más completas, ya que dos empresas se integran en su totalidad en una sola, ya sea porque una de ellas absorbe a la otra (lo que se llama una fusión por absorción), o porque las dos se unen y se crea una nueva empresa (lo que constituiría una fusión por consolidación).

⁵⁷ Un reciente estudio de la International Fiscal Association (Toronto, 1994) ha mostrado que las fusiones entre entidades de más de una jurisdicción nacional presentan, desde el punto de vista impositivo, dificultades, serias, cuando no insalvables.

⁵⁸ HAWK, La recherche developpement en droit communautaire et en droit antitrust américain, en Comisión de la CEE, “Repport sur la politique de la concurrence”, 1986, p. 283. Citados por : MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. p. 48.

Dice el Doctor Marzorati en su obra que, ambas formas están contempladas en el art. 82 y ss. de la legislación argentina en la ley de sociedades comerciales 19.550, modalidad por ley 22.903, y no es propósito de este estudio detenernos en sus detalles, ya que son bien conocidos en nuestros medio⁵⁹.

Es muy importante destacar que la fusión es la técnica que prefieren escoger los competidores para poder integrarse total o definitivamente, con el objetivo de posicionarse de una mejor manera en el mercado, disminuir sus costos y protegerse de los cambios de precios, así como de regular la cantidad de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, cuando dicho posicionamiento por su envergadura la permite.

Cuando las fusiones implican el hecho de que una empresa se quede con el mercado, generalmente lo son por absorción; mientras que la consolidación implica que sobrevive una empresa en la que, generalmente, las empresas concurrentes o mejor dicho los accionistas de las empresas consolidadas, participan en la nueva empresa en partes iguales. Hay razones fiscales también de peso que determinan ciertas ventajas, en la Argentina y en otros países⁶⁰.

Nos interesa también destacar que en la fusión se presentan también los mismos problemas que en un *joint venture* cuando se participa en un

⁵⁹ OSVALDO J. MARZORATI. Ob. cit p.49

⁶⁰ Ver MARZORATI, Report on Fiscal advantages on demergers, "Cahiers de Droit Fiscal", vol. 79-b, p.21.

porcentaje igualitario, es decir 50 – 50. Autores argentinos, comentan que por la experiencia de ellos, que es más complicado discutir y convenir un acuerdo de fusión entre dos empresas que han decidido fusionarse por consolidación, que haciéndolo en un acuerdo contractual de *joint venture* en la misma proporción.

Analizando lo anterior, la razón para que esto suceda se da dice el autor Osvaldo J. Marzorati, porque siendo la fusión una técnica de integración total; las empresas efectivamente contraen matrimonio, no casan a sus hijas a través de la formación de un *joint venture*, se casan ellas mismas, pierden su personalidad en beneficio de una nueva entidad, sus logros a veces desaparecen, sus enseñanzas se cambian con el tiempo, su personal se reduce y pierde entidad, el *management* lucha por conservar posiciones en la nueva empresa y, en general, es necesario hacer concesiones de todo tipo, como por ejemplo, acordar que el departamento de ventas de la nueva empresa será manejado por funcionarios provenientes de la empresa A y el departamento de producción será administrado por funcionarios provenientes de la empresa B. En definitiva, hay que acordar quién queda con la gerencia general y una sorda lucha de poder se instala y demora, a veces meses, una decisión sobre el tema, a pesar de que pueda acordarse de que las empresas A y B participan en igualdad de condiciones en el directorio⁶¹.

⁶¹ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 51

Los problemas no terminan por el simple consenso sobre que grupo ocupará la gerencia general, ya que se pide luego la alternancia o el derecho de poder elegir al gerente general para la otra parte, lo cuál no es conveniente ya que las empresas no pueden ni deben estar cambiando constantemente su administración. De esta manera se trata sobre amplitud de poderes que tiene la gerencia y se discute sobre la posibilidad de subordinarla en lo máximo al directorio, lo que puede resultar para la gestión diaria sumamente nocivo e intolerable desde un el punto de vista organizativo.

En general, cuando existe voluntad y flexibilidad se puede llegar a un acuerdo que pasa por un delicado balance de pesos y contrapesos, que deben acordarse, curiosamente, en función de las personalidades involucradas y no en función de la conveniencia de las empresas. La teoría ve en este caso en sentido opuesto de la práctica. Las soluciones las proveen generalmente los juristas que logran edificar los cimientos de esas transacciones, y no podemos evitar la cita del profesor de Colonia, quién afirmó que a riesgo de enrojecer la modestia de la profesión, un jurista de negocios internacionales debe reunir ciertas cualidades para lograr que un negocio complejo pueda llegar a un buen fin⁶².

Pensamos que es preciso mencionar las cualidades que el autor WIRTH señala en cuanto a que todo buen jurista que actúe en los negocios internacionales debe tener el don de la inteligencia, ser políglota, rápido,

⁶² WIRTH, Les joint ventures internationales, p. 17. Citado por MARZORATI, Osvaldo. J. Ob. cit. p. 51

imaginativo, persuasivo pero dejando que la decisión la tome la parte que decide, diplomático y negociador es decir, que comprenda el interés de cada parte, y que finalmente busque un interés superior.

1.10 LA EMPRESA CONJUNTA EN EL DERECHO EUROPEO

Cuando no es posible realizar una fusión, porque las empresas no pretenden resignar su personalidad e independencia, la solución que menos compromete a las empresas es la de formar una empresa conjunta. El derecho europeo es muy claro en señalar el significado de la empresa conjunta. Es aquella que se produce luego de una asociación entre dos o más sujetos económicamente independientes y que no abandonan esa independencia por motivo de dicho acuerdo.

Las partes que integran ésta sociedad, participan en la dirección de la empresa, aportando significativamente en la toma de decisiones, en razón de su derecho al voto. Los socios de una empresa conjunta en Europa, pertenecen a diferentes países.

Existen ciertas diferencias en cuanto a la empresa conjunta y otros acuerdos, como se puede ver a continuación:

- De las filiales y otros establecimientos no independientes, por la cooperación con otros socios
- De la cooperación, sin la formación de una empresa (consorcios o agrupaciones momentáneas)
- De las organizaciones internas de establecimientos industriales integrados, por la independencia económica y jurídica de los integrantes de la empresa
- De las fusiones, por el mantenimiento de la independencia jurídica de cada socio
- De las inversiones en cartera, por la participación significativa de los socios en la dirección de la empresa conjunta⁶³.

En definitiva, no es relevante si la empresa conjunta es económicamente dependiente ni de dónde se origina esa dependencia. Lo que debe destacarse es la participación efectiva de cada socio en el manejo de la empresa, sin importar la cuantía de la participación de cada empresa.

WIRTH dice que el jurista debe participar activamente en la formación de una empresa conjunta, cuidando no sólo los aspectos legales, sino también observando otros aspectos materiales y preguntando si es necesario realizar una empresa internacional conjunta, evaluando las oportunidades de riesgo en el país involucrado y las oportunidades y los riesgos del segmento de mercado contemplado, para luego indagar si es necesario tentar la aventura con otro socio, y particularmente con el socio elegido, para determinar si sus aptitudes y comportamientos son compatibles

⁶³ OSVALDO J. MARZORATI. Ob. cit. p. 52

con los propios, y finalmente hacer un juicio de valor sobre cómo evolucionará dicho socio en función de las circunstancias⁶⁴.

Hay que recalcar que el rol que tiene el abogado en la toma de decisiones con respecto a lo citado anteriormente por el autor WIRTH, es determinante, porque una empresa conjunta dependiendo de la jurisdicción en la que se desarrolle, puede o no tener personería jurídica, lo que implica la constitución de una nueva sociedad, así como la negociación del contrato respectivo, así como también un profundo conocimiento de las leyes del derecho público, fiscal, del derecho cambiario, y por supuesto del derecho civil y comercial, además es necesario contar con una adecuada especialización en derecho internacional cuando se incorpore a tratados o al derecho comunitario.

Un proyecto de empresa conjunta requiere una ingeniería de proyecto, comprendiendo una ingeniería técnica, una económica y una ingeniería de los recursos humanos involucrados y, definitivamente cuando todo se encuentra en su lugar, determinar si existe una ingeniería financiera que maximice los retornos de la inversión. En definitiva, el montaje de una empresa conjunta, que es en nuestra opinión la forma europea de designar a un *equity joint venture*, no es un rol para un técnico o un grupo de ellos, sino para el administrador de una empresa, a quien le incumbe la decisión

⁶⁴ WIRTH, Les joint ventures internationales, p. 10. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 53.

estratégica y el leadership, es decir, la conducción del proceso, asistido por sus técnicos⁶⁵.

Es importante destacar que la noción de una empresa conjunta no implica una forma jurídica determinada. A menudo se trata de sociedades de capital, raramente las sociedades de personas son el instrumento elegido⁶⁶.

Señala JACQUEMIN que las empresas conjuntas, reglamentadas por la Comunidad Europea, son entes económicos controlados jurídicamente por dos o más empresas, económicamente independientes las unas de las otras, que ejercen todas las funciones de una empresa. La forma jurídica importa poco, aunque sea un ente económico que actúe sobre más de una jurisdicción de la Comunidad Europea⁶⁷.

A continuación podemos ver algunas razones para elegir la sociedad de capitales:

- La limitación en cuanto a la responsabilidad, (lo cual no evita, como anota WIRTH, que los banqueros pidan garantías solidarias a los socios o que surja la responsabilidad de estos en función del derecho de grupos)
- La organización, mediante un sujeto de derecho independiente, para formalizar la relación laboral o contratación con terceros
- La financiación para poder acceder al mercado de capitales

⁶⁵ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 53

⁶⁶ Conf. BLAISE, Le statut juridique des ententes économiques ; JAUME, Entente et coopération entre entreprises, "Revue du Marché Commun" , 1969, p. 317. Citado por : MARZORATI, Osvaldo J. Ob. cit. p. 53

⁶⁷ JAQUEMIN, en JAQUEMIN – REMICHE, Coopération entre les entreprises. Entreprises conjointes, stratégies industrielles et pouvoirs publics, p.104. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. cit. p. 54.

Señala este mismo autor que el grupo de interés económico europeo no puede ser considerado como una estructura conveniente para una empresa conjunta de producción, debido a que no tiene el ánimo de lucro y tiene responsabilidad solidaria. Como es sabido, cada país en Europa tiene una sociedad anónima diferente y todas las tentativas de unificación sobre una sociedad anónima comunitaria han fracasado hasta la fecha⁶⁸.

Es por esto que debido a la cada vez más rápida evolución de los cambios tecnológicos, el aumento en los que respecta a los costos de la investigación y el desarrollo, las posibilidades en la comunicación actualmente, la globalización de los mercados y las dificultades de muchas jurisdicciones en cuanto al desarrollo efectivo del comercio, a pesar de los esfuerzos que ha puesto el GATT (*Ley del World Trade Organization*), la empresa conjunta establece una solución intermedia entre los simples acuerdos de cooperación y fusiones empresariales.

En el ámbito internacional, como se dijo anteriormente existen razones muy importantes para considerar el *joint venture* como una herramienta eficaz para incursionar en otros mercados y tener acceso a una cultura local de una forma adecuada.

Por otro lado, la empresa conjunta asegura algo muy significativo que es el control de la tecnología, ya que formando parte de ella se la puede

⁶⁸ WIRTH, Les joint ventures internationales, p.31. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 54.

controlar de una mejor manera que solamente teniendo un contrato de licencia, y sobre todo se puede tener acceso a tecnología de punta e influir en su estrategia de aplicación.

Igualmente, la cooperación por medio de la empresa conjunta modera las tendencias de comportamiento de la competencia, y facilita las relaciones mutuas de compra y venta; todo esto sin perjuicio de la aplicación de las leyes sobre la defensa de la competencia.

Consideramos útil transcribir las diferencias que WIRTH encuentra entre el contrato de cooperación y la empresa conjunta, en la que se crea un sujeto de derecho⁶⁹, aunque como se dijo en párrafos anteriores JAQUEMIN piensa que lo más importante es crear un ente económico, quedando como secundario la creación de un ente jurídico, generado o no por tal ente económico.

⁶⁹ WIRTH, Les joint ventures internationales, p. 33. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 55.

A continuación podemos apreciar esas diferencias:

<i>CONTRATO DE COOPERACIÓN</i>	<i>EMPRESA CONJUNTA</i>
Partes independientes	Creación de una empresa
Riesgo financiero limitado	Participación financiera
Financiación por casa matriz o	Acceso al mercado de capitales ente más poderoso.
Responsabilidad de la casa matriz	Responsabilidad limitada al aporte
Simple relaciones contractuales	Creación de órganos sociales con responsabilidad
Obligaciones contractuales que surjan del contrato	Obligación ligada a la participación en el capital de la empresa
Facilidad en la resolución	Dificultad en la resolución

Si aceptamos ambos puntos de vista, la empresa conjuntamente, en el sistema europeo, es un sujeto de derecho que no representa diferencia con un *joint venture* en cuanto tiene personalidad porque se constituye en un sujeto de derecho distinto de los miembros, o en un contractual *joint venture* que los europeos, por irregularidades de su sistema denominan *cooperative joint venture*, cuando sólo existe una actividad económica, sin la creación de un sujeto de derecho, resultante de un contrato. De la misma manera, cuando la empresa conjunta está conformada por competidores puede

constituir lo que denominamos una alianza estratégica⁷⁰. Cabe decir que el término empresa conjunta es como la alianza estratégica de carácter económico.

1.11 LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO EN FRANCIA Y EN LA COMUNIDAD

Esta Institución ha sido profundamente estudiada en Francia, fue creada a través de su propia ley en 1967 para permitir a los operadores económicos unir sus esfuerzos en las actividades de interés común, siendo entonces una institución muy próxima a las asociaciones y a las sociedades comerciales.

Una de las características principales de ésta ley radica en que los fundadores no requieren realizar un aporte de capital y además guardan una entera autonomía e independencia en cuanto a sus actividades específicas.

En Francia los GIE (Grupos de Interés Económico) son una institución que goza de personería jurídica y plena capacidad de derecho, al momento de perfeccionar su creación con la inscripción en el Registro Público de Comercio de su jurisdicción.

⁷⁰ En cuanto equipara a la empresa conjunta con el joint venture, ver AGUINIS – ZALDUENDO, Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina. RDCO, 1990 – A- 23. Citado por MARZORATI, Osvaldo J. Ob.cit. p. 56.

El grupo de interés económico francés fue creado para proporcionar mayor flexibilidad a las formas asociativas a disposición de los agentes económicos. Es así que se establece una figura intermedia que no busca como objetivo el lucro de la sociedad comercial, sino más bien la actividad de los GIE resulte en una mejora o una ampliación de la actividad de sus miembros. En el año de 1989 se crea una ley que les permite tener un objeto comercial y pueden ser constituidos sin tener capital, de esta forma sus miembros deben responder subsidiaria e ilimitadamente con sus propios bienes por las obligaciones de los GIE, una vez que estos incurrieren en mora.

Los Grupos de Interés Económico en Francia estuvieron pensados para pequeñas empresas, pero su versatilidad dio lugar a que tanto grandes empresas como algunos proyectos las utilizaran, y al cumplir sus primeros doce años de vida se registraron más de diez mil GIE inscritos en los Registros Públicos de Comercio franceses. En 1989 la legislación belga adoptó esta institución y en el mismo año se creó el Consejo de Interés Económico Europeo; pero la legislación belga previó que los GIE belgas no podían competir o sustituir la actividad de sus miembros; la razón de ser: los GIE son un instrumento de cooperación económica, no de integración⁷¹.

En Europa se adoptó de igual forma el principio de ésta institución francesa para regular los Grupos de Interés Económico Europeo (GEIE), ya

⁷¹ Conf. LODOMEZ, Les groupement d'intérêt économique européens, p. 31. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 57.

que resultó ser una herramienta legal eficaz para asociar a pequeñas y medianas empresas, utilizando una forma común que les permitiera mantener su independencia jurídica y económica, en el desempeño de sus demás actividades.

La comunidad Europea reguló la constitución de grupos que ya se encontraban actuando en lo que se denomina Mercado Grande, es decir el mercado conformado por la comunidad de los 12 países inicialmente miembros de la comunidad, es así que desde el 1 de julio de 1989 existe en Europa una regulación comunitaria que trata la cooperación internacional, modificando en todo lo que no es estrictamente jurisdiccional, el régimen de agrupaciones.

No obstante, existe un reenvío al derecho nacional, si bien no explícito, en todo lo que concierne a la actividad de los Grupos de Interés Económico Europeo, siendo ese derecho nacional de aplicable subsidiariamente a lo previsto en la regulación europea de los GEIE.

Francia y Bélgica fueron las primeras en ajustar sus legislaciones y otras legislaciones simplemente la adoptaron íntegramente, como España⁷².

Por otra parte, aunque en su redacción original los GEIE no tenían como objetivo el beneficio propio, sino que su actividad estaba destinada a

⁷² Ver GUYENOT – KLEIDERMACHER, Los agrupamientos empresarios y de colaboración, p.49. La legislación belga establecía que el GIE no tenía por objeto realizar beneficios por sí mismo o por su propia cuenta (art.21, Cáp. 3. ley belga 17/6/89). Citado por MARZORATI, Osvaldo J. Ob.cit. p. 58.

mejorar la actividad económica de sus miembros, la ley del 13 de junio de 1989 dictaminó que los Grupos de Interés Económico Europeo pueden tener un objeto comercial, de tal forma que pueden de manera habitual y a título principal realizar todos los actos por su propia cuenta, aunque los GEIE pueden o no tener capital propio.

Podemos anotar otra característica importante que se presenta cuando los acreedores de los GEIE no pueden hacer efectivo el cobro de deudas contra sus miembros, sin antes haber puesto en mora al grupo por acto auténtico extrajudicial.

Es necesario comentar que si bien en un principio el objetivo fue favorecer a las pequeñas y medianas empresas, en la práctica en Francia las empresas grandes han constituido miles de grupos de interés económico bajo esa legislación.

La norma fue regulada por las disposiciones de la res. 2137/85 de la CEE, la cual estableció que los GEIE tienen por finalidad la de aumentar o acrecentar los resultados de la actividad de sus miembros, y no de realizar beneficios para el grupo (art. 3º, párr. 1), que también tiene una capacidad jurídica autónoma, pudiendo adquirir derechos y contraer obligaciones, y poseer patrimonio propio, pero a diferencia de los GIE (franceses) la

disposición comunitaria no les reconoce personalidad jurídica, dejando a los Estados miembros el otorgárselas o no⁷³.

La disposición mencionada en el anterior párrafo, se fundamenta en el art. 235 del Tratado de Roma, el mismo que fue creado por la Comunidad Económica Europea en base a la siguiente consideración: “Un desarrollo armonioso de las actividades económicas y una expansión continua y equilibrada en el conjunto de la Comunidad depende del establecimiento y el buen funcionamiento de un mercado que ofrezca condiciones análogas a aquellas de un mercado nacional, que la realización de un mercado único y el esfuerzo de su unidad se vuelve más creíble facilitando a las personas de una estructura jurídica que les permita cooperar más allá de las fronteras... y que tal cooperación pueda encontrar dificultades de orden legal, fiscal o psicológico, y por lo tanto, la creación de un instrumento jurídico apropiado a nivel comunitario bajo la forma de un grupo europeo de interés económico contribuye a la realización de los objetivos precitados y resulta necesario...”

Hasta aquí podemos resumir que los GEIE tanto en la legislación francesa como en la belga gozan de los atributos de la personalidad jurídica, dejando libre a los diferentes países de la Comunidad la atribución o no de dicha personalidad. Se puede ver entonces una clara diferencia con los contratos de cooperación, que no crean en ningún caso una persona diferente de sus miembros, de la misma manera existe también una diferencia entre los GEIE y la sociedad conjunta ya que los primeros no

⁷³ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 59

tienen finalidad de lucro y exigen la responsabilidad solidaria de los partícipes.

La consecuencia se transmite en que los Grupos de Interés Económico Europeo, no pueden ejercer un control o dirección de la actividad inherente de sus miembros o de otra empresa, o emplear a un número ilimitado de trabajadores, ni tampoco tener participaciones bajo cualquier denominación de una empresa miembro, sistema que ha sido adoptado por las agrupaciones de colaboración en la República de Argentina.

Apunta LODOMEZ que la legislación francesa no contempla este último supuesto⁷⁴.

Otra característica esencial es que los GEIE no tienen vocación de obtener beneficios para sí mismos, lo cual los diferencia de la sociedad, pero también sugiere LODOMEZ que la regulación europea no excluye necesariamente la realización de beneficios. Sabemos que la sociedad conjunta tiene finalidad de lucro y generalmente es un ente jurídico que tiene todos los atributos de la personalidad.

Para esclarecer lo antes dicho nos referimos a una reforma que se dio en la ley francesa, en la que un tribunal decidió que si bien el objeto de los GEIE no es el de realizar beneficios, en caso de hacerlo, estos beneficios

⁷⁴ LODOMEZ, Les groupement d'intérêt économique européens, p. 36. Citado por: MARZORATI, OSVALDO J. Ob. Cit. p. 58.

se deben revertir directamente a los miembros de los GEIE. En la legislación belga se contempla que en caso de hacerlos se tenga un régimen impositivo aplicable en cabeza de grupo. En conclusión, pueden lucrar, pero este no debe ser su propósito principal.

En este aspecto en comparación con los *joint ventures* se los puede distinguir, ya que los mismos no tienen cuestionamiento alguno en cuanto a los fines de lucro. Por otra parte, el concepto establecido para las alianzas estratégicas, es compatible con los Grupos de Interés Económico Europeo, debido a que ésta normativa no exige la constitución de un sujeto de derecho.

Desde el punto de vista teórico, puede existir una alianza estratégica para un proyecto de investigación, en cuyo caso no habría diferencia alguna con los GEIE. Sin embargo las alianzas estratégicas están pensadas y son generalmente ejecutadas para generar proyectos lucrativos en mercados nuevos, cuando el costo transaccional es muy elevado para un partícipe⁷⁵.

Sí, por el contrario, se entiende que las alianzas están conformadas para la explotación económica de un proyecto, entonces los GEIE conformarían una categorización intermedia y de mayor amplitud que las alianzas estratégicas, pero diferente de la cooperación y de los *joint ventures*.

⁷⁵ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 61.

Por último debemos anotar que la diferencia que presentan los GEIE con una sociedad comercial es amplia, ya que no tienen la totalidad de los atributos de un sujeto de derecho comercial, como sí lo tiene una sociedad anónima, así mismo pueden exceder a la simple cooperación como se ha dicho, mientras que las empresas conjuntas y los *joint ventures* por su actividad pueden derivar su objetivo en la obtención de beneficios.

1.12 LA COOPERACIÓN ENTRE LAS EMPRESAS Y LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Para analizar este tema es necesario dividirlo en dos partes, la una parte considera el estudio de la normativa de dos países representativos, Alemania y Estados Unidos de América, y la aplicación que dieron ellos a los *joint ventures* desde el punto de vista de las leyes *antitrust* o de defensa de la competencia.

La segunda parte constituye el enfoque de la empresa conjunta en las decisiones de la Comisión de la Comunidad y también las normas y jurisprudencia de la Comunidad respecto de si tales acuerdos contravienen las disposiciones establecidas en el Tratado de Roma.

A partir de la Revolución Industrial, se empezaron a establecer muchos tipos de alianzas, teniendo como finalidad, en principio, formar monopolios en un determinado país y después realizar arreglos más allá de

las fronteras para dividir mercados, poder fijar los precios de los productos y evitar los riesgos que supone la competencia.

Como bien sostuvo un autor inglés⁷⁶, dos de los grandes postulados de la economía clásica han quedado desvirtuados a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI: el de que la libre competencia es la regla permanente de los negocios y el de que la escasez también es la regla. PLUMMER señala que con motivo de que la abundancia en la sociedad de consumo es la regla, ello también ha traído como consecuencia la necesidad de un planteamiento de la producción más pacífico y ordenado.

Al mismo tiempo, a partir de la década de los sesenta las organizaciones empresariales internacionales empezaron a operar en el ámbito político y económico extendiendo su compleja red en varias partes del mundo. Esto generó el nacimiento de organizaciones industriales internacionales designadas con distintos nombres, tales como cartel, konzern, sindicato, ring, conferencia, que por motivo de conveniencia el autor citado los denominó *combines*⁷⁷.

⁷⁶ PLUMMER, International combines in modern industry, p. 1.

⁷⁷ PLUMMER, International combines in modern industry, p. 3. Recuerda el autor que ya para la Primera Guerra Mundial se había detectado la existencia de ciento catorce *combines*, además de muchas otras organizaciones más secretas y de los “pactos de caballeros”. Este autor preparo un cuadro con la división y el número de dichas *combines*: carbón y metales: veintiséis; químicos y afines: diecinueve; transporte: dieciocho; textiles: quince; loza y porcelana: ocho; papel: siete; industria eléctrica: cinco; comunicaciones: seis; varios: diez. Citado por MARZORATI, Osvaldo J. Ob.cit. p. 63.

A continuación citamos el objetivo de los *combines*:

- Preservación de un mercado interno indisputado
- División o limitación de mercados de exportación
- Supresión de guerra de precios
- Estandarización de la producción
- Regulación de precios
- Eliminación de las plantas ineficientes
- Regulación de la producción
- Compra conjunta de insumos⁷⁸

Este autor haciendo referencia a la historia comenta que en 1828 existía la Neckar Salt Union, conformada por los estados de Wurtemberg, Baden y Hesse, que acordaron con los sindicatos de Francia del Este en 1867 crear un cartel para ambos países. En 1886, *Nobel Dynamite Trusts* fue establecido por tres compañías inglesas, a las luego se unieron seis compañías alemanas y finalmente la *Société Centrale de la Dynamite* en París. En el año de 1887 se unen los italianos, franceses, una empresa española y un complejo de fabricantes de pólvora alemanes, con lo que se originó un monopolio que regularizó tanto la entrega como el precio de la pólvora en toda Europa.

⁷⁸ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 64.

Lo mismo ocurrió en la Industria cementera donde se unieron empresas suecas, noruegas, danesas, alemanas, inglesas, belgas, con el fin de dividir los mercados extranjeros y poder controlar los precios

En general se pueden descubrir estas grandes uniones en los materiales de manufactura básica y en algunas materias primas para uso industrial.

Por todo lo dicho, en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial y de la creación del Mercado Común se reguló con mucho cuidado la normativa referente a la defensa de la competencia, ya que la historia del pasado europeo estuvo lleno de experiencias.

Muchos países europeos han dictado varias normas en materia de prácticas anticompetitivas. El fundamento se basó en que eran nulas todas las prácticas que distorsionaren o prohibieren la libre prestación de servicios o la circulación de mercaderías. Este concepto lo adoptaron también los suizos y los franceses. No obstante se exceptuó a los llamados acuerdos de racionalización de procesos económicos o los de especialización, toda vez que en la implementación de los mismos se mantenga una competencia sustancial en el mercado. La ley alemana de defensa de la competencia (GWB) exceptúa algunos acuerdos que se pueden excluir de la prohibición general, si estos satisfacen condiciones puntuales, como acuerdos simples o complejos de racionalización, especialización, etc.

Es importante destacar que el acuerdo de racionalización es un proceso económico en el cual quien lo organiza busca mejorar los procesos económicos, actividad que no perjudica a la libre competencia, aunque provoque la eliminación de algún competidor. De manera que la racionalización simple de procesos publicitarios comunes, las etiquetas de identificación común o la utilización común de instalaciones no contravienen a las disposiciones del art. 1° de la GWB alemana.

Otra racionalización que esta permitida es cuando los acuerdos tienen la finalidad de mejorar las prestaciones u ofrecer el mismo producto a un precio inferior, de igual forma se ha permitido establecer oficinas de compra u organismos centrales de venta ya que hacen posible realizar compras o ventas individuales.

Finalmente en cuanto a la legislación alemana se refiera, es preciso acotar que hay muchos antecedentes jurisprudenciales y decisiones de exención del *Bundeskartellamt*, interpretando las condiciones que permiten una racionalización lícita según lo dispuesto en la ley alemana. Experiencia que ha sido tomada de los arts. 55 y 86 del Tratado de Roma.

En cuanto al sistema americano, se dice que parte de la *Sherman*, de la *Clayton act* y de la *Lantham act* en materia de propiedad intelectual o industrial, prohibiendo todo *trust* o toda combinación que limite las transacciones o los convenios entre los Estados o bien con los países extranjeros. (*Sherman act. 15; US Code, secc. 1.7*).

El sistema americano de leyes *antitrust* no solamente se ampara en las normas mencionadas sino que también ha sido contemplado por las disposiciones siguientes:

- *Federal Trade Comisión act*
- *Hart Scout Rodino antitrust improvement act, de 1976*
- *Nacional cooperative research and production act*
- *Webb – Pomerene act*
- *Export trading company act, de 1982*⁷⁹

A más de las ya nombradas normas, también existen otras disposiciones aplicables, como la *Wilson tariff act*, la *ley antidumping* de 1916, la *tariff act* de 1930, los derechos compensatorios, los derechos *antidumping*, la ley de comercio de 1974, el art. 337 de la ley sobre tarifas y los arts. 210 y 301 de la *trade act*, que fueron adicionados como enmiendas al texto original.

Si nos hacemos la pregunta: ¿Qué organismos son los llamados a controlar la aplicación de las leyes antitrust en los Estados Unidos de América?

Podemos contestar que estos organismos son el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Comisión*, cuyas siglas son *FTC*. Estas entidades no solamente analizan y promueven toda práctica antimonopólica e inician demandas civiles y penales, sino que también elaboran pautas,

⁷⁹ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 66.

denominadas *guidelines*, cuyo objetivo es proveer una guía a las compañías a cerca de que conductas son consideradas antimonopólicas, y principalmente pretenden aclarar cuáles son las políticas de ambos organismos relacionadas con su posición frente a operaciones internacionales.

Para estos efectos, las mencionadas entidades conjuntamente con el gobierno americano han celebrado acuerdos bilaterales con Alemania, Australia y Canadá sobre cooperación internacional. Esta actividad se vio favorecida luego de que la *international antitrust enforcement assistance act*, autorizara a estas entidades a celebrar acuerdos de asistencia mutua internacional en materia de normas de defensa de la competencia.

Cabe destacar que las leyes antitrust americanas exceden sus límites de frontera, y son perfectamente aplicables fuera del territorio americano independientemente de la nacionalidad de las partes, así como también alcanzan a conductas realizadas por ciudadanos americanos fuera de su país.

Para ello se aplican dos normas conocidas: una que se relaciona con el comercio internacional de productos de importación para los Estados Unidos de América y cuya norma aplicable es la *Sherman act*, ratificada por la Corte Suprema de ese país. Así mismo esta doctrina ha trascendido positivamente en la Comunidad Europea, mediante una decisión de la Corte Europea de Justicia.

La segunda es la *foreign trade antitrust improvement act* de 1982, que se aplica a todo acto comercial que no se derive de la importación de productos y a toda aquella conducta que tenga relación con el comercio de los Estados Unidos de América.

La norma *Sherman act* sanciona a todo aquel contrato, combinación y conspiración que limite el comercio entre los Estados o los Países extranjeros, castigando toda acción que intente monopolizar el comercio o alguna parte de él con Naciones extranjeras, previendo para esto sanciones penales, acciones civiles y severas multas.

La normativa que encierra *La Clayton act* persigue a las fusiones o a las adquisiciones de aquellos activos o acciones mediante las cuales se tiende a disminuir la competencia o a crear un monopolio, otorgando el poder suficiente a la Comisión y al Procurador General para detener fusiones de las características apuntadas.

La disposición de la *Hart Rodino act* mejora las medidas *antitrust* de la Comisión, estableciendo un procedimiento que requiere una notificación previa y un período de espera antes de que se pueda consumir cualquier fusión o transacción que pueda tener efectos nocivos para la competencia.

La norma nacional *cooperative research and production act* es esencialmente aplicable a *joint ventures* de investigación y de desarrollo, la cual dispone que toda conducta de un *joint venture* será juzgada en base a

su razonabilidad, teniendo en cuenta todos los elementos que afecten a la competencia, en especial en los mercados de productos, servicios, procesos, desarrollo o investigación relevante. Ésta norma también intuye un procedimiento de una notificación previa pero facultativa.

La disposición de la *export trading company*, requiere de la emisión de un certificado por parte de la empresa que pretende realizar una importación o exportación, el mismo que deberá acreditar que dichas actividades no disminuirán sustancialmente la competencia ni afectarán el comercio de los Estados Unidos de América, o que no mejorarán o deprimirán irrazonablemente los precios del producto en cuestión en ese país y que no constituirán un método desleal contra los competidores.

El Doctor Marzorati comenta que obviamente todas estas disposiciones implican un análisis de situaciones fácticas difíciles y muy complejas que requieren la emisión de pautas, para que los interesados puedan lograr obtener los certificados sobre la base de prácticas administrativas, que es necesario conocer para poder interpretar adecuadamente las disposiciones comentadas⁸⁰.

En cuanto al art. 337 de la *tariff act.* (19 *United US Codes*), 1337, se puede puntualizar que prohíbe cualquier práctica desleal en lo que respecta a la importación de productos en los Estados Unidos de América, si como consecuencia se daña o afecta sustancialmente a la industria americana o

⁸⁰ OSVALDO J. MARZORATI. Alianzas Estratégicas y joint ventures. P. 69.

contraviene patentes, marcas o derechos de propiedad intelectual americanos.

Así mismo el art. 301 de la trade act brinda a la *FTC* para restringir importaciones o reaccionar contra prácticas irrazonables, discriminatorias o injustificables de gobiernos extranjeros que limiten o afecten al comercio estadounidense. La actividad que realiza la *FTC* puede estar dirigida por el Presidente de los Estados Unidos de América. Comentan algunos autores argentinos que se ha arremetido en ocasiones reiteradas contra varias empresas argentinas e incluso contra el mismo gobierno argentino, pero mayoritariamente esta disposición ha tenido como blanco al gobierno japonés, por sus políticas en algún momento de cierre de importaciones.

La hermenéutica de la ley se dejó en manos de los tribunales que elaboraron las designadas *antitrust violations* y la *rule of reason*. La primera estableció que todo acuerdo de restricción de la competencia es ilegal, pero dado la inflexibilidad y la rigidez de ésta norma los tribunales posteriormente elaboraron la *rule of reason*. Según este criterio, se debían interpretar las aquellas acciones que limitaban en exceso o irrazonablemente el desarrollo normal de la competencia. De todas formas los acuerdos sobre fijación de precios fueron considerados ilegales.

La Comisión Federal de Comercio posteriormente permitió realizar acuerdos de producción comunes, publicidad en común, organizaciones

comunes para la venta, talvez influenciados por las decisiones de la entidad antimonopolio alemana.

Las organizaciones comunes para suministro o venta estaban constituidas por asociaciones de cooperación que tenían como finalidad aprovechar las ventajas para sus asociados. En el caso del comercio exterior que ya mencionamos anteriormente, se efectuó una modificación a la *Sherman act*, mediante la enmienda *Webb – Pomeroy*, que autorizó los acuerdos de precios para el comercio de exportación, con la condición de que la asociación involucrada no bajase los precios internamente en los Estados Unidos de América.

En resumen, con estas características generales, la ley y la práctica americana, empero la diferencia legislativa, influyeron en la elaboración de la ley alemana y estas dos en la redacción del Tratado de Roma.

Tanto los unos como los otros realizan sus mejores esfuerzos en defensa de la competencia.

Esta idea está basada en el principio sostenido en Estados Unidos de América de que la libre interacción de las fuerzas competitivas contribuye a la mejor distribución de las fuerzas económicas para mejorar la calidad y reducir los precios, y a generar mejores progresos o materiales

estableciendo simultáneamente la condición necesaria para permitir mantener las instituciones democráticas, políticas y sociales⁸¹.

Las leyes europeas han aceptado ese principio con mayor moderación, aceptando que pueden existir restricciones a la competencia y que éstas son positivas, con la condición de que sean por un tiempo limitado y fiscalizadas por una autoridad pública, es por ello que las leyes europeas no se preocupan demasiado de la restricción a la competencia como los abusos a esas restricciones, que deben ser previstos con controles administrativos incluso a los acuerdos exentos.

Consecuentemente, los europeos han ido mucho más allá del *rule of reason*, consagrando exenciones más generales.

En el derecho europeo no existe el principio del *implied conspiracy doctrine*, el mismo que no permite discriminaciones, basándose en siempre son perjudiciales ciertas prácticas contrarias a la competencia.

La norma alemana, a su vez, es más rígida que el Tratado de Roma, y se parece a la estricta concepción americana, pero paralelamente consagra varias excepciones, incluso a las leyes sobre carteles, distinguiéndolos entre carteles verticales y horizontales, a su vez el Tratado de Roma no hace distinción alguna entre ambos, y las condiciones de exención son aplicables a todo tipo de carteles. En cualquier caso, es importante destacar que tanto

⁸¹ OSVALDO J. MARZORATI. Ob.cit. p. 70.

en la ley americana como en las leyes europeas, se condenan todas las actividades nocivas a la competencia, independientemente de quiénes las realizan, sean estas compañías individuales, conjuntas, resultantes de fusiones, *joint ventures* o asociaciones de cooperación de cualquier tipo.

CAPÍTULO II

EI CONTRATO DE JOINT VENTURE: INTRODUCCIÓN, ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE. NATURALEZA JURÍDICA DEL JOINT VENTURE

2.1 INTRODUCCIÓN AL CONTRATO DE JOINT VENTURE

El *joint venture* a pesar de ser relativamente una figura nueva sobretodo en algunas legislaciones Latinoamericanas como por ejemplo en la República de la Argentina, presenta un laborioso proceso de conceptualización por parte de la jurisprudencia norteamericana, demostrando tener flexibilidad y factibilidad de constitución para poder operar en mercados externos, lo que lo hace particularmente útil y atractivo para los negocios internacionales.

La manera en que una operación internacional se desarrolla y el contrato mismo que le da origen han propiciado en varias ocasiones a que se confunda el instrumento jurídico con la operación que se deriva del contrato o las modalidades del mismo, es por esto que indistintamente se enuncia el *joint venture*, para referirse a la expresión contractual, o a la *joint venture* cuando se quiere identificar la operación.

Para poder entender mejor a ésta figura, debemos saber con que medida y con que criterio el sistema jurídico anglo - sajón tradujo al sistema

jurídico romano – germánico, a través de la práctica comercial internacional. Esto es debido a que los criterios de la jurisprudencia estadounidense, así como la teoría de la responsabilidad, estuvieron inicialmente basadas en las características del *partnership*. Debido a lo dicho es muy importante recurrir a las fuentes del *partnership*, como creación de ese sistema jurídico, para entender luego al joint venture.

2.2 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL JOINT VENTURE: El *partnership* y el acercamiento al joint venture

Origen y Evolución

Los orígenes de los joint ventures se encuentran en el inicio del comercio, como un medio asociativo útil en las prácticas mercantiles y de las asociaciones comerciales de los egipcios, fenicios y de los asirio – babilonios. Esta figura aparece muy clara en los institutos asociativos mercantiles en Italia en el siglo XIII, particularmente con las figuras *colleganza* en la ciudad de Venecia y de la *commenda* en la ciudad de Génova, formas de organización de la actividad mercantil encaminadas a coordinar y disciplinar los esfuerzos para cada viaje internacional y otorgar a los participantes una ventajosa limitación de la responsabilidad. La noción del joint venture se traslada luego al Támesis con la denominación de *Gentleman Adventures*, que con un sentido práctico restringe el riesgo individual de los operadores en los viajes de expediciones con mercancías hacia las grandes ferias que tenían lugar en la Europa Continental. Los

Adventures adquirirían un vínculo limitado solamente para cada expedición, de esta manera quedaba inalterada su libertad para realizar o participar en otros actos de comercio, posterior a la repartición de los beneficios obtenidos y la liquidación de las compensaciones debidas a la administración. Vemos entonces que se trataba de una asociación ocasional, que se limitaba a cada operación, que en caso de repetirse requería de un contrato adicional.

Algunos autores han querido ver como un antecedente de esta figura al “préstamo a la gruesa ventura” y también a la *societas alicujus negotiationis* del derecho romano clásico, lo que se considera una vinculación un tanto forzada, ya que el primero se dio en el área específica del comercio marítimo y en el otro caso, siendo la relación más cercana, hace referencia a contratos de sociedad. Es más preciso atribuir su nacimiento en el *common law*.

Con el pasar del tiempo esta modalidad un tanto primitiva del *Gentleman Adventures* que surgió en el Mediterráneo, centro del comercio internacional en el siglo XIII, se fue perfeccionando en base al criterio pragmático propio del *common law*, instaurándose lo que luego sería el *partnership*.

2.2.1 El Partnership

La acepción etimológica inglesa lo acerca a los términos sociedad, interés social o asociación, aunque el alcance de la denominación sociedad no es el mismo que se lo da en algunas legislaciones de derecho positivo.

Se deriva del latín *partiri* que significa compartir, ésta figura nace en Inglaterra y ha evolucionado a través de la labor jurisprudencial de los tribunales de ese país como también de los Estados Unidos de América, país al que emigró una vez incorporado al sistema del *common law*. De este modo, la legislación dictada sobre partnerships ha venido a recoger y ordenar las reglas elaboradas por el derecho jurisprudencial⁸².

Apoyándonos en las normas citadas, podemos decir que la *partnership* es la relación entre dos o más personas que está destinada a realizar un negocio del cuál las partes gozarán de los beneficios causados y responderán por las pérdidas, reconociéndoles un patrimonio propio. Esto no significa la creación de un ente jurídico diferente, sino que se lo entiende así para fines prácticos simplemente. Se debe mencionar que la *Partnership Act* se refiere a una relación y no a un contrato.

⁸² En Inglaterra se ha dictado la Partnership Act (1890) y la Limited Partnership Act (1907). En Estados Unidos la Uniform Partnership Act (1914), la Uniform Limited Partnership Act (1916) y la Revised Uniform Limited Partnership (1985). (Los autores extranjeros QUE SE citan en los capítulos II y III han sido citados por ANÍBAL SIERALTA RÍOS).

El término relación es difícil entender por el razonamiento *juscivilista*; no obstante, en el sistema del *common law* se considera que un contrato no puede realizarse en el caso de responsabilidad por *holding out*, que es un principio según el cual comenta el Doctor ANÍBAL SIERRALTA RÍOS, si las partes tienen la clara intención de que no serán contratantes, y luego una de ellas presta su nombre y se convierte y actúa frente a terceros como si lo fuera, entonces se convierte en partner, pero no en razón de existir un contrato sino para prevenir fraude a los acreedores, que podrían considerar que están prestando en base al crédito de los contratantes cuando, en la realidad, lo están haciendo a uno solo de ellos. Por tal razón es que se señalan dos categorías de *partners*: aquellos gestores del negocio, que responden ante terceros ilimitadamente, llamados *general partnerships*, y los que responden hasta el monto de sus aportes, (responsabilidad limitada) y no administran la sociedad, son los *limited partnership*⁸³.

Un concepto del Partnership, en los Estados Unidos de América es el de un “contrato voluntario entre dos o más personas capaces de poner sus objetos, trabajo, dinero y conocimientos en un negocio lícito con el entendimiento que éste será proporcional en las ganancias y pérdidas entre ambos”⁸⁴.

Es muy importante hacer referencia a la responsabilidad dentro de la *general partnership*, ya que ésta delimita las obligaciones de los partners frente a la entidad y a terceros; éstas son las tres reglas generales:

⁸³ Aníbal Sierralta Ríos, Joint Venture Internacional, p. 42.

⁸⁴ Henry BLACK. Black's law dictionary. St. Paul, Minnesota, West Publishing Co.

- La primera regla se basa en que una persona no puede proponer como acción o defensa hechos incompatibles con su conducta anterior; por lo que debe ser congruente en su accionar.
- La persona que ha permitido que se crea que es un partner, luego no puede alegar lo contrario.
- Si un tercero contrata a sabiendas de que lo hace con un partner con la certeza de que no posee autorización; o por el contrario lo hace sin saber que es un partner, entonces carece de acción frente a otros *partners*.

El interés en la responsabilidad de los *partners* contra terceros, se debe a que el actuar de cualquiera de ellos repercute, involucra y responsabiliza a los demás *partners*, ya que cada uno es representante de los otros.

Un aspecto importante del *common law*, expresa que cuando un tercero realiza un contrato con uno de los partícipes, es posible que tenga en cuenta el crédito no solamente con quién ha contratado, sino también el crédito de los que esa persona tiene el negocio común. Es por esto que el derecho protege esa confianza y establece la responsabilidad de todos los partícipes, presumiendo que éstos, expresamente mediante algún contrato o tácitamente por su conducta, han otorgado un recíproco poder para los objetivos del negocio común.

De esta forma, podemos apreciar en esta figura una solidaridad entre los que conforman el *partnership*, aspecto que es muy análogo en el joint

venture y que definitivamente nos lleva a un análisis dentro del sistema jurídico romano – germánico, para poder establecer las posibilidades de aplicar esta figura en nuestra legislación; ya que como menciona SIERRALTA las características comunes de una determinada figura jurídica en el *common law* se pueden establecer por vía jurisprudencial, contrario a nuestro sistema jurídico, donde si bien, la jurisprudencia es fuente del derecho, la ley prima sobre ella⁸⁵.

Debemos acotar que en el Partnership Act de 1890, quedó establecido que en caso de que uno de los *partners* tenga deudas, los bienes que tenga la *partnership* no serán vulnerables por acciones que pudieren proponer sus acreedores, y que más bien ellos pueden hacer cobro de la deuda mediante las utilidades percibidas por el partner o con cualquier otra cantidad que le correspondiere.

Es preciso aclarar que la supuesta separación de patrimonios en cuanto a los partner y la *partnership*, que parece conducirnos a pensar que se trata de la existencia de una persona jurídica, no debe ser confundida, ya que la propia ley se encarga de demostrar que el *partnership* no es un sujeto de derecho, explicando que éste debe mantener su origen dentro del *common law*, es decir tal como se lo conceptualizó, como un grupo o agrupación de personas que contribuyen a la conformación de un patrimonio distinto sobre el cual todos los partner practican un condominio con separación patrimonial y que se denomina *tenancy in partnership*.

⁸⁵ Aníbal SIERRALTA RÍOS, Joint Venture Internacional, p. 46.

“Un general partnership es una asociación de dos o más personas para llevar a cabo, como co – propietarios, un negocio para su beneficio. Es una entidad del *common law* creada por un contrato, expreso o implícito, para llevar a cabo un negocio conjunto y compartir beneficios. No como las *partnerships limitadas* o las *corporations*, que son creadas mediante estatutos y que existen solo si se cumplen dichos estatutos. No se requiere el registro para crear un *general partnerships*”⁸⁶.

El desarrollo de la industria y el nacimiento de lo que son las actuales sociedades o *corporations* a fines del siglo XIX, engloban reglas muy claras y limitadas para sus *partners* y sus administradores, y sobre todo han sido la solución para captar capitales y desarrollar las inversiones. Sin embargo, el acelerado desarrollo comercial requería de formas contractuales agresivas y operativas, como el uso del *limited partnership*, para poder hacer frente a inversiones cada vez mayores que sugerían compartir los riesgos exceptuando la responsabilidad ilimitada de quienes han aportado. De modo que para superar la repetida subsanación del acuerdo entre empresas que conducirían a ser consideradas dentro de la estructura legal del general *partnership* y de la consiguiente aplicación de sus reglas, se constituyeron sociedades por acciones con el objetivo primordial de garantizar a las partes las limitaciones de la responsabilidad personal.

Toda esta evolución que más tarde se iría perfeccionando, ha permitido sin duda que se lleven a cabo en la actualidad muchos proyectos y

⁸⁶ Joseph H. HENNESSY, “Basic Forms and Terms of US Joint Ventures”. Joint Ventures. London, Eurostudy Publishing Co. Ltd., 1990, p.28.

se desarrollen varios negocios que demandan grandes inversiones y que requieren de una normativa clara, flexible y al mismo tiempo eficiente y que contribuya al progreso público y privado de las naciones.

Aquí es conveniente hacer una paréntesis para entender el hecho de que en los Estados Unidos de América no es conocido enteramente un tipo de sociedad semejante a la *private company inglesa* o a la sociedad limitada, mas próxima a los latinoamericanos, en los que la responsabilidad limitada de los partners es garantizada, mientras que siendo diferente y más bien semejante a la comandita simple, es la *limited partnership* que esta regulada por la Uniform Limited Partnership Act.

Así, se planteó la interrogante de saber si era factible que una sociedad mercantil (corporation), participe en una partnership, que carecía de restricciones con respecto a su objeto y que podía involucrarla en operaciones comerciales para las cuales no tenía autorización e incluso quedar esta sociedad comercial obligada por la acción de personas ajenas a sus órganos de administración. Esto fue resuelto por la jurisprudencia estadounidense que sentenció en el caso “Mallory vs. Manaur Oil Works” (1888) que “La existencia de la partnership no sólo interfería con la administración de la *corporation* a través de sus funcionarios regularmente designados, sino que lesionaría la autoridad de los mismos accionistas, e involucraría a la sociedad en nuevas responsabilidades por acción de representantes sobre los que ésta no tiene control”. En la historia una

corporation como partner era concebida como una delegación no apropiada de poderes por parte de la compañía.

De esta manera, se prohibió, que las *corporations* actúen dentro de las *partnerships*, ya que el actuar de cualquiera de los *partners* podía hacer que se involucre en negocios que no estuvieran incluidos en el objeto de la misma *corporation*. Los Tribunales norteamericanos dieron solución a este problema, determinando que si en una *partnership* participa una *corporation* tendría la denominación de *joint venture*, estableciéndose que ésta fuese una relación para un proyecto específico. Así determinaron que tanto la *partnership* como el joint venture estaban gobernados por las mismas reglas, pero que esta nueva figura daba solución al problema de que las *corporations* participaran en contratos de *partnership*. Para quede esto claro, lo que querían decir fue que de esta forma la figura del joint venture se emancipaba de la *partnership* y adquiría presencia independiente.

La regla que establece el *common law* es clara y precisa al decir que una asociación o entidad (*partnership*) y una sociedad personalizada (*corporation*) no son congruentes. El propósito de la ley al crear y reglamentar las sociedades personalizadas (*corporation*) tiene la finalidad de dar una gestión exclusiva de los negocios de cada sociedad personalizada (*corporation*) a órganos que han que están previstos o creados en sus Estatutos. Esa administración o *management* debe estar separada y ser exclusiva. El principio se basa en que una *corporation* no puede participar de

otra sociedad (*partnership*) ya sea con otras personas naturales o jurídicas (*corporations*); recordemos el caso “Mallory vs. Hanaur Oil Works”.

Sin embargo es imprescindible mencionar que las *corporations* poco a poco dejaron de ser figuras societarias excepcionales, y se convirtieron en instrumentos de aplicación masiva.

2.2.3 Acercamiento al Joint Venture

El propio término joint venture puede conducirnos a entender más a esta figura que las mismas enseñanzas jurisprudenciales y la práctica. El término joint significa unión, conexión o conjunción y por otro lado el término *venture* o ventura en inglés o castellano significan riesgo, exponerse a la casualidad o fortuna; pero con la diferencia de que en inglés se lo concibe positivamente, es decir a manera de motivación, ya que el riesgo nos puede llevar al éxito; en tanto que la misma palabra en castellano es concebida negativa o de una manera pesimista, así se dice que ventura es el “modo adverbial con que se denota que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua). Por lo que se ha hecho difícil entender en su totalidad la figura debido a que tanto los procesos culturales como los sistemas jurídicos son diferentes.

Aun cuando, como hemos señalado, el contrato comienza a tomar forma en el derecho inglés, éste hacía referencia siempre una *partnership*

particular o especial (*particularized partnership* o *special partnership*), incluso para tratar los aspectos vinculados a la limitación de la responsabilidad debió articular el Limited Partnership Act, pero no se admitió con plenitud el *joint venture*, que luego entraría a las prácticas comerciales en Norteamérica, cuyas fuentes de derecho no eran exclusivamente las del *common law*, sino que tenían una influencia holandesa y, en la época de la Independencia, francesa, pero es necesario mencionar que dichas influencias terminaron luego en las corrientes del *common law*.

Esta figura se consolida a mediados del siglo XIX cuando se crea la Terminal Railroad Association of St. Louis, asociación que fue constituida en común por quince empresas ferroviarias, para adecuar las instalaciones de ese importante desembarcadero ferroviario.

Para finales del siglo XIX, siguieron muchos otros joint ventures organizados, principalmente en forma societaria, estuvieron presentes en el sector ferroviario para la construcción de puentes y estaciones. Posteriormente, a inicios del siglo XX, en los Estados Unidos de América, los joint ventures empezaron a surgir por la distribución del riesgo, en el sector marítimo, minero y en el petrolero.

Pero realmente el joint venture alcanza gran utilidad y expansión en los años '60, época en la cual BERG, DUNCAN Y FRIEDMAN registraron más de 2282 casos de creación de “una empresa constituida por dos o más entidades separadas, que a su vez son empresas, y que se reparten la

propiedad típicamente sobre la base de las cuotas accionarias controladas”⁸⁷. No obstante es en la década de los '70 cuando esta figura se internacionaliza. Así Hladik señala un incremento de joint ventures internacionales de empresas estadounidenses a partir de 1974 hasta fines de 1982: en un total de 599 con una punta máxima de 112 en 1981⁸⁸. Entre 1970 y 1984 Harrigan identifica a 862 casi *partnership* a través del cual dos o más empresas generan una tercera entidad para hacerla desarrollar una actividad económica, asumiendo un rol activo en esa, bajo el perfil decisonal, cuando no bajo la actividad operativa⁸⁹. Empero en la mayoría de estas operaciones comentan los autores que se utilizó la expresión genérica “acuerdo de joint venture”.

A continuación se muestra un como ejemplo clásico en la jurisprudencia norteamericana, denominado “Meinhard vs. Salmon” (249 New York, 458, 164 N.E. 545), que enseña el espíritu del joint venture y que debe ser entendido cuando queremos introducirlo en un sistema jurídico diferente del *common law*.

A comienzos del siglo XX, en la ciudad de New York, el Sr. Salmon tomó en arrendamiento un Hotel llamado Bristol, que estaba ubicada entre la 5ta. Avenida y la Calle 42 en Manhattan. Con el objetivo de desarrollar un negocio hotelero Salmon firmó un contrato con Sr. Meinhard, quién

⁸⁷ S.V. BERG, J. DUNCAN, P. FRIEDMAN, Joint venture strategies and corporate innovation. Oelgeschlager, Gunn & Hain Publ., 1982, p. 3.

⁸⁸ J.J HLADIK, International joint ventures: an economic analysis of US – foreign business partnership. Lexington, 1985.

⁸⁹ K.R. HARRIGAN. Strategies for joint venture. Lexington, 1985, pp. 2 y 3.

aportaría el 50% de los fondos necesarios para equipar el hotel y puesta en marcha de la operación; mientras tanto Salmon, estaría a cargo de la operación del hotel y facilitaría el *management*. El contrato vencía en 20 años. Ambas partes debían dividirse los beneficios y posibles pérdidas en la gestión del negocio. Mientras duraba el contrato estuvo en vigencia Salmon, que tenía una buena experiencia en el negocio inmobiliario, tomó en arrendamiento varios locales que estaban junto al hotel y por lo tanto tenían una plusvalía derivada de este negocio, creando para ello una persona jurídica (*corporation*) que se denominó “Midpoint Realty” de la cual él era el único dueño. El Meinhard que no había tenido conocimiento de esta acción en un inicio, sorprendido por esta deslealtad pretendió primero incluir el negocio dentro del *joint venture*, pero al no tener respuesta inició una acción de demanda en contra de Salmon en la Corte de New York. En el año de 1928 la Appellate Division de la Corte Suprema reestablece el derecho del demandante y dispone que asuma la mitad menos una de las acciones de Salmon sobre los locales en arriendo y en explotación.

Ésta sentencia es importante en cuanto a que se mantiene un criterio común que hasta ahora se lo conserva sin variaciones. La sentencia de la Corte Suprema fue: “En los joint ventures las partes, se deben una a la otra, en cuanto la empresa existe, el deber de la más estricta lealtad. Muchas formas de conducta permisibles en la actividad diaria de los negocios para los que actúan independientemente son prohibidas para los que están ligados fiduciariamente... No la simple honestidad, sino los escrúpulos de la honra más sensible serán la medida de su comportamiento. En este sentido

se desarrolló una tradición que es inflexible e inveterada. Rigidez sin compromisos ha sido la actitud de los *courts of equity* cuando han sido requeridas a cambiar la regla de la lealtad por la erosión desintegradora de excepciones particulares. Solamente así la conducta de los fiduciarios se mantiene en un nivel más alto que el presentado al Tribunal. El no será conscientemente rebajado por ninguna decisión de esta Corte” (“Meinhard vs. Salmon”, 248 N.Y. 458. 164 NE 54. 1928).

De esta manera la jurisprudencia norteamericana, fue puliendo esta figura contractual, con rasgos característicos como los de “Lobsitz vs. E. Lissberg Co”; “Columbian vs. Laundry vs. Henken”, entre otros importantes casos. De estas experiencias se pueden sacar varias características que muchas veces son sorprendentemente distintas a muchas relaciones contractuales dentro del sistema jurídico romano- germánico, razón por la cual es imperioso esbozar los criterios básicos para poder conceptualizar al joint venture y a sus operaciones.

2.3 CONCEPTUALIZACIÓN DEL JOINT VENTURE

Definiciones

La inquietud que se presenta al querer describir estas recientes modalidades contractuales, nos encamina frecuentemente a intentar dar una definición de algo que no se conoce ampliamente, lo cual puede traer confusiones, ya que lo que se hace es comparar y no descubrir.

Se puede decir que el joint venture ha sido comparado con otras figuras jurídicas, según la experiencia y tradición de cada país. Por ello, para algunos se ha establecido como un consorcio, otros lo han tomado como una asociación en participación, y unos pocos han dicho inapropiadamente que es una empresa formada por aportes o capitales, es decir una sociedad por acciones.

Arnold Wald indica que el consorcio es una “forma reciente de concentración empresarial... que corresponde al joint venture del derecho norteamericano”⁹⁰.

Así también coinciden otros autores en que la nueva figura es otra modalidad de asociación de empresas que se encuentran en el Derecho Comparado y que buscan objetivos semejantes a los pretendidos por el consorcio.

Bulgarelli señala: “Se trata de una especie de consorcio que se aproxima a la fusión, pero que se diferencia por no presentar estabilidad y permanencia y en general buscar objetivos específicos limitados”⁹¹.

El ITC *Thesaurus of International Trade Terms* define el joint venture como “la unión de fuerzas entre dos o más empresas, del mismo o de

⁹⁰ Arnold WALD. “Consortio de Empresas” Revista dos Tribunais. Informa N° 119, dez. 1974. São Paulo, pp, 14 y 15.

⁹¹ Waldirio BULGARELLI. Op. cit., p. 70.

diferentes países, con el propósito de llevar a cabo una operación específica (industrial, comercial, inversión o producción). Esto incluye consorcio, consorcios de exportación, grupos de marketing (compraventa), de exportación, uniones de exportación de grupos de marketing (*joint export marketing groups*)”⁹².

Esta definición incluye simultáneamente la unión de empresas y la posibilidad de que a su vez éstas sean resultados de otras uniones, aunque no explica la naturaleza jurídica.

Por otra lado, los que la asimilan con la asociación en participación o cuentas en participación, lo hacen inadecuadamente ya que en esa figura el asociado aporta bienes o servicios en pro de que el asociante proceda en nombre propio; en cambio en el *joint venture* los participantes actúan abiertamente en la operación. En la asociación o en las cuentas por participación existen participantes ocultos, lo que no pasa con el *joint venture*, donde no se buscan participantes ocultos sino todo lo contrario. Por último, la asociación es considerada como una sociedad particular, en cambio, el *joint venture* es contractual por esencia, siendo la creación de una compañía o una sociedad una consecuencia.

El *joint venture* también ha sido incorporado dentro del extenso campo de los contratos de cooperación empresarial. Mercadel y Janin califican de “contratos de cooperación inter – empresas” los “acuerdos... que

⁹² ITC. Op. cit., p.18

tienen por finalidad el desenvolvimiento de acciones conjuntas (en el sector de actividad de la empresa) en que ambas partes actúan en pie de igualdad”⁹³. Este amplio concepto deja agrupar a figuras interesantes como acuerdos de distribución, cesión de tecnología, subcontratación, entre otros, así puede convivir la noción de *joint venture*.

Otro término con el cual el *joint venture* ha pretendido incluirse dentro del sistema jurídico romano – germánico es el de “empresa conjunta” por ser una forma de cooperación o de colaboración que crea una nueva unidad económica y que cuya autonomía esta determinada por una finalidad distinta a la que individualmente tienen las partes. También otros técnicos como Bayani S. Aguirre la denominan “empresa mixta”. Algunos textos de Naciones Unidas la denominaron “co – empresa”, término que no tuvo acogida.

El autor TURATI ilustra un concepto de aproximación a la figura del *joint venture* diciendo que es... “una empresa constituida ex – novo por dos u otras empresas para el desenvolvimiento en común de una actividad, en la cual los sujetos constituyentes no pierden su propia y recíproca autonomía económica, conservando la preexistente identidad jurídica. Más precisamente la *joint venture* es la empresa conjunta resultante de un contrato homónimo que sanciona una nueva entidad al interior de la cual las partes desarrollan una propia acción común, en la forma y según las líneas previstas en los acuerdos inter – partes. La extrema variedad de los casos

⁹³ Barthelemy MERCADEL Y Philippe JANIN. Les contrats de cooperation inter- entreprises. Paris, Ed. Francis Lefevre, 1974, p.31.

concretos, la concurrencia de ópticas diferentes de análisis (jurídica, económico – industrial, económico – administrativa, organizativa) no permiten superar una incertidumbre definitoria inicial. Infortunadamente el mismo perfil jurídico ayuda sólo en parte a aclarar los límites del objeto, sea por una variedad que la fórmula *joint venture* ha podido asumir con el tiempo, sea por la ausencia de una clara legislación en materia. Y sin embargo, también, también bajo el perfil económico hay indudable falta de certeza en el uso del término, ligada a la falta de una clara y universalmente reconocida definición del fenómeno”⁹⁴.

FRIEDMANN y KALMANOFF definen como *joint venture* toda forma de asociación que implica una colaboración por un período de tiempo que no sea demasiado limitado”⁹⁵. Otra definición la hace TAUBMAN individualizando la especie como “la asociación de dos o más personas físicas o jurídicas como co- titulares de una empresa, negocio, una operación por la duración de esta particular operación o serie de operaciones, o por un tiempo determinado”⁹⁶.

Según West...“es un acuerdo contractual entre dos o más partes para dividir sobre la base pactada los riesgos, los beneficios y las posibles pérdidas de una actividad económica específica y determinada en el tiempo y en el objeto”⁹⁷. Así también Gorbis y Yorke dicen que es “un acuerdo

⁹⁴ Carlo Turati. Op. cit., p. 26

⁹⁵ Wolfgang FRIEDMANN & George KALMANOFF. Op. cit., p. 6.

⁹⁷ A. E WEST. “Thinking Ahead: The Jointly owned Subsidiary” in Harvard Business Review, Boston.

accionario a través del cual dos o más empresas forman una tercera entidad para desarrollar específicas actividades”⁹⁸. HALL tiene una definición un tanto más amplia, él opina que “una joint venture puede ser cada tipo de acuerdo a través del cual dos o más partes se involucran en una compañía y combinan recursos para realizar un específico objetivo económico”⁹⁹.

En cuanto a autores Latinoamericanos debemos decir que curiosamente dos grandes maestros quienes están entre los más consultados y valiosos, como Luiz Olavo Baptista de nacionalidad brasilera y Sergio Le Pera de nacionalidad argentina, no se arriesgan a definir a esta figura, sino que más bien la analizan profundamente mediante sus características, elementos y modalidades. Esporádicamente ilustran una concepción de la misma; así Luiz Olavo Baptista comenta... “se trata de una forma asociativa sui géneris, modelo jurídico nacido de la práctica de los negocios y configurado por vía contractual y por las decisiones de los tribunales, y que todavía no alcanzó su forma definitiva por vía legislativa en su país de origen”¹⁰⁰; en cambio Le Pera dice: “Para que haya joint venture quienes en él participan deben efectuar una contribución al esfuerzo común. Esta contribución puede consistir en bienes, derechos o dinero, pero también en industria, o simplemente en el tiempo aplicado a la ejecución del

⁹⁸ M. GORBIS, K. YORKE. Strategic Partnership: A new corporate response. SRI International, 1985, p.6.

⁹⁹ R.D.HALL. The International Joint Venture, Praeger, 1984, p. 19.

¹⁰⁰ Luiz OLAVO BAPTISTA. “A Joint Venture – Uma perspectiva comparatista”. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, No. 42, abril – junio, 1981, p. 53.

proyecto. Estas combinaciones deben ser acordadas de tal manera que por ellas se cree una comunidad de intereses”¹⁰¹.

Por otra parte otros autores como el ilustre CABALLERO SIERRA, sostiene que el *joint venture* es “... una asociación de dos o más personas para realizar una empresa aislada que implica un determinado riesgo (*venture*), para lo cual persiguen unidas un beneficio, pero sin crear sociedad ni corporación alguna, y para ello se combinan propiedades, efectos, trabajo, conocimiento, etc. En el *joint venture*, cada miembro actúa como dueño y como agente de los demás miembros, y por ende, la promesa de uno equivale a la promesa de todos. <lo ejecutado por un miembro se entiende ejecutado por todos y se presume autorizado para realizar las actividades propias del joint venture. Todos los miembros asumen las pérdidas en la proporción convenida, y sus obligaciones se encuentran limitadas a la duración del propio joint venture. Entre los miembros se establece una relación de mutua confianza y buena fe, y mientras la organización se encuentra vigente no podrá realizar por su propia cuenta aquellas actividades y actos propios del joint venture, pues si así procediesen deberán reintegrar al fondo lo que hubieran obtenido de manera particular”¹⁰².

Se puede decir que la misma tendencia tienen los autores Juan M. FARINA e Isaac HALPERIN, quien señala que, es la “combinación especial

¹⁰¹ Sergio LE PERA, Op. cit., p. 74 y 75.

¹⁰² Gaspar CABALLERO SIERRA. Los Consorcios Públicos y Privados, Ed. Temis, Bogotá, 1985. p. 67.

de dos o más personas quienes en alguna determinada empresa con riesgo (*venture*) persiguen unidas un beneficio sin una sociedad efectiva o una designación corporativa; o como una asociación de personas para realizar una empresa mercantil lucrativa, para lo cual combinan su propiedad, dinero, efectos, habilidad y conocimientos...”¹⁰³.

De la misma forma piensan Manuel de la Puente y Lavallo, así como León Barandiarán Hart quien define el *joint venture* como... “una contribución especial de dos o más personas en una empresa específica, en la cual una ganancia es conjuntamente buscada, sin la designación o existencia de una sociedad o entre corporativo, estamos,... ante un contrato atípico, en el cual las relaciones ahí contenidas deben ser reguladas, internacionalmente, por la ley del contrato”¹⁰⁴.

Con respecto a esta última definición es preciso hacer un comentario al respecto, ya que el autor por un lado al decir que es un contrato atípico deja evidencia de que este contrato puede ser utilizado en nuestro sistema jurídico sin ningún problema, ya que si recordamos el principio de autonomía de la voluntad del Derecho Privado que permite hacer todo lo que no está prohibido por la ley, de manera que la figura del *joint venture* es perfectamente aplicable; por otra parte el autor nos deja muy claro que cada legislación se encargará de regular las relaciones contenidas en el contrato de acuerdo a la ley que le compete a cada parte, por lo tanto

¹⁰³ Isaac HALPERIN “Sociedad Anónima. Sociedad en Participación y Joint Ventures” Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, n. 31-36. Desalma, 1973, pp. 140-141.

¹⁰⁴ José LEÓN BARANDIARAN HART. “Consideraciones respecto al contrato de Joint Venture”. Derecho Empresarial, Lima, t. IV., Revista Peruana de Derecho de la Empresa. 1991, p. 121.

evidentemente encontramos una gran flexibilidad en cuanto a la aplicación de este contrato en las diversas legislaciones e incluso una gran apertura para realizarlo conjuntamente entre dos o más legislaciones. Es importante entonces decir que esta figura jurídica moderna plantea un análisis jurídico de cada país, ya sea para incorporarlo positivamente en sus legislaciones o bien para tomarlo en cuenta como un contrato atípico, pero sobretodo útil.

Creemos necesario ampliar en lo posible las definiciones de esta figura para no tener problemas en su interpretación, por lo que nos permitiremos hacer alusión a nuevos conceptos de juristas que han dedicado sus esfuerzos en el desarrollo de este tema.

Así la Doctora Mirians RÍOS GARCÍA, jurista chilena comenta que se debe dar un concepto que incluya las características esenciales de la figura para no hacer referencia solamente a los elementos constitutivos de la misma, de este modo la autora interpreta al joint venture como...“Una forma asociativa sui géneris de naturaleza contractual no societaria, destinada a crear vínculos de colaboración entre empresas independientes, que mantienen su autonomía jurídica, constituyendo una nueva empresa en sentido económico destinada a alcanzar un propósito específico”¹⁰⁵.

Según el autor mexicano Mario de la MADRID ANDRADE en su libro “El Joint Venture: Los Negocios Jurídicos Relacionados”, se refiere a las definiciones ilustradas por el *Black’s Law Dictionary* que dice...” El joint

¹⁰⁵RÍOS GARCÍA Mirians. JOINT VENTURES, p. 52 y 53. Chile, mayo de 2001.

venture es una asociación de personas o compañías que emprenden en conjunto alguna actividad comercial; generalmente todas aportan bienes y soportan los riesgos. Requiere una comunidad de intereses en el desarrollo del objeto, un derecho para dirigir y controlar las políticas con éste relacionadas y un deber de compartir las utilidades y las pérdidas, que puede ser modificado mediante acuerdo¹⁰⁶; igualmente se refiere a otro concepto que da WILLINSTON en base a las decisiones judiciales de los tribunales estadounidenses, argumentando que el joint venture es..."Una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (*ad hoc*), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una *corporation* o el status de una *partnership* en sentido legal, este acuerdo establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada *venturer* ejerce algún grado de control¹⁰⁷.

Hasta aquí hemos tratado de mostrar varias definiciones que nos acercan más al *joint venture*, pero se ha evidenciado parcialmente el contorno del mismo, en particular refiriéndose a los siguientes elementos:

- El consentimiento mutuo de las partes para contratar
- La doble o múltiple propiedad de la nueva empresa constituida
- La terminación o culminación de un proyecto específico

¹⁰⁶ Mario de la MADRID ANDRADE, El Joint Venture: Los Negocios Jurídicos Relacionados. p. (Introducción) XVIII, México 2005.

¹⁰⁷ Mario MADRID ANDRADE, El Joint Venture: Los Negocios Jurídicos Relacionados. p. 14, México 2005.

- La compaginación de intereses frente a un proceso dado o combinación económica

Dice SIERRALTA RÍOS que... “una conceptualización de campo requiere una mayor especificación y trato único del objeto observado”¹⁰⁸; para esto BRODLEY propone que se limite el concepto a:

“Una integración de diversas actividades entre dos o más empresas distintas que verifiquen las siguientes condiciones:

- La iniciativa es sobre el control conjunto de la casa matriz, la cual no se encuentra en condiciones de control recíproco;
- Cada empresa asociada ofrece una contribución sustancial a la actividad común;
- La iniciativa existe cual entidad empresarial separada de las empresas asociadas;
- La joint venture crea típicamente una nueva significativa capacidad empresarial, sea esta tecnológica, productiva, o comercial”¹⁰⁹.

Al mismo tiempo GOYDER plantea considerar a la empresa conjunta como: ““La creación de una entidad jurídicamente autónoma o, al menos la definición plenamente identificable de un emprendimiento conjunto o de una asociación que sea claramente diferente de sus fundadores; el traslado por

¹⁰⁸ Aníbal SIERRALTA RÍOS, Joint Venture Internacional, p. 63.

¹⁰⁹ J.F BRODLEY. Joint Venture and Antitrust Policy. Boston, Harvard Law Review, n. 95, 1982.

parte de estos últimos de personal y de recursos (a menudo derechos de propiedad sobre bienes intangibles) a favor de la nueva entidad; la asignación a esta de responsabilidad por el desenvolvimiento de una particular función o funciones acordadas por el *partner*¹¹⁰. En tanto, YOUNG y BRADFORD se refieren en forma más precisa al joint venture como: “Una *enterprise corporation o partnership*, formada por dos o más compañías, individuales o sociedades, donde al menos una de ellas es una entidad operadora que desea ampliar sus actividades, con el propósito de conducir una nueva, motivado por el beneficio comercial de duración permanente. En general la propiedad es compartida por los participantes con más o menos igual equidad en la distribución y sin absoluto dominio por una de las partes”¹¹¹.

Entonces, para poder hablar de la figura de *joint venture* no solamente se requiere incluir como característica a la voluntad asociativa y la conjunción de intereses, sino que también son necesarias las siguientes características:

- La unificación de los recursos otorgados por las partes, ya que todos ellos brindan beneficios a la figura.
- La subsistencia de la autonomía jurídica operativa de las compañías vinculadas. Las nuevas formas no modifican la estructura de las organizaciones asociadas; como opina ASTOLFÍ: “La joint venture es creada

¹¹⁰ D.G. GOYDER. EEC Cooperation Law. Oxford, Clarendon Press, 1988, p.174.

¹¹¹ G.R. YOUNG & S. BRADFORD. Joint Venture: Planning and Actions, New York, Financial Executives Research Foundation, 1977, p. 11.

para satisfacer la exigencia de unas empresas de tener un resultado económico integrando los recursos a las disposiciones pactadas; pero manteniendo la propia autonomía operativa y jurídica¹¹². De igual forma AZZINI expone que: “las individuales administraciones que colaboran no pierden la propia autonomía”¹¹³.

- La aportación de los contratantes en lo que respecta al capital de riesgo para el joint venture.
- La participación conjunta de quienes han contratado en cuanto a la operatividad y estrategias del acuerdo.
- El complemento de las actividades del *joint venture* sobre el accionar común de las partes.

En los parámetros fijados del contrato, la nueva entidad puede contraer deudas, firmar contratos o emprender en actividades nuevas a nombre propio, sin que exista consecuencia alguna en cuanto a la posición legal y financiera de las administraciones constituidas, con excepción claro está por inversión en el *joint venture*. La figura al tener capital propio, asegurar las relaciones contractuales y seguir los lineamientos establecidos de las partes tiende a asumir “un nivel de organización” semejante al de cualquier otra administración. Los contratantes aportan a la constitución y funcionamiento de la empresa común con sus mejores esfuerzos, siendo entre otros los principales, el aporte de capital, know – how, materia prima, canales comerciales, recursos profesionales, bases de datos de clientes

¹¹² A. ASTOLFI. Il contratto di joint venture. La disciplina giuridica dei reaggruppamenti tra imprese. Milan, Giuffré, 1981, p. 38.

¹¹³ L. AZZINI. Autonomía e collaborazione tra le aziende. Milán, Giuffré, 1964, p. 38.

potenciales o bien una combinación de uno o varios de estos aportes. La operación del *joint venture* se da sobre el conjunto de los asociados donde cada uno de ellos a su vez, tienen una distinta identidad, en cuanto a su finalidad, así también cuando la nueva administración tiene una larga combinación de cuotas de gestión.

La autonomía del *joint venture* esta dada contractualmente por los *venturers* respecto a la toma de decisiones de suscripción de contratos, financiamiento, y mercadeo de los productos. Igualmente esta figura existe por medio de varias transacciones que generalmente están basadas por un determinado período de tiempo o por el cumplimiento de una finalidad específica. El *joint venture* por características de participación, duración y complejidad, se cataloga por ser un complejo sistema que “del lado técnico es la unión de contribuciones; y del lado emotivo es la representación de un sentimiento de esfuerzo unitario o cooperativo”¹¹⁴.

La definición del fenómeno, por sus propias características, consiste en separar el *joint venture* de otras formas de comunidad empresarial de cierta manera semejantes. Así SIERRAALTA RÍOS dice... “el dar lugar a una nueva entidad organizativa, autónoma y separada de los contratantes, formalmente distinta por una autónoma personalidad jurídica, se distingue el *joint venture*, por acuerdos de desarrollo conjunto, del *joint bidding*, del *franchising* o del cambio cruzado de licencias. En su articulación interna, puede incluso comprender alguna de estas finalidades o fórmulas

¹¹⁴ Wolfgang F. FRIEDMANN & George KALMANOFF. Op. cit., p 5.

contractuales, como también la supervivencia de identidad separada entre los contratantes y entre estos y la nueva unidad constituida se distingue la forma del *joint venture* de los acuerdos de fusión y de los procesos de adquisición¹¹⁵.

Sin embargo, los autores opinan que es difícil conceptualizar definitiva y categóricamente al *joint venture*, ya que por una parte, existen distintas formas de *joint venture* e inclusive un *joint venture contractual* en algunos casos podría dar lugar a formar una sociedad según sea su evolución, y por otra parte porque al ser una figura nueva, su concepto se debe ir desarrollando y consolidando con el aporte de la doctrina y la práctica. De esta forma, por ejemplo en Gran Bretaña, este término se lo usa ampliamente, por lo que cuando es llevado a las cortes inglesas, primeramente se debe determinar la base legal en la que ha sido elaborado el contrato o el acuerdo, para lo cual se toma como referencia, los principios del derecho contractual y en algunas ocasiones el de las corporaciones.

Entre los sujetos que están vinculados generalmente no existe el ánimo de formar una sociedad, es por esto que se apoyan en esta figura ya que no desean crear una entidad jurídica autónoma. Se dice entonces que la “*affectio societatis*” esta ausente, pues lo que se pretende es realizar una determinada operación; dicen Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE... “no da lugar a la existencia de una sociedad o de una asociación (o sea una

¹¹⁵ SIERRALTA RÍOS Aníbal. *Joint Venture Internacional*, p. 66.

persona jurídica)”¹¹⁶; aquí debemos agregar que la asociación o sociedad es en todo caso para una determinada finalidad.

Podemos referirnos a América Latina para hacer una observación en cuanto a que no hay una definición legislativa ni de la figura ni de su forma estructural; pero como opina Aníbal SIERRALTA RÍOS... “tampoco eso es necesario, ni conveniente, pues simplemente anquilosaría la figura y le restaría versatilidad”¹¹⁷. Esta modalidad en nueva, deben darse más experiencias, sus variedades según los sujetos que contratan, la finalidad de la operación, la forma de aportación, van aumentando debido a que las iniciales *minerals joint ventures* o industriales ceden la posta, en número, a las comerciales, y también porque este instrumento se está presentando para el sector de servicios, principalmente bancarios. Por lo tanto es necesario que exista una tradición, que la doctrina se encargue de poner los parámetros y su naturaleza, antes de que...”el legislador, que la conoce apenas y la sospecha más, intente encuadrarla o congelarla como una figura típica”¹¹⁸. Se ha visto por ejemplo en cuanto al *leasing*, que rápidamente se lo tipificó en algunos países, y que posteriormente esto desanimó a los usuarios a utilizarlo, desaprovechando de esta manera un gran medio para la adquisición de activos necesarios para la modernización de las compañías del sector industrial de Latinoamérica.

¹¹⁶ Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. Nuevas Tendencias en la Contratación Moderna. Lima, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 1988, p. 27.

¹¹⁷ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Joint Venture Internacional, p. 66.

¹¹⁸ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Joint Venture Internacional, p. 67.

Es importante mencionar que ese contrato es producto de la práctica del *common law* y que tiene principios bastante distantes al uso habitual de las instituciones de nuestras legislaciones, como el *hardship*, la intención y el sentido que interpretan y ponen las partes cuando contratan, por lo que es necesario incorporar una cláusula que deje claro cuál es la motivación de quienes han contratado, ya que esto servirá luego para la interpretación del contrato por parte del juez.

Se puede hacer referencia a que en el Perú, mediante Decreto Supremo 010-88-PE del 22 de mayo de 1988, se mencionó por primera vez el término de *joint venture*, así en el art.1 que hace alusión a los contratos para la operación de las embarcaciones pesqueras que tengan bandera extranjera en aguas de jurisdicción peruana, establece que pueden hacerlos mediante la modalidad de: “Operaciones conjuntas de pesca” (*joint ventures*) (establecido en el inc. a del art. 1); señalando de esta manera a esta modalidad pero sin precisión, aunque luego al nombrar a la asociación en participación como otra modalidad para las operaciones mencionadas intenta distinguir esta inicial figura con la que varias veces su pretendió comparar al *joint venture*, proporcionándole la característica de la individualidad, pero sin dijimos, no la define y tampoco la entiende en su totalidad. Años más tarde, en junio de 1992 el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería del Perú, se refiere más detalladamente, pero sin precisar una definición, cosa que si lo hace el Reglamento de esta Ley (D.S. 03-94-EM).

Un concepto técnico, aunque jurídicamente impreciso es el que la considera como "...una fusión de intereses entre una empresa con un grupo económico, personas jurídicas o personas físicas, que desean ampliar su base económica con estrategias de expansión y/o diversificación, con propósito explícito de lucros o beneficios, con duración permanente o a plazos determinados"¹¹⁹. Indicando que se trata de una fusión de recursos tecnológicos, financieros, de know – how, de productos y de mercadeo afirmados en una finalidad común.

En tanto que el autor argentino SIERRALTA RÍOS concluye diciendo... "Para nosotros el joint venture es la relación contractual de dos o más personas naturales o morales que sin perder su propia identidad y autonomía, se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica determinada, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados únicamente en miras al objeto específico del contrato y en un lapso determinado previamente o limitado al cumplimiento de tal objeto. La esencia de este contrato es el objetivo común de las partes, que limita su acción por lo que la gestión del negocio involucrará una acción solidaria sin que lo decidido por uno de ellos pueda ser contradicho por el otro, si se hizo en cumplimiento de los claros objetivos determinados en el contrato. Es por tanto, un negocio donde la acción es caracterizada por dos o más sujetos que se deben mucha lealtad y fidelidad en todo lo vinculado directa o indirectamente al objeto contractual y que frente a terceros asumen, en principio, una obligación ilimitada y solidaria.

¹¹⁹ U.W.RASMUSSEN. Holdings e Joint Ventures. Sao Paulo, Aduaneiras, 1988, p. 135.

Esta forma de vinculación no genera, necesariamente, una nueva persona jurídica aun cuando a veces por las características de la operación, los recursos que se destinan y sobre todo por la forma de gestión en la que las acciones de uno comprometen al otro, se requiere de un aparato contable y administrativo complejo que puede dar origen a la formación de una compañía *ad hoc* gestora del objeto contractual¹²⁰.

De lo que todo lo establecido, queda claro que al contrato de joint venture no se lo puede confundir con la coinversión o la participación directa del capital extranjero en la propiedad de una empresa nacional. Eso solamente sería una pura y simple inversión extranjera, cuando se hace un aporte que proviene del exterior al capital social de una compañía nacional, lo que consecuentemente produce que se modifiquen los Estatutos Sociales de la empresa que recibe, así como en la distribución de los futuros beneficios.

2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA OPERACIÓN DEL JOINT VENTURE

En base a la práctica y la jurisprudencia estadounidense; así como de las variadas definiciones que hemos anotado, se pueden considerar cuatro criterios básicos que nos enseñan lo que es una operación de *joint venture*:

- Carácter contractual, con ausencia de forma típica
- Propiedad y riesgos compartidos

¹²⁰ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Joint Venture Internacional, p. 69.

- Derecho de los participantes, independientes entre sí, a la gestión conjunta
- Objetivos y plazos limitados¹²¹

Como se puede ver, el criterio de lucro no ha sido resaltado por el autor, porque si bien el *joint venture* es una figura que favorece las actividades con interés patrimonial, el lucro es una consecuencia de esto y no su fin principal. Por lo que esta figura bien puede estar incorporada dentro de un medio ambiente en el cual las partes se han unido no solamente para dividirse los lucros, sino también para beneficiarse de la economía que han generado. Visto de otra forma, lo que el *joint venture* busca es compartir un riesgo común, una tarea específica, realizar un proyecto común, en el que las partes que intervienen se complementan unas con otras, no habiendo un inmediato interés de lucro, sabiendo que el mismo puede derivarse de esta operación.

2.4.1 Carácter contractual

Esta característica parte del origen y desarrollo histórico del “acuerdo de joint venture”, lo que nos permite ver que definitivamente tiene un carácter contractual, y en función del mismo, se ha estructurando la *joint venture corporation*.

FRIEDMANN y KALMANOFF señalan que el “contractual *joint venture*, es análogo al *joint venture* que la jurisprudencia de los Estados

¹²¹ Aníbal SIERRALTA RÍOS. *Joint Ventures Internacionales*, p. 52.

Unidos de América desarrolló gradualmente como un tipo sui generis de asociación”¹²². Mostrando ser entonces una figura esencialmente contractual, porque como hemos visto el origen que tiene a partir del *partnership* fue contractual y no con el objetivo de crear una sociedad tal cual la entendemos en nuestro ordenamiento jurídico, pero que a su vez resalta elementos funcionales tales como el control y el riesgo, los mismos que son las preocupaciones habituales en la distintas formas de organización empresarial. “Luego esta figura en base al supuesto fáctico comercial es de carácter contractual en esencia lo que no niega que a partir de entonces surja una sociedad comercial para atender algunas de las inquietudes de los sujetos intervinientes”¹²³.

Esta característica propia del *joint venture*, esta dada en base al acuerdo de voluntades que buscan en conjunto un objetivo común, manteniendo su autonomía. Cuando se crea una persona jurídica aparte, se lo hace más por necesidad o para satisfacer requerimientos externos, o incluso legislativos. Es por esto que se debe tener la inclinación natural de pensar en categorías tales como propietario, socio y sociedad como un todo.

De esta manera la equity joint venture se origina por la derivación de una primera acción de *joint venture* donde es necesario incorporar bienes y cuantiosos recursos a la operación y los denominados *co-venturers* quieren que estos se individualicen para una disolución posterior, pero ésta no es la

¹²² Wolfgang FRIEDMANN & George KALMANOFF. Joint International business ventures. New York, Columbia University, 1961, p. 415.

¹²³ Aníbal SIERRALTA RÍOS. Joint Ventures Internacionales, p. 52

pretensión inicial de la actividad. Por lo tanto es una sociedad que nace con carácter funcional.

Entendemos claramente entonces que por experiencia, que las sociedades que se han constituido para subsanar los requerimientos del *joint venture* han sido un medio para su desarrollo, más no un fin. Aún más, sabiendo que el objetivo del *joint venture* no es la creación de un ente económico autónomo, y que la sociedad *ad hoc* estaría establecida para atender exigencias de tipo jurídico y tributario.

2.4.2 Propiedad y riesgos compartidos

En cuanto a esta característica se puede decir que cuando los negocios necesitan de operaciones tales como arreglos económicos y compromisos tecnológicos, se requiere de la presencia de varios individuos que participen de manera activa en tal operación. Así, en la legislación argentina dice SIERRALTA RÍO... “En ese instante es común que pensemos en las reglas que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles para regular la participación de los socios¹²⁴. En nuestro caso, podemos acudir a la Ley de Compañías y también ampararnos según sea el caso en los principios del Código Civil y Código de Comercio ecuatorianos.

Pero, la normativa sobre sociedades comerciales lógicamente está destinada a regular aspectos específicos de las compañías, donde los socios

¹²⁴ Aníbal SIERRALTA RÍO. Joint Ventures Internacionales, p. 54

buscan, especialmente, compartir beneficios en tanto que se recupera la inversión realizada; además no pueden alterar las reglas impuestas para las empresas, presentándose una relación reglamentaria y autónoma de los socios. En cambio en el contrato de *joint venture* la relación *Intuitu personae* es un elemento esencial del acuerdo. La confianza en las características personales de las partes se presenta siempre en estos negocios.

Las desventajas que se dan en un negocio en el que participan dos o más personas, son excluidas cuando la propiedad total la tiene un solo individuo, así, nos podemos preguntar ¿cuáles son las motivaciones para compartir las propiedades?, las mismas que veremos más adelante, pero principalmente una de éstas, es la de compartir los riesgos, como se dio por ejemplo, en el caso de los contratos relacionados a la construcción pesada (hidroeléctricas, obras de riego); que se desempeñaron en Latinoamérica en la década de los '70 en base leyes protectoras de las industria nacionales, y que produjeron el surgimiento de los denominados “grupos de empresas” o “agrupamientos de empresas”¹²⁵, los mismos que también algunos los llaman consorcios o “contratos de colaboración empresario”, así también “uniones temporarias de empresas”, como la legislación argentina la denomina (Ley 22.903). Debido a que varias operaciones de este tipo consideran los criterios del joint venture, es común que se las llame así, por cuestiones de oposición a los “agrupamientos o consorcios”¹²⁶.

¹²⁵ M. DUBISSON. Les groupements d'entreprises pour les marches internationaux. Paris, FEDUCI, 1979, p. 343.

¹²⁶ D. BONVICCINI. Joint Ventures: tecnica giuridica e prassi di impresa. Milán, Giuffré, 1977.

En estas operaciones, los partícipes buscan compartir los riesgos y de manera conjunta hacer frente a un desafío empresarial, ya que se presentan dos inquietudes: la una en cuanto al cliente (dueño de la obra o yacimiento): la cesión de tecnología y la total responsabilidad de quien emprende en la obra; y la segunda, el interés que tiene una de partes en expandirse en el mercado o desarrollar proyectos nuevos.

Existe una conjunción de tareas y de aportaciones a la finalidad del negocio que son compartidas. Es importante decir que en el sistema jurídico en el cual esta figura se origina, tiene dos formas de propiedad: los denominados *legal property* (derechos legales) y los *equity property* (propiedad por equidad); y aunque este lineamiento disminuye los tipos de propiedad, es una división institucional más amplia que la rígida estructura del sistema latinoamericano, porque permite que un sujeto pueda actuar ya sea como propietario o compartiendo una propiedad, sin mostrar los atributos del propietario, por lo menos en el concepto romano – germánico.

2.4.3 Derecho de los participantes a la gestión

El autor Peter DRUCKER señala: “El *joint venture* es el más flexible de los instrumentos para hacer ajustar lo que no encaja, y su importancia llegará a ser mayor. Es al mismo tiempo el más demandado y difícil para toda la diversidad de asuntos y el menos comprendido¹²⁷.”

¹²⁷ Peter DRUCKER. Management tasks, responsibilities and practices. New York, Harper & Row.

Se puede apreciar que el *joint venture* permite que las partes actúen directamente en la gestión de operación de esta figura. El lineamiento se basa en que pueden intervenir de una manera directa, siempre que su accionar esta encaminado dentro del objetivo del mismo. No es necesario tener autorización de una u otra parte, solamente es necesario que su gestión se encuadre en conseguir lo pactado en el acuerdo base. Las operaciones de este tipo tienen como propiedad la característica que hemos mencionado, debido a que se esta en frente de una “aventura conjunta” en la cual, el esfuerzo que pongan las partes las llevará al éxito de la operación, para lo que necesitan también de las características de la solidaridad y la confianza mutua.

Para estos efectos menciona SIERRALTA RÍOS que... “ La participación conjunta en la gestión tiene su fundamento lógico en la responsabilidad ilimitada y solidaria que asumen las partes frente a terceros por el hecho de actuar dentro de los modelos de esta figura contractual, dando así a los terceros más seguridad y confianza en sus relaciones con unidades operativas que no tienen la forma de una persona jurídica”¹²⁸. En cuanto a este punto debemos decir que así como se menciona a la responsabilidad ilimitada como una característica ventajosa hasta cierto punto para esta figura; la responsabilidad limitada es muy importante en las sociedades ya que ésta permite que sus socios aporten y se obliguen hasta el monto de su aportación, lo que permite que las compañías se desarrollen cada vez más y que sean objeto de grandes inversiones.

¹²⁸ Aníbal SIERRALTA RÍOS. Joint Ventures Internacionales, p. 57.

2.4.5 Objetivos y plazos limitados

Los objetivos de los *joint ventures* están bien marcados, a diferencia de las sociedades que comúnmente tienen desarrollan varias actividades. El plazo para estas operaciones generalmente está bien delimitado y es exacto; y además esta ajustado al cumplimiento del fin común.

Esta figura tiene como propiedad, tener como destino una particular finalidad u objetivo, con lo que coinciden algunos autores, entre otros Saúl ARGERI, quien opina que es "... la asociación de dos o más sociedades (empresas) unidas para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico – financiero, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades..."¹²⁹.

2.5 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Para hacer un estudio a cerca de la naturaleza jurídica del *joint venture*, debe realizarse previamente un examen de la operación del mismo, de modo que se pueda apreciar de manera práctica como se lo encuentra en la práctica comercial internacional y la doctrina más evolucionada de los contratos de comercio internacional.

Actualmente, podemos encontrar una extensa diversidad de figuras jurídicas modernas, las mismas que al no conocerlas ampliamente crean

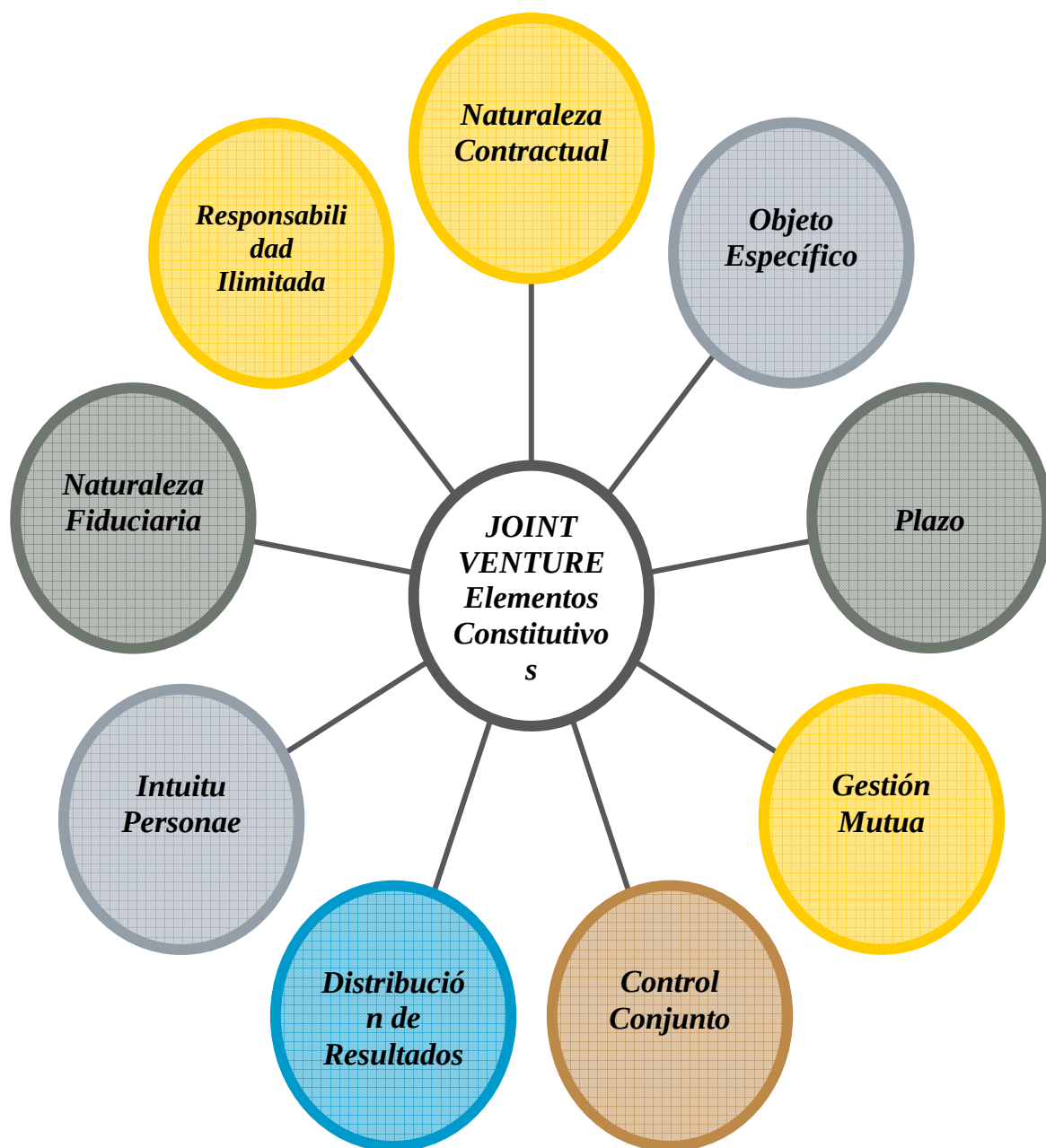
¹²⁹ Saúl ARGERI. Diccionario de derecho comercial y de la empresa. Buenos Aires, Astrea, 1982.

cierta incertidumbre en la aplicación jurídica y en el ámbito de lo negocios; el *joint venture* muestra una gran variedad de formas y modelos, por lo que es necesario indagar para conocer cuales son los elementos constitutivos, sin importar su tipo. Por lo que creemos importante enfocar los elementos “ab extrínseco” que muestren características propias.

Aunque la operación del *joint venture* esta influenciada por el medio en el cual se desempeña, sean estos la actividad, el país, las personas o bien los intereses y sus necesidades; es posible juntar sus elementos constitutivos que permitan conocer que se está en frente a un contrato de *joint venture*. A continuación detallamos en un diagrama estos nueve elementos.

Elementos Constitutivos del Joint Venture

Gráfico N° 1



Fuente: Joint Venture Internacional. Aníbal SIERRALTA RÍOS

Los elementos descritos, pensamos que son bien conocidos en nuestro lenguaje jurídico por lo que no incurriremos en una definición de cada uno de ellos, ya que al haber citado y analizado los distintos conceptos y las características de la de operación del *joint venture*, sin duda hemos estudiado a los mismos.

2.6 COMPARACIÓN Y DIFERENCIACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

La búsqueda continua que han tenido muchos autores y juristas de identificar al *joint venture* y ubicarlo dentro de algunos ordenamientos jurídicos ha permitido que se lo pueda diferenciar con otras figuras jurídicas que pueden aproximarse al mismo y que de hecho en muchas definiciones se las ha comparado con este fenómeno. De igual manera se han añadido a esta búsqueda los economistas con el afán de encontrar una herramienta de inversión internacional en base a este contrato, una segregación industrial y una forma de expresión del sistema capitalista. Por último, en el lenguaje periodístico se ha querido enfocar al *joint venture* como toda una asociación o una tarea conjunta con el fin de encontrar un objetivo económico.

Es por esto que se hace necesario efectuar una diferenciación del *joint venture* con otras figuras jurídicas con el objetivo de no tener confusiones posteriormente.

2.6.1 Con la asociación en participación

En muchas ocasiones se ha comparado al contrato de *joint venture* con el contrato de cuenta en participación o con la asociación en participación, con las mismas que se ha dicho que son similares, pero existen algunas diferencias muy evidentes.

En la asociación en participación existen un asociante y un asociado, actuando el asociante en nombre de los asociados que se encuentran ocultos en cuanto a la gestión que realiza la empresa o negocio y no son responsables ante terceros. En Perú, la Ley General de Sociedades en su art. 398, dice: "...el asociante conviene con el asociado en que este último aporte bienes o servicios, para participar en la proporción que ambos acuerden en las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante". En el Derecho Colombiano, no están reguladas las cuentas en participación. Por otra parte el Código de Comercio costarricense en su art. 663 tipifica: "Por el contrato de cuentas en participación dos o más personas toman interés en una o más negociaciones determinadas que debe realizar una sola de ellas en su propio nombre, con la obligación de rendir cuenta a los participantes y dividir en ellos las ganancias o pérdidas en la proporción convenida". Si hacemos referencia al contrato de *joint venture* en cambio, vemos que todos los contratantes son responsables con respecto a terceros en mayor o menor medida, esto dependiendo de en cuanto las operaciones del mismo estén directamente relacionadas con la finalidad del negocio. Así mismo, el socio oculto no

existe en este contrato, debido a que la obligaciones que se crean son las mismas para todos los *venturers*, por lo cual son gerentes los unos y los otros.

Otro punto para la diferenciación se evidencia en que en el contrato de asociación en participación se cumple el objetivo de ésta mediante el accionar del partícipe gestor, quién ocupa la dirección y se adjudica la propiedad. En cambio en el *joint venture* los partícipes toman de una manera directa la operación. En la asociación en participación el asociante ejecuta las actividades en nombre propio y le corresponde realizar la gestión de negocio por la naturaleza misma del contrato; de igual forma sucede en las cuentas en participación en las cuales el partícipe ejecutor se adjudica la propiedad y responde de manera absoluta ante terceros, ya que los bienes que han sido aportados por el asociado pasan al patrimonio del asociante y no conforman una cosa común. En cambio en el *joint venture* todos los *co-venturers* intervienen en forma directa en la operación y cada uno de ellos tiene responsabilidad frente a terceros. No olvidemos que existe una excepción que debe ir expresamente plasmada en el contrato, que permite el encargo de la administración a un tercero, pero lo normal es que las partes sean quienes operan el proyecto. Es además cierto que aún cuando un tercero se encuentre operando el proyecto, los *partners* también estén presentes.

El objetivo lucro que persiguen y las pérdidas también son una distinción de esta dos figuras, ya que en el caso del lucro la asociación en

participación o las cuentas en participación tienen como objeto principal el logro de utilidades, en tanto el *joint venture* persigue una relación de colaboración para lograr objetivos comunes de los que pueden o no ocasionarse beneficios económicos; por otra parte en el caso de las pérdidas en las cuentas en participación y en la asociación en participación es propio de la naturaleza del contrato que el asociado participe en las pérdidas, excepto de haya pactado lo contrario; en cambio en el *joint venture* no es esencial que las partes acuerden dividirse las pérdidas e incluso una de las partes podría quedar libre de obligarse en el caso que fuese la única que no ha excedido los límites de la operación y por tanto no sería responsable de dicha obligación.

Muchos autores opinan que la razón de la temporalidad y el hecho de que sean figuras utilizadas para fines específicos, puede haber sido la causa para crear una confusión cuando al *joint venture* se lo empezó a usar internacionalmente y se lo confundió con la “cuenta en participación”; pero ésta primeramente tiene sus orígenes junto con la en comandita en la *commenda* y no en el *common law*, como es el caso del *joint venture*. Dicha figura con el transcurso del tiempo fue utilizada para normar y controlar las grandes adquisiciones de mercaderías que luego se las dividía en lotes que eran vendidos sucesiva e individualmente para la posterior división de beneficios. Para estos fines los socios tenían la obligación de mantener una cuenta especial; derivándose de esto la “cuenta en participación”.

Debemos señalar que esta figura jurídica esta contemplada en la legislación ecuatoriana en la Ley de Compañías, bajo el nombre de “Compañía Accidental o Cuentas en Participación”; y recibe dos definiciones las cuales las enunciamos a continuación:

“Compañía Accidental o Cuentas en Participación”

“Es aquella en que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio; pero puede también tener lugar en operaciones mercantiles hechas por no comerciantes (Art. 423 LC)”

Asociación o Cuentas en Participación

“La Ley llama (Art.423) asociación o cuentas en participación a aquella en la que un comerciante da una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de su comercio o de una o más de sus operaciones. Sin embargo el requisito de que se trate de un comerciante no es indispensable, puesto que la Ley admite también la asociación en el caso de operaciones mercantiles realizadas por no comerciantes.

Aunque la asociación no constituye una persona jurídica, de todas maneras la ley la reconoce como una compañía accidental y le concede efectos jurídicos válidos”.

2.6.2 Con las empresas conjuntas

Es importante hacer una diferenciación del *joint venture* con las empresas conjuntas cuyo rasgo característico es que se originan como consecuencia de políticas para integrar empresas a nivel regional. La tendencia para confundir a las “empresas conjuntas” con *joint ventures* es muy frecuente, debido a que al término “empresa” se lo mira como sociedad comercial, queriendo a lo mejor decir “sociedades conjuntas”.

A las empresas conjuntas las define SIERRALTA RÍOS como... “una modalidad de cooperación financiera y tecnológica cuyo capital social esta conformado por aportes de inversionistas de dos o más países, que por lo general son recursos productivos, los cuales no han de ser equivalentes necesariamente. Se dice que mediante esta empresa los sujetos juntan sus esfuerzos para lograr sus objetivos propuestos¹³⁰. Los puntos de distinción con el *joint venture* parten de que la “empresa conjunta” tiene como características propias la existencia de la *affectio societatis* desde que se inicia hasta que termina; incluye en su estructura la constitución de una entidad jurídica; es para los países latinoamericanos una política de integración regional; y por último tiene una propia reglamentación; el *joint venture* por su parte no tiene dichas características.

No obstante, algunos ensayos como el de Ana María de AGUINIS y Susana C. de ZALDUENDO expresan lo siguiente: “Empresa conjunta es la

¹³⁰ Aníbal SIERRALTA RÍOS. *Joint Ventures Internacionales*, p. 85.

expresión en castellano adoptada para referirnos a la *joint venture*... Particularmente, en el espacio latinoamericano, la literatura concerniente a empresas binacionales y multinacionales alude a la empresa conjunta o *joint venture* como fenómeno económico y jurídico que engloba la rica variedad de formas e instrumentos convencionales y legales que unen a dos o más empresas... “la definición propuesta consiste en calificarla como “un acuerdo destinado a la realización de un proyecto común donde existe colaboración entre las empresas y participación en los riesgos”¹³¹.

Para estas autoras, el propósito que tiene una empresa binacional puede dar lugar a que las consideren como *joint venture*. Pero aunque las denominadas “empresas conjuntas” tienen muchas características del *joint venture*, no puede compararse. En cualquier caso, podría ser una *joint venture corporation*, pero no un *joint venture* en su más amplio significado.

La confusión al parecer se suscita cuando en una Guía del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) escrita en el año de 1990 en la ciudad de Buenos Aires, se usan los términos de estas dos figuras por igual. Así este escrito expresa: “Se entiende por empresa conjunta o *joint venture* a una entidad formada como una compañía de responsabilidad limitada, en la que los socios (en general otras empresas) son responsables de su planificación e instrumentación mediante el suministro de los recursos

¹³¹ Ana María de AGUINIS y Susana C. de ZALDUENDO. “Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina”. Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones. N° 135, Buenos Aires, Edición Depalma, enero-julio, 1990, p. 1.

requeridos y donde las socios comparten el riesgo comercial en una u otra forma. Una empresa conjunta puede ser contractual o con integración de capital de ambas partes”.

“Dos empresas que deciden cooperar mutuamente transitan previa la formación de un *joint venture* por otras formas de cooperación con menor riesgo para ambas partes. Otras formas de cooperación pueden ser: concesión de licencias, acuerdos de asistencia técnica subcontratación, etc. Después de un determinado período en que las empresas adquieren una confianza mutua, podrán considerar la realización de inversiones con riesgo para ambas partes”.

La definición citada es inexacta y errónea; pero a más de eso el problema estuvo en que realmente se adoptó un término como equivalente a ésta figura jurídica. Es por esto que varios autores han continuado usando esta supuesta equivalencia de términos, para no utilizar palabras extranjeras o anglosajonas en este caso en sus ilustraciones. No obstante menciona la doctrina que es mejor caer en esa falta, que incurrir en una confusión de nuevos términos jurídicos. Por lo tanto, como dice SIERRALTA RÍOS... “De allí que tercamente nos aferremos a seguir utilizando la expresión *joint venture*, tal como algunas legislaciones lo han hecho respecto al leasing, por ejemplo”¹³².

¹³² Aníbal SIERRALTA RÍOS. Joint Ventures Internacionales, p. 86.

Es evidente que al no haber encontrado otro término equivalente, varios autores han denominado a esta figura como “empresa conjunta”, inclusive juristas como Luís Villagrán Kramer, quien fue autor de un informe del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (“Empresas Conjuntas, a efectos de elaborar normas para las asociaciones de capital y de personas jurídicas”) señalan al fenómeno como “empresas conjuntas”; pero en todo este texto, el enfoque se refiere a los límites y extensión del *joint venture*.

Es preciso recalcar que no se debe utilizar esta equivalencia, puesto que al hacerlo se puede dar lugar a que además de las confusiones ya mencionadas, se confunda también con una figura jurídica anglosajona que es el “*joint enterprise*”, término que si se lo puede traducir propiamente como “empresa conjunta”.

Efectivamente, esta última figura, tiene un origen contractual y requiere de ciertos elementos similares al *joint venture* para su desarrollo, entre los cuales se encuentran el acuerdo expreso o implícito entre las partes, conjunción de intereses pecuniarios y de objetivos, e igualdad de derechos en cuanto a la dirección y control de la empresa.

La *joint enterprise*, siendo al igual que el *joint venture* un contrato de agencia mutua y reuniendo sujetos para un fin común, se distingue de este fenómeno, al decir que la negligencia en que proceda una de las partes puede ser imputable a la otra.

Concluimos, con que no se le puede confundir con las denominadas empresas conjuntas que fueron objeto de impulso en los procesos de integración de la década de los '70. Las empresas conjuntas son sociedades que encuentran sus normas en el derecho comercial latinoamericano en donde el capital social se encuentra compuesto por aportaciones de inversionistas nacionales o extranjeros y son representados mediante acciones. Es necesario comentar que la naturaleza de este tipo de empresa es propia del llamado proceso de integración regional, así como de sus variantes. La acepción *affectio societatis* esta establecida en la totalidad del contrato y es el objetivo de la operación, lo cual es distinto de la figura que estamos estudiando. La rigidez que la caracteriza y las circunstancias como empezó su implantación han hecho que no se la use de manera poco frecuente, a pesar de encontrarse en diferentes regímenes como el Régimen de Empresas Conjuntas del CARICOM en el año de 1976; el Régimen de Empresas Multinacionales del Grupo Andino también de 1976; y el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración de 1977. Dichas empresas tiene que acogerse a la forma de una sociedad anónima, por lo tanto están sujetas a los Estatutos Sociales y las normas imperativas de las Sociedades Comerciales; situación distinta al contrato de *joint venture* que es más flexible.

Dentro de este esquema general de las llamadas empresas conjuntas al *joint venture corporation* se lo ha llamado también empresa mixta, confundiéndolo de esta forma incluso de una manera genérica con otras

figuras jurídicas, incluso señalando que el *joint venture corporation* no tiene personería jurídica. En tanto el autor Félix MORENO hace esta referencia:

“Se llama empresa mixta de capital (*equity joint venture*) para distinguirla de la empresa mixta contractual (*contractual joint venture*). En esta forma de asociación no hay lugar a una nueva personalidad jurídica, diferente de sus accionistas. Es muy utilizada por las empresas de ingeniería para trabajar conjuntamente durante 4 o 5 años en la construcción y montaje de una planta o una obra de infraestructura. También es utilizado en el sector minero para la explotación de yacimientos bajo el nombre genérico de contratos de distribución de la producción”.¹³³

A cerca de este concepto se puede constatar una errónea idea de limitar el contrato de *joint venture* al de una colaboración empresarial de capitales extranjeros y nacionales; a más de que la “empresa mixta” no es una figura jurídica sino una expresión de tipo económico.

2.6.3 Con las empresas multinacionales andinas

Debido a la confusión que se señaló anteriormente, se ha pretendido asemejar el *joint venture* a las Empresas Multinacionales Andinas (EMA), pero existe una diferencia relacionada al *affectio societatis* y la restricción de su alcance encaminada a preservar y motivar la asociación de inversionistas nacionales en los países que pertenecen al Grupo Andino, para la

¹³³ Félix MORENO, “Programa de fortalecimiento de la capacidad de negociación en Colombia”. Negocios Internacionales. Lima, Junta del Acuerdo de Cartagena, 1988, p.108.

elaboración de proyectos de interés común y trascendencia multinacional. La estructura y forma de las EMA está reglamentada por la Decisión 292, Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (21 de marzo de 1991), mismo que no permite libertad de acción en su estructura y configuración al joint venture contractual, puesto que más bien hace referencia a sociedades.

El Acuerdo de Cartagena en la decisión 292, en su art. 1 literal b), expresa que la Empresa Multinacional Andina, “Deberá constituirse como una sociedad anónima con sujeción al procedimiento previsto en la legislación nacional correspondiente y agregar a su denominación las palabras “Empresa Multinacional Andina” o las iniciales EMA. Es decir, se trata de una sociedad por mandato de la norma, incluso su capital estará representado por acciones nominativas. (inc. c del art.1).

Debemos señalar que tanto el *joint venture* como el *joint enterprise*, no constituyen, en *strictu iuris*, sociedad en el sistema jurídico del *common law*, entonces no se pueden asimilar al caso de las denominadas EMA, que por regulación deben estar incorporadas dentro de las formas de sociedad comercial de acuerdo a las normas societarias previstas en los países miembros del Grupo Andino (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

2.6.4 Con los Acuerdos de cooperación

El *joint venture* se lo puede catalogar como una especie de los contratos de colaboración empresarial, los mismos también tienen el nombre de acuerdos de cooperación, según del auto KUIPER, “es una o más relaciones contractuales en las que ambas partes efectúan contribuciones específicas para fines determinados, en donde los momentos en los que las contribuciones se realizan pueden diferir”¹³⁴.

La cooperación entre empresas puede constituir formas muy variadas que pueden ir desde la más simple, a partir de una cooperación de forma tácita, sin que se haya dado un acuerdo previo expresamente, hasta la más compleja, como puede ser la fusión en sus distintas modalidades.

KUIPER ha clasificado a los acuerdos de cooperación de la siguiente manera:

- Acuerdos en los cuales no hay una asociación de empresas, que es el primer escaño en la relaciones de cooperación, sin constituir una asociación;
- Acuerdos en los que se presenta una asociación parcial de las empresas y;
- Acuerdos que presentan una verdadera integración de las empresas participantes, que es la forma más completa de cooperación¹³⁵.

¹³⁴ KUIPER, citado por MARZORATI, op. cit., p. 10

¹³⁵ MARZORATI, Ib., p.3

En cuanto a este punto, es necesario acogerse a la doctrina, la cual señala que la relación entre un acuerdo de cooperación y un *joint venture* es la de género a especie.

2.6.5 Con las Alianzas Estratégicas

Realmente el término alianza estratégica tiene una categoría más comercial que jurídica. Para Jorge NIOSI, el *joint venture* genera necesariamente una empresa, entendida como una sociedad dotada de personalidad jurídica, a diferencia de la alianza estratégica que no la crea¹³⁶.

Otra distinción se la puede encontrar en el enfoque sobre la competencia entre los participantes. Según el profesor MARZORATI, la *strategic alliance* se conforma, a diferencia del *joint venture*, por competidores reales o potenciales. Sin embargo parece ser que esto se trataría más bien de un rasgo comercial, visto desde una óptica que señala la finalidad perseguida por los contratantes, que pretenden alcanzar un beneficio estratégico, en un determinado mercado. La obtención de tal beneficio sería lo que puede identificar a una determinada figura como una alianza estratégica. Por lo tanto, esta figura podría conformarse a través distintos instrumentos, sin que necesariamente tenga que representar un *joint venture*; entonces éste no siempre será una alianza estratégica.

¹³⁶ Profesor de la Universidad de Québec en Montreal, Canadá, Opinión dada en abril de 1998.

2.6.6 Con la sociedad por acciones

Usualmente, cuando los proyectos se proceden de enfoques de tipo contable, al *joint venture* se lo compara con la sociedad por acciones de fuerte tradición en lo que respecta a la práctica comercial en Latinoamérica.

Dice el profesor SIERRALTA RÍOS que... “En realidad la figura de la sociedad por acciones, asume únicamente una función instrumental frente al preliminar y subyacente contrato de *joint venture*, en el cual encuentra su origen”¹³⁷.

Como hemos comentado, el *joint venture* no tiene el ánimo de una *afectio societatis*; ya que los contratantes no buscan ese fin, por tanto no se puede asimilar a la sociedad por acciones.

Esta confusión se originó, cuando, a comienzos de los años '70, las empresas estadounidenses emprendieron negocios con las sociedades latinoamericanas, y no pudieron encontrar otra cosa que el esquema rígido de las sociedades mercantiles para los propósitos de adecuación de transferencia de tecnología e inversiones. Así también, los operadores extranjeros para fijar sus metas de realizar negocios que requerían de múltiples actividades, encontraron la oportunidad de limitar los riesgos entre las partes. De esta forma para prescindir de los frecuentes acatamientos del contrato de *joint venture* al esquema y estructura de la *partnership*, fueron

¹³⁷ Aníbal SIERRALTA RÍOS. Joint Ventures Internacionales, p. 89.

creadas sociedades por acciones, que se llamaron *joint venture corporations*, en las cuales se mantenía internamente una relación y rasgos propio del *joint venture*, y hacia el exterior se mostraba una organización de una sociedad comercial con el objetivo de garantizar a los contratantes las limitaciones propias de una organización comercial o una sociedad anónima.

Podemos encontrar otra importante diferencia, que se refiere al control del *joint venture*, que como hemos dicho recae sobre las partes; en tanto que en la sociedad por acciones los sujetos o las partes pueden ser los propietarios de las acciones, más no quienes ejerzan el control sobre la misma. Efectivamente, la sociedad por acciones que se ha desarrollado tanto, incluso más que el *joint venture*, ha dejado como consecuencia que las personas tengan propiedad sobre algo determinado, pero no el control sobre el mismo. Igualmente, el desarrollo del Mercado de Valores a nivel mundial, ratifica este tema, ya que existen muchos inversionistas propietarios de acciones de compañías en todo el mundo, que lógicamente no conocen la administración de dichas sociedades.

De todas maneras en el caso del *joint venture* quienes aportan para la operación son los *co-venturers* y necesariamente tienen el control, ya que lo que las partes buscan es, por medio de una aventura conjunta, lograr los objetivos fijados en un plazo determinado previamente.

Es entonces exactamente la intención de los aportes la última distinción que podemos hacer con las sociedades comerciales, en las cuales

los aportes se realizan con fines de inversión, conformándose un patrimonio, en el cual el capital social forma parte de dichos aportes; en cambio en los *joint ventures*, estos se asignan para un objetivo específico, sin constituir un patrimonio independiente.

2.6.7 Con el consorcio

Enmarcándose en las denominadas “alianzas estratégicas” empresariales se puede encontrar al consorcio, modalidad que se ha difundido mucho en Latinoamérica. Se lo conoce como una forma de interactuar entre las empresas, pero se diferencia del contrato de *joint venture* por sus variadas finalidades que forman un conglomerado y se lo puede entender como una asociación constante de empresas cuyo fin principal es la agrupación de ofertas y demandas de productos y/o servicios. Ocasionalmente el objetivo puede estar basado en brindar una mejor capacidad técnica o financiera a sus miembros, sin que los mismos pierdan su individualidad. Estas empresas se pueden unir de una manera horizontal, cuando los productos o servicios objeto de la negociación han sido los mismos; y de una manera vertical cuando los productos o servicios ofrecidos son complementarios.

Se puede encontrar otra diferencia en cuanto que los elementos constitutivos del *joint venture* son distintos de los del consorcio, ya que en los primeros como dice Aníbal SIERRALTA... “el plazo es cierto y la intención de las partes es el de la mutualidad o gestar el negocio; en tanto

que en los consorcios existe la permanencia y además es una vinculación de oferta y demanda”¹³⁸. A esto debemos agregar que el consorcio tiene un carácter estrictamente comercial, lo que lo distancia del *joint venture*, ya que este tiene una esfera muy amplia, pudiendo llegar hasta la investigación.

Muchos autores al igual que con las otras figuras jurídicas señaladas anteriormente, confunden a estas dos figuras y las utilizan como sinónimos, pero hay que decir que son figuras totalmente diferentes como Caballero SIERRA afirma: “El consorcio implica un hacer colectivo, un conjunto de esfuerzos, sustancialmente de muchas personas, hacia un logro de fines comunes. Es un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para el desarrollo en común de cierta actividad. Lo que caracteriza al consorcio es la particular decisión de muchos sujetos que acuerdan crearlo como un instrumento común para el mejor logro de sus propias actividades”¹³⁹.

El *joint venture* como se ha dicho, tiene un plazo exacto y las partes actúan en la gestión y en el control de la empresa, pudiendo éstas comprometer a los demás para que los representen; situación que no podría suscitarse en el consorcio ya que lo alteraría.

El consorcio es constituido para que se puedan aprovechar bienes y servicios en común, donde existe una comunidad de objetivos, ya que

¹³⁸ Aníbal SIERRALTA RÍOS. *Joint Ventures Internacionales*, p. 89.

¹³⁹ Gaspar CABALLERO SIERRA. *Op. cit.*, p. 11.

las partes se unen para el aprovechamiento u obtención de algo, dándoles carácter instrumental a los bienes puestos en común.

Giuseppe FERRI, por ejemplo, al referirse a lo que es el consorcio dice que es la asociación de personas físicas o jurídicas, libremente creada u obligatoriamente impuesta, para la satisfacción en común de una necesidad propia de aquellas personas y que puede llevar a ejecutar una obra, a la prestación de servicios en interés común de los participantes, y, algunas veces, la disciplina de los negocios recíprocos de los asociados en el ejercicio de su actividad individual¹⁴⁰. Vale añadir que como dice SIERRALTA, en el consorcio no se establece un objetivo común sino que hay un conjunto de intereses puestos en común.

Realmente la confusión de estas figuras jurídicas en América Latina y también en varios países europeos, nace de la asimilación errónea que se ha realizado del Código Civil italiano, principalmente las modificaciones que se introdujeron 1976 en sus arts. 2602 al 2611 que tratan "*Dei consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*", los que influyeron en el Derecho Brasileño (Ley 6404) en el Derecho Argentino (Ley 18.875 y el reglamento el Decreto 2930/70), así también en algunos otros países latinoamericanos. En dicho países se legisló a esta figura con la finalidad de regular la práctica entre empresas y poder integrar las cuotas para licitaciones públicas. Sin embargo en algunos países lo desconocen por falta de personería jurídica o bien porque no reconocen a los contratos

¹⁴⁰ Giuseppe FERRI. "Verbete consorzio". Enciclopedia del Diritto, vol. IX, Varese, Milano.

asociativos o las sociedades especiales que tienen naturaleza estrictamente temporal. Por ejemplo en Colombia, no se lo regula de una manera directa, aunque en el art. 3 del Decreto 222 (1983) se expresa, que en determinados casos, como en el de la ejecución conjunta de un contrato de donde se deriven beneficios para la entidad contratante, podrá generarse el consorcio.

Se puede encontrar también esta figura en otros países como en el caso de España, donde fue creada la “agrupación temporal de empresas o la Sociedad de Empresas” en 1963. Así mismo en Francia se creó en 1967, se creó bajo la Norma Nº 821/67 el “agrupamiento de interés económico” que es lo que se llama consorcio personalizado, que esta constituido por personas naturales o jurídicas, que da lugar al nacimiento de una nueva entidad jurídica que tiene como objetivo colaborar en el desarrollo económico de quienes pertenecen al mismo y ayudar en el mejoramiento de sus actividades.

Por todo esto, existen países en donde esta figura puede actuar libremente y en cambio en otros debe estar regido por leyes especiales. La figura del consorcio simple que se origina de un contrato asociativo, bien puede confundirse en la práctica con el contrato de *joint venture*, pero estos se diferencia por los múltiples objetivos que persiguen sus miembros o por esperar que ocurra un acontecimiento como por ejemplo una licitación pública. Y con el consorcio personalizado existe una clara distinción, por que éste posee personería jurídica, persigue múltiples objetivos y además está reglamentado.

2.7 CLASES DE JOINT VENTURE

Una vez que nos hemos referido y determinado ampliamente los alcances del *joint venture*, vamos a analizar las distintas modalidades que éste tiene en la práctica, comenzando por las que son más tradicionales. Es necesario primeramente diferenciar los conceptos de “*joint venture societario*” y “*joint venture contractual*”, ya que ambos tipos muestran significativas distinciones.

2.7.1 Joint venture societario

En el derecho anglosajón se conoce como *joint venture corporation* o *incorporated joint venture*; así también con el nombre de *equity corporate joint venture*, debido a que cada socio aporta con parte del capital societario. En el contorno latinoamericano se lo ha llamado *joint venture societario*.

Este caso se presenta cuando los partícipes en el negocio conjunto acuerdan constituir una sociedad *ad hoc*, de la que serán socios, utilizando este medio para lograr los objetivos que se han propuesto. Como ASTOLFI sostuvo, el esquema societario asume una función instrumental frente al preliminar y subyacente contrato de *joint venture*, en el cual encuentra su fuente¹⁴¹. De esta forma, en el respectivo contrato se acuerda, constituir la nueva persona jurídica para que tenga un propósito administrativo y

¹⁴¹ ASTOLFI, ANDREA. Ob. Cit., p. 35.

funcional, como un medio útil para lograr un fin que requiere algo más que un esquema de base contractual.

Sin embargo, existen otros autores que sostienen que esta sociedad lo que viene a instrumentar son las relaciones empresariales entre dos o más sujetos, compuestas por un conjunto de contratos, y no solamente a un hipotético contrato de *joint venture*¹⁴².

El *joint venture corporation* fue creado por la práctica comercial norteamericana, que pretendía limitar la responsabilidad ilimitada, que tenían los partícipes de un *joint venture* en estricto sentido, semejante a una *partnership*. Así, se constituyeron con estos objetivos, sociedades por acciones, en las que interiormente se manejaba una relación personal y fiduciaria entre los accionistas, modelando así una forma societaria sobre la estructura del *joint venture*, otorgándole características especiales.

Esta nueva figura en un principio tuvo problemas de aceptación por parte de los tribunales anglosajones, pero posteriormente empezó a tener gran aceptación, lo que permitió que se vaya desarrollando y se convirtió en un adecuado instrumento de cooperación. Dicha aceptación se pudo dar con la condición de que no causare perjuicios a terceros y de que no contraviniera alguna norma de orden público.

¹⁴² CABANELLAS, GUILLERMO; KELLY, JULIO. Ob. cit., p.116

En este período de desarrollo algunos fallos y autores dijeron que dijeron que la nueva *corporation* se relacionaba específicamente con una *close corporation* o sociedad anónima cerrada según la terminología de autores latinoamericanos. Esta aseveración estaba sostenida por el hecho de que la *close corporation* estaba reconocida como un tipo societario que tenía carácter personal, que además contaba con un número restringido de accionistas que se empeñaban directamente en la gestión social y que sus acciones no eran libremente transferibles. Es decir, “una sociedad de personas inserta en la cáscara de una sociedad de capital”¹⁴³. Este término de la *close corporation* encuentra mucha similitud con la compañía de responsabilidad limitada tipificada en la Ley de Compañías de nuestra legislación ecuatoriana.

Por todo lo dicho, parece ser que el motivo principal para la formación del *joint venture* societario fue la limitación de la responsabilidad de los partícipes. Por lo tanto, generalmente se podrá preferir los tipos societarios que impliquen dichos beneficios, como las sociedades de capitales o las de responsabilidad limitada.

Con referencia al ámbito internacional, el *joint venture societario* ha tenido una exitosa aplicación como una herramienta para compartir riesgos financieros y toma de decisiones entre compañías que pertenecen a países que tienen diferentes niveles de desarrollo, por medio de una aportación

¹⁴³ ASTOLFI ANDREA. Ob. cit., p. 39.

conjunta de capitales en una empresa común. En la mayoría de los casos ella constituye una subsidiaria común de las partes¹⁴⁴.

Características de la nueva sociedad

Comúnmente la figura societaria que se utiliza es la sociedad anónima cerrada, ya que esta es similar a la *close corporation* del derecho anglosajón.

El hecho de adherirse a ella representa que los partícipes deben estar sujetos a las regulaciones que rigen a la sociedad anónima, no obstante se puede captar algunas variaciones, que son producto de las propias condiciones de las operaciones y de las relaciones no societarias de las empresas que resultan ser sus accionistas. De esta manera, el *joint venture* que opera bajo la forma societaria, debe adaptarse a la aplicación de la técnica societaria para que puedan ser concurrentes con los principios y gestión de un *joint venture*.

En lo referente a los estatutos del *joint venture societario*, opinan diversos autores que no tienen cambios sustanciales de los de la *close corporation* o sociedad anónima cerrada, pero algo que es muy importante es que su acta constitutiva está determinada por el acuerdo de *joint venture*. Debe dejarse en claro que es inexacto afirmar que el acta constitutiva de la nueva sociedad es un acuerdo de *joint venture*, sino que es el acuerdo de

¹⁴⁴ LE PERA, SERGIO. Ob. cit., p. 211.

joint venture el que establece el cómo, el cuando y el porqué del acta constitutiva y de los estatutos de la sociedad, no debiéndose confundir ambos¹⁴⁵.

Por lo dicho, en la sociedad *ad hoc* que se conforma, se pueden observar algunos aspectos particulares:

- El elemento constitutivo *Intuitu Personae* se hace presente, tomando en cuenta el conjunto de las relaciones entre los socios del *joint venture corporation* y la participación de cada socio.
- Las relaciones entre los socios no se limitan, generalmente, a participar en tal sociedad, sino que ésta forma parte de una *relación más amplia y más compleja entre los socios*, la cual puede incluir contratos de suministro a la sociedad anónima conjunta, transferencia de tecnología, préstamos, etc. Debido a esto, la estructura jurídica de esta sociedad anónima se verá condicionada al marco global de las relaciones entre tales socios¹⁴⁶.
- Esta nueva sociedad deberá tener un elemento muy importante como es el *objeto específico*, para determinado negocio o proyecto, aunque no necesariamente de corta duración.
- Normalmente se procederá a la formación de la sociedad bajo estatutos *standard*, y se remitirán a convenios privados o pactos entre accionistas las estipulaciones específicas. En consecuencia, es en esos pactos donde se regulará el funcionamiento de la nueva sociedad y los respectivos derechos

¹⁴⁵ MARZORATI, OSVALDO. Ob. cit., p.147.

¹⁴⁶ CABANELLAS GUILLERMO; KELLY, JULIO. Ob. cit., pp. 115-116.

de los partícipes, adaptándolos a las especiales particularidades del subyacente contrato de *joint venture*¹⁴⁷.

- Para asegurar la eficacia de lo estipulado respecto de terceros, deberán establecerse *restricciones a la transferencia de acciones* y, frecuentemente, un *derecho de preferencia* de los demás partícipes para adquirir las tenencias de quien desee transferir sus acciones en la sociedad conjunta. Estas restricciones y derechos se estipularán en los estatutos de la sociedad o en algún acuerdo de accionistas¹⁴⁸.

Joint venture societario y joint venture en sentido estricto

Finalmente, varios autores han mencionado que el *joint venture corporation* es puramente el *joint venture* en estricto sentido y que es organizado mediante una sociedad por acciones o una *corporation*; pero ambas figuras en la práctica muestran características propias que las distancian.

- El *joint venture* estricto está encaminado hacia un determinado negocio u operación y no puede continuar durante un período prolongado, mientras que el *joint venture corporation* sí puede permanecer indefinidamente y aplicarse con el tiempo a varias operaciones, pero cabe decir que éstas estrictamente deben estar vinculadas al objeto específico, para lo cual se renueva el término del contrato.

¹⁴⁷ Le Pera citado por CABANELLAS GUILLERMO; KELLY JULIO. Ob. cit., p.116, nota 34.

¹⁴⁸ CABANELLAS GUILLERMO; KELLY JULIO. Ob. cit., p.116, nota 34.

- Igualmente, mientras el *joint venture corporation* esta regido por la normativa propia de las sociedades por acciones, el *joint venture* estricto se acerca a las regulaciones de las sociedades de personas, es decir, a las normas de la *partnership* en el derecho anglosajón.

Por último, como dice Mirians RÍOS GARCÍA, refiriéndose al *joint venture societario*: “...señalaremos que el joint venture societario constituye una tipología de un joint venture más estable y estructurada, donde se busca la formación de un capital accionario que permita el desarrollo de la aventura en común que traerá beneficios a las partes”¹⁴⁹.

2.7.2 Joint venture contractual

Este tipo de *joint venture* los definen algunos autores como... “Una forma de asociación mediante la cual diversos sujetos, tanto naturales como jurídicos, se asocian para la consecución de un fin específico sin la intención de formar una sociedad conjunta con personalidad separada de la de sus miembros en la cual tengan acciones de capital proporcionales a su inversión. En este tipo de *joint venture* cada parte conserva su identidad instituyendo de común acuerdo una estructura de funcionamiento para su cooperación que tiene exclusivamente un carácter privado”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ RÍOS GARCÍA Mirians. Joint Ventures: Como forma de Colaboración Empresaria en Chile. p. 58., mayo de 2001.

¹⁵⁰ ZALDIVAR Rafael; MANOVIL Rafael; RAGAZZI Guillermo. Ob. Cit., p. 23.

Hay dos términos que han trascendido para nombrar al *joint venture* contractual el uno es *non equity joint venture* y el otro *contractual joint venture*. En varios países se ha denominado *agrupaciones de colaboración empresaria*, ya que estas muchas veces complementan y facilitan las actividades de sus miembros empresarios, como es el caso de una construcción de una obra o de la común provisión de materias primas o de suministros. Por su parte el derecho estadounidense lo conoce *non corporate joint venture*.

El texto del *Corpus Juris Secundum*, lo define como “Una combinación especial de una o más personas que persiguen conjuntamente un lucro, sin actuar en realidad bajo las características de una *partnership* o de una *corporation*”.

Esta figura ha alcanzado un gran desarrollo, debido principalmente a que la legislación tributaria en los Estados Unidos de América, estableció un impuesto general a las utilidades de las empresas del sector industria extractiva. Para esto se necesitaba saber que organizaciones comerciales eran consideradas dentro de la figura de sociedad, para lo cual se utilizó el criterio de las “utilidades o pérdidas comunes”. De esta manera el *joint venture contractual* constituyó una buena opción para asociarse con el fin de repartirse, no las utilidades, sino los bienes materiales o inmateriales resultantes de la nueva empresa¹⁵¹. Así en las sociedades haría falta un

¹⁵¹ RÍOS GARCÍA Mirians. Joint Ventures: Como forma de Colaboración Empresaria en Chile. p. 60., mayo de 2001.

elemento esencial, por lo que tal impuesto no se lo podría aplicar a estas sociedades.

Características de este tipo de contrato:

En el *joint venture contractual*, se origina una relación de tipo asociativa que tiene como rasgo particular dar origen a una empresa, claro esta en el plano económico, produciéndose esto por la existente asociación parcial en cuanto a las actividades de sus miembros.

Las relaciones entre las partes, así como de estas con terceros, deben estar reguladas en base al propio contrato, por tratarse precisamente de una relación contractual.

En innegable que de este contrato de *joint venture* nacen vínculos paracontractuales o cuasisociales al menos. Se gesta un emprendimiento común, se toman decisiones para una empresa querida por los partícipes y, sin embargo, su relación no es societaria; pero sí denotan la existencia de una nueva empresa a la que los *venturistas* contractualmente se adhirieron¹⁵².

Las partes se asocian con el objetivo de desarrollar una finalidad común, para la misma que todos los partícipes tienen una función que desempeñar. Así, en el contrato de *joint venture* que se desarrolle, se

¹⁵² MARZORATI, Osvaldo. Ob. cit., pp. 141-142.

establecerán las respectivas funciones de cada miembro y serán establecidas con carácter de obligatorio; cabe decir que para lo demás cada parte mantiene su individualidad y autonomía jurídica y operativa.

Una última característica, es que el *joint venture contractual*, tiende a establecer una relación contractual compleja, la cual está determinada por una comunidad de intereses. Se habla de una complejidad en este tipo de contrato, porque se observan relaciones contractuales tales como contratos de licencia, transferencia de tecnología, arrendamientos de cosas, contratos mineros, o también pueden ser combinaciones de estas u otras operaciones. Pero algo muy importante que debe estar presente, es que todos estos contratos tengan el ánimo de colaborar entre los partícipes.

Diferencia con el *joint venture societario*

Existen algunas distinciones que el *joint venture contractual* presenta y que podemos apreciar a continuación:

- Las contribuciones de las partes no se destinan a la formación de un capital societario, sino a la construcción de un fondo común sobre el cual cada parte conserva su derecho. Incluso estos bienes pueden permanecer en sus respectivos patrimonios; aunque afectados por un denominado *vínculo de destino*, a favor de la iniciativa común¹⁵³.

¹⁵³ FARINA, Juan. Ob. cit., p. 756.

- En los *joint venture contractuales* la ley no ha establecido entidades que adopten las decisiones que se tomen en común; y también no existe una estructura que permita tener un común control en cuanto a la propiedad o a los elementos que se han utilizado para realizar el objetito en conjunto. Solamente por medio de las estipulaciones que se realicen en el contrato, se podrá determinar un Comité de Administración que haga de ente controlador que permita que los socios ejecuten sus derechos en la administración. Empero, también existirá la posibilidad de que los propios socios durante el negocio, nombren a un administrador de tal asociación.
- Esta figura no debe cumplir tampoco con formalismo alguno, como los impuestos a las sociedades para constituir las o disolverlas, ya que solo se trata de un acuerdo de voluntades.
- Finalmente, el joint venture contractual forma lo que se puede llamar “una prueba de fidelidad”, lo cual permite a las partes crear relaciones de confianza al mismo tiempo que se conocen para poder adentrarse en la colaboración, pudiendo dar origen a un *joint venture societario*.

2.7.3 Joint venture instrumental

A esta figura se la define como un contrato de *joint venture*, cuya finalidad es coordinar la actividad de varias empresas, para poder ejecutar una obra determinada de importancia y complejidad acordada con un tercero.

Normalmente este contrato se celebra para realizar obras entre personas que están interesadas en contratos de concesión de obra pública, o en la prestación de servicios, y también en la construcción de obras de gran envergadura que son solicitadas por un tercero.

Mediante este contrato las partes pretenden conseguir dos objetivos:

- Poder unirse para presentar una oferta particular del contrato conjuntamente, la cual incluya todas las actividades específicas que requiere la obra para su desarrollo.
- Definir una regulación que debe ser respetada obligatoriamente por los partícipes durante la ejecución del encargo o comisión que se podría obtener.

En la práctica el *joint venture instrumental* ha tenido mucha aceptación, como lo explica Mirians RÍOS GARCÍA... “Este tipo de contrato ha tenido gran aceptación práctica, por cuanto a través de él se evita la figura de un único sujeto adjudicatario de la concesión, el cual debe subcontratar con las demás empresas la ejecución de las distintas actividades específicas necesarias para la obra. Así, por medio del *joint venture instrumental* todos los *co-venturers* son sujetos pasivos de una única relación obligatoria convenida con un tercero¹⁵⁴.

¹⁵⁴ RÍOS GARCÍA Mirians. Joint Ventures: Como forma de Colaboración Empresaria en Chile. p. 63., mayo de 2001.

En cuanto a la responsabilidad de ejecución de la obra, cada partícipe adquiere solamente la obligación de responder por la prestación que le ha sido asignada en el contrato de la obra.

A través de este joint venture, las empresas pondrán complementar sus actividades tanto vertical como horizontalmente. Así el primer caso hace referencia a que de esta manera las empresas elaborarán distintas actividades de acuerdo a su especialidad, pero estarán integradas y condicionadas recíprocamente para cualquier especificación técnica que la obra requiera. Y para el segundo caso, cuando sea necesario el apoyo de otra empresa que se dedique actividades semejantes, si la obra se sobredimensionaría en cuanto a la capacidad de una sola empresa.

2.7.4 Joint venture operativo

Según expresa Oscar TORRES, en alusión al tratadista Saúl ARGENTI, que el *joint venture operativo*... “Consiste en la asociación de dos o más empresas para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiero, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades, y soportando los riesgos correspondientes según convenios que establecen entre ellas¹⁵⁵. Dice este mismo autor que el *joint venture operativo* guarda relación con la explotación del negocio mismo, para asumir la inversión y el riesgo empresario mutuamente.

¹⁵⁵ TORRES, Oscar. Ob., cit., P.16.

Hacemos también referencia a que ASTOLFI sostiene que... “estos *joint ventures* tienen por objeto la ejecución de más prestaciones en función de una inversión”, pues generalmente estos contratos se constituyen para la explotación de recursos naturales, la realización de proyectos industriales, y en general, de inversiones que, siendo encuadrables entre las operaciones de *joint venture*, tienen carácter duradero, conduciendo a una instalación estable de la empresa en el mercado donde está localizada la inversión. Así esta figura se caracteriza una naturaleza no ocasional y temporalmente limitada de la relación”¹⁵⁶.

No olvidemos que en un inicio habíamos dicho que en principio los contratos de *joint venture* tienen una característica de corta duración, no obstante en la práctica comercial internacional aparecen cada vez más contratos asociativos con carácter más permanente.

En este contrato las partes aportan sustancialmente de distintas formas, que pueden ser, en capital, tecnología, activos, experiencia comercial, recursos humanos, y también los socios pueden aportar permitiendo el acceso a sus canales de distribución, lo cual brinda muy buenas oportunidades de negocio.

“En cuanto a los beneficios económicos perseguidos por las partes, éstos se obtendrán al adquirir a título originario, por parte de cada uno de los

¹⁵⁶ ASTOLFI, Andrea. Ob. cit., pp. 41-43

co-venturers, de una cuota del producto extraído, proporcional a la medida de su participación en la inversión”¹⁵⁷.

En este tipo de contrato, las partes normalmente prescinden de la constitución de una entidad societaria, para lo cual crean asociaciones típicamente contractuales, debido a que piensan que los objetivos que buscan pueden ser obtenidos de una mejor manera, simplemente coordinando las actividades y la directa adquisición de un porcentaje de los resultados de la inversión realizada.

2.7.5 Joint venture internacional

Este contrato se conoce en el derecho anglosajón como *international business joint venture*, y es aquel que se lo realizan entre empresas de distintos países, así esta figura, presenta las características de un contrato internacional.

El *joint venture internacional* tiene la prerrogativa de adoptar cualquiera de las formas jurídicas que se han establecido para los *joint ventures*, estas son los *joint ventures en sentido estricto*, *joint venture contractual* y *joint venture corporation*. Una vez que se han adoptado un de los tipos señalados, se pasará a organizar el esquema administrativo de los bienes que se han aportado o afectado para el desarrollo de la empresa

¹⁵⁷ RÍOS GARCÍA Mirians. Ob. cit., p. 65.

común y también se deberá regular los derechos y obligaciones entre las partes y para con terceros.

Por lo general estos contratos se originan por el hecho de que el inversor extranjero considera demasiado costosos o difíciles de obtener, ciertos elementos o factores determinados para la producción, que más bien los controlan los participantes locales. Por otra parte, también se originan debido a que en algunos países se exige por ley al inversor extranjero que para formar un *joint venture*, éste debe asociarse con un socio local, para que pueda realizar la inversión.

De este modo, el *joint internacional* se presenta como uno de los tantos mecanismos destinados a fomentar la cooperación empresarial internacional. En los países en vías de desarrollo ha tenido una gran importancia, pues no sólo opera como instrumento de cooperación, sino también como una reglamentación de las inversiones extranjeras, utilizable como un elemento de política económica del gobierno local, ya que favorece la participación local en su gestión, y garantiza una constante coherencia de éstas en los planes de desarrollo nacional¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Norberto GARCÍA y Claudia FERNÁNDEZ, citados por DE LA FUENTE F., JUAN PABLO. Los contratos de colaboración empresarial como modernas formas de concentración”. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, Santiago de Chile, 1994, p.100. Citado por GARCÍA RÍOS Mirians. Ob. cit., p. 66.

A continuación podemos ver los supuestos de joint ventures internacionales que podrían suscitarse:

- Las partes pueden realizar sus aportes al capital, de una empresa ya constituida previamente (que bien puede ser la misma contraparte o una sociedad que esta controlada parcialmente por los asociados), o también estos aportes se pueden hacer para formar una sociedad nueva. En cualquiera de los dos casos las partes a más de sus aportes, deben llegar a un acuerdo en cuanto al derecho sobre las utilidades y el control de la administración de la empresa común. Generalmente se recurrirá a la figura de la sociedad por acciones, por lo que los derechos mencionados variaran dependiendo del esquema legal que adopten la nueva sociedad o la previamente constituida.
- Otra caso es el de “Transferencia de bienes, tecnología y otros activos para la empresa de interés común mediante diversos esquemas contractuales. En este caso, uno de los participantes en el *joint venture* puede vender, dar uso o intercambiar activos tangibles o intangibles con la otra parte, sin afectar la estructura de propiedad del capital de los participantes no crear un nuevo ente o sociedad. Esta forma de *joint venture contractual* no implica que las relaciones entre las partes se reduzcan al mero intercambio propio de la figura elegida, sino que estos acuerdos contractuales para configurar un *joint venture*, han de crear particulares vinculaciones entre las partes, por las cuales éstas se comprometen a colaborar estrechamente entre sí, y a

compartir el proceso de toma de decisiones en un grado que exceda del marco legal previsto por el contrato correspondiente¹⁵⁹.

2.7.6 Otras clases de joint ventures

Se puede decir que los *joint ventures* establecen una práctica empresarial que se ajusta muy bien a las exigencias del comercio hoy en día.

El ámbito de aplicación de esta figura es muy extenso y cada vez más es utilizado por empresas del sector privado, así como por entes gubernamentales de diferentes Estados. Es por ello que se han establecido diversos tipos de *joint ventures*, con la finalidad de que éstos puedan encajar en las diversas situaciones en las que se celebran estas figuras de colaboración y que además tienen características similares. Para entenderlas en mejor, seguidamente se detallan las más comunes en la práctica:

Por la distintas situaciones que presenta el joint venture

- *Joint venture vertical:*

“Aquellos que se celebran entre una empresa y sus proveedores o clientes, o ambos simultáneamente. Las dos partes trabajan independientemente a

¹⁵⁹ GARCÍA RIÓS Mirians. Ob. cit., p. 67.

niveles distintos del proceso de fabricación, o bien se asocian a un nivel más o menos elevado del mismo proceso¹⁶⁰”.

- *Joint venture* horizontal:

Es aquel que realiza su operación con competidores de un mismo sector industrial. Ambas partes se desarrollan en el mismo mercado o en uno relacionado, y tiene el ánimo de establecer un *joint venture* ya que tienen un interés en común.

- *Joint venture* aglomerado:

“La nueva empresa se lleva a cabo en una esfera conjunta que no es común a las partes”¹⁶¹.

Por los órganos de participación

- *Joint venture* dominado

Es aquél en el que uno de los asociados tiene la dirección de la empresa, ya sea por razones de ubicación, por mayoría de acciones, o por presentar mejor capacitación para hacerlo; y el otro socio tiene una actitud pasiva en la relación y recibe los beneficios que le trae su contribución.

¹⁶⁰ GARCÍA RIÓS Mirians. Ob. cit., p. 68

¹⁶¹ CHULIÁ, Eduardo; BELTRÁN, Teresa. Ob. cit., p.75. Citado por GARCÍA RIÓS Mirians. Ob. cit., p. 68.

- *Joint venture* independiente

Es aquél en el que ninguna de las empresas que participa, desempeña un papel activo en el mismo, debido a que la actividad del *joint venture* no ejerce presión sobre sus intereses, o porque quien administra éste, lo hace eficientemente.

- *Joint venture* participativo

Es aquél en el que sus socios participantes, se involucran directamente en sus operaciones y siguen de cerca todo lo que respecta a la gestión de la nueva empresa.

Por la forma de relacionarse

- *Joint venture* puro y simple

Es aquél en el que la relación que se establece entre las partes, se lo hace de una manera directa y simple.

- *Joint venture* telaraña

“Aquél en el que las empresas crean un sin número de *joint ventures* con diferentes empresas, quedando ellas en el centro de la telaraña. Es el caso de la actual empresa automotriz”¹⁶².

¹⁶² DE LA FUENTE F., JUAN PABLO. Los contratos de colaboración empresarial como modernas formas de concentración”. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central, Santiago de Chile, 1994, p.100. Citado por GARCÍA RÍOS Mirians. Ob. cit., p. 69.

Por el tipo de contribución

- *Equity joint venture*

Aquél en el que el partícipe ejecuta su aportación específicamente en capital.

- *Non equity joint venture*

Las aportaciones realizadas están constituidas esencialmente por tecnología, know how, capacidades organizativas o direccionales y similares.

- *Equity- non- equity joint venture*

Es aquella situación intermedia, que se produce cuando ambas clases de aportaciones concurren simultáneamente.

Por la posibilidad de variar la participación

- Decreasing equity joint venture (Joint venture en igualdad decreciente)

Esta figura les permite a aquellos socios que tienen ciertas dudas con respecto al desarrollo del negocio, así como a aquellos que financieramente no pueden aportar altas cifras, a permanecer como parte del proyecto mediante una forma minoritaria por un período, y posteriormente ir desapareciendo de una manera programada, según lo que hayan acordado previamente.

- *Increasing equity joint venture*

Es aquél que brinda la posibilidad a sus socios de que aumenten su participación en el negocio, una vez que se ha adquirido suficiente conocimiento y experiencia en el mercado local.

Por el ámbito en que se desarrolla la colaboración

- *Joint venture* de importación

Este *joint venture* se utiliza para proyectos domésticos, cuya finalidad es atraer capitales y tecnología.

Por lo general esta figura se puede observar en países en desarrollo, cuando se forma un *joint venture* entre una empresa local y otra que pertenece a un país industrializado.

- *Joint venture* de exportación

El contrato de *joint venture* es un instrumento de penetración en mercados externos. Es una forma de colaboración que se produce generalmente entre socios de países desarrollados”¹⁶³.

Por las normas de inversión extranjera

¹⁶³ COLAIACOVO, Juan, y Otros. Ob. cit., p. 125. . Citado por GARCÍA RIÓS Mirians. Ob. cit., p. 71.

- *Joint venture* voluntario

Es aquél que se realiza cuando existen oportunidades de negocio precisas.

- *Joint venture* necesario

Es aquél que permite que los operadores extranjeros puedan constituir *joint ventures*, en mercados en los cuales esta restringida la inversión extranjera, es decir, éstos pueden valerse solamente de esta figura para realizar sus operaciones.

2.8 TIPIFICACIÓN DEL JOINT VENTURE

La figura del *joint venture* específicamente no requiere de legislación o de un reglamento para existir y ser utilizado en las operaciones del comercio internacional, pero cuando se lo ha querido dar uso dentro de sistemas jurídicos y económicos diferentes de aquél donde éste se origino, sin duda han surgido normativas o reglamentaciones, para motivar y promover su uso y además para darlo a conocer.

Los estados que más han incurrido en la legislación del *joint venture*, han sido los socialistas, con la finalidad de que éste pueda ser usado en varios sectores de la economía. Como primer antecedente podemos constatar el caso de la ex Yugoslavia, en que de manera muy incipiente una ley de 1967 se refería a la constitución de empresas mixtas; pero en el año de 1971 se dictó una ley que ya se refería al *joint venture*, y que lo identificaba en su art. 64 como “un contrato de inversión de fondos por

sociedades comerciales o personas extranjeras en una organización nacional, buscando realizar objetivos comunes, con riesgos comunes”; años más tarde esta ley se fue perfeccionando hasta que este país balcánico quedó dividido a causa de los conflictos étnicos y políticos. De igual manera en años posteriores esta figura se da a conocer en otros países socialistas como Bulgaria, la ex Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, la ex Unión Soviética y un poco más reciente Albania.

Así podemos ver que en Rumania la figura se perfila mediante dos Decretos en 1972; el primero fue el (N° 424) que se refería a la constitución, organización y funcionamiento de las sociedades mixtas; y el segundo (N° 425) que se refería a los impuestos u beneficios. En Polonia se dio la Resolución del Consejo de Ministros del 7 de febrero de 1979 a cerca de la constitución y las actividades de las empresas que participan con capital extranjero, la Ley del 6 de junio de 1982 que hacía referencia a la actividad económica de personas extranjeras mediante la constitución y participación financiera en empresas y sociedades locales; la Ley del 23 de abril de 1986 a cerca de la sociedad con acciones de participación extranjera y otra Ley del 23 de diciembre de 1988 que trataba sobre la actividad económica y la participación de sujetos extranjeros. En Hungría la materia fue regulada por la Ley XXIV del 22 de diciembre de 1988 a cerca de la inversión extranjera.

También en Bulgaria se expidió el Decreto 56, el 9 de enero de 1989, que trataba sobre la actividad económica. De igual forma en la ex URSS el Decreto del año 1987 a cerca de las sociedades mixtas con países

occidentales y en vías de desarrollo. Por último en la ex Checoslovaquia se expidió la Ley del 8 de noviembre del año 1988, que trataba de la empresa con participación de capital extranjero, que incluso permite el establecimiento de *joint ventures* sin que se establezca una regulación expresa.

También otros estados socialistas que hicieron posible constituir sociedades con capitales extranjeros en sus jurisdicciones fueron Vietnam, China (República Popular), Cuba y Corea del Norte. En Vietnam se aplicó la Ley para la inversión extranjera en el 27 de diciembre de 1987. En China se expidió la Ley del 1° de junio de 1979, relacionada con las empresas con capital mixto y su Reglamento de aplicación del año 1983. Por otra parte, en Cuba se aplicó el Decreto Legislativo 50 del 15 de febrero de 1982, y por último Corea del Norte. Expidió una Ley para los mismos efectos en el año de 1984 y un Decreto Ejecutivo en 1985.

Si bien estos países dictaron normas relacionadas con la materia, no se adentraron demasiado en las particularidades del *joint venture*, por un lado por su complejidad y por otro para dejar sentada una gran flexibilidad de las leyes, ofreciendo ventajas para la práctica, ya que esto permite a aquellas empresas interesadas en la formación de *joint ventures*, poder maniobrar ampliamente en las negociaciones.

Es importante decir que bajo el esquema del *joint venture*, es decir en su constitución y operación, convergen situaciones de interés jurídico para el

Derecho Internacional Privado y Procesal. En efecto, se suscitan casos como el de la ley aplicable a los contratos entre la empresa del Estado socialista y el inversionista extranjero que constituyeron un *joint venture* ; o las situaciones relativas al trabajo en la *joint venture*, así también en cuanto a la actividad comercial y los debates que se derivan de estos contratos. Por tanto, debido a estas situaciones y la complejidad que se puede presentar, es que se debe tener en cuenta que un esquema rígido que regularice a esa figura, podría limitar su desarrollo.

Por lo dicho, los únicos países que han legislado esta figura, han sido los que han pertenecido o pertenecen al sistema jurídico socialista, y lo han hecho basándose en dos razones específicas: para poder generar confianza entre los inversionistas, ya que de otro modo, estos no tendrían parámetros legales en que ampararse; y para introducir una forma de contratación “capitalista”, que necesitaría ser explicada en un sistema jurídico diferente.

Pero no se ha expedido una normativa detallada. En cambio en Iberoamérica, varios autores opinan que ésta figura no ha requerido, y tampoco precisa de una ley ni de un reglamento, ya que el sistema jurídico que rige, es más receptivo en cuanto al reconocimiento de la propiedad privada y de la libre empresa. Aunque en Portugal se pretendió ver en el Decreto Ley 231 del año 1981, el ingreso del *joint venture* al derecho lusitano bajo el nombre de “consorcio”, ya que albergaba parte de las denominadas *unincorporated joint ventures*, sus veinte artículos no expresan las características específicas de lo que es el *joint venture contractual*; así

mismo varias de sus reglas son preceptos supletorios, debido a que el Estado no quiso limitar a las partes, sino más bien motivarlas con la ayuda de una reglas que claramente no estuvieron bien establecidas.

Existe una excepción en el caso de Perú, que sorprendentemente siendo un país muy abierto al comercio y a la inversión extranjera, luego de formular la figura en el sector pesquero (D.S. 010-88-PE), así como en el sector minero (D.S. 014-92-EM), la reglamentó en el año de 1994 (D.S. 03-94-EM), publicado en el Diario Oficial “El Peruano). Efectivamente, ese Decreto que es el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería en el Capítulo VIII, Contratos de riesgo compartido, en sus 15 artículos, ilustra una conceptualización incompleta del *joint venture* en el art. 152 según SIERRALTA RÍOS... “opta por la forma contractual (art 154) y omite el *joint venture corporation*; para luego caer en un reglamentarismo asfixiante cuando dice que todo el fenómeno jurídico está “...sujeto a lo previsto en el presente Reglamento” (art 155) queriendo así ceñir el contrato a lo que dice el legislador y no a lo que las partes puedan convenir, finalmente derrapa en el campo de la ingenuidad pues enumera las cláusulas que el contrato debe contener (art. 160) indicando cinco que por excesivamente obvias son inútiles (objeto, partes, plazo, denominación y nombre de los representantes)”¹⁶⁴. De esta manera se puede apreciar que este reglamento único en Latinoamérica, carece de técnica. El problema radica, opinan el autor mencionado, que al ser el *joint venture* una figura nueva, la tendencia conduce a pensar que si no se regulariza o se tipifica a

¹⁶⁴ Aníbal SIERRALTA RÍOS. Ob., cit. p. 89.

la misma, la figura contractual se disiparía. Esto definitivamente la doctrina refuta, ya que dice que son los inversionistas y los operadores de comercio exterior los que la permiten surgir. Por último, debemos acotar, que el texto legal que nos referimos anteriormente en la cita, parece ser que gran parte de su ineficacia, es debido a que fue redactado por la Administración y no por el Poder Legislativo, como debería ser todo cuerpo legal que pretenda ser bien estructurado.

En Latinoamérica, parece ser que no es un requisito indispensable el que esta figura esté regulada por ley expresa, hacen falta tres requerimientos básicos para su subsistencia: una libertad contractual reconocida, esto es el principio de autonomía de la voluntad, tener en cuenta el tema referente a la jurisdicción aplicable y poder afrontarlo cuando se lo requiera, y finalmente una adecuado y eficiente reconocimiento en cuanto al arbitraje y mediación, como medio de solución de las controversias entre las partes. Estas condiciones no están directamente relacionadas con la figura, simplemente tiene que ver con el normal desarrollo jurídico y económico de los negocios, siempre y cuando lógicamente no contravengan a la ley, el orden público y las buenas costumbres; así también siempre que no alteren la convivencia pacífica de los países. Por último, el tema que si puede estar directamente relacionado con este fenómeno es el relativo a la tributación, pero no el de la existencia, es decir no se necesita de la ley para que exista, sino más bien del derecho, que reconoce la existencia de la figura que se la ha enfocado desde la práctica comercial internacional.

CAPITULO III

EL PROCESO, NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN DEL JOINT VENTURE

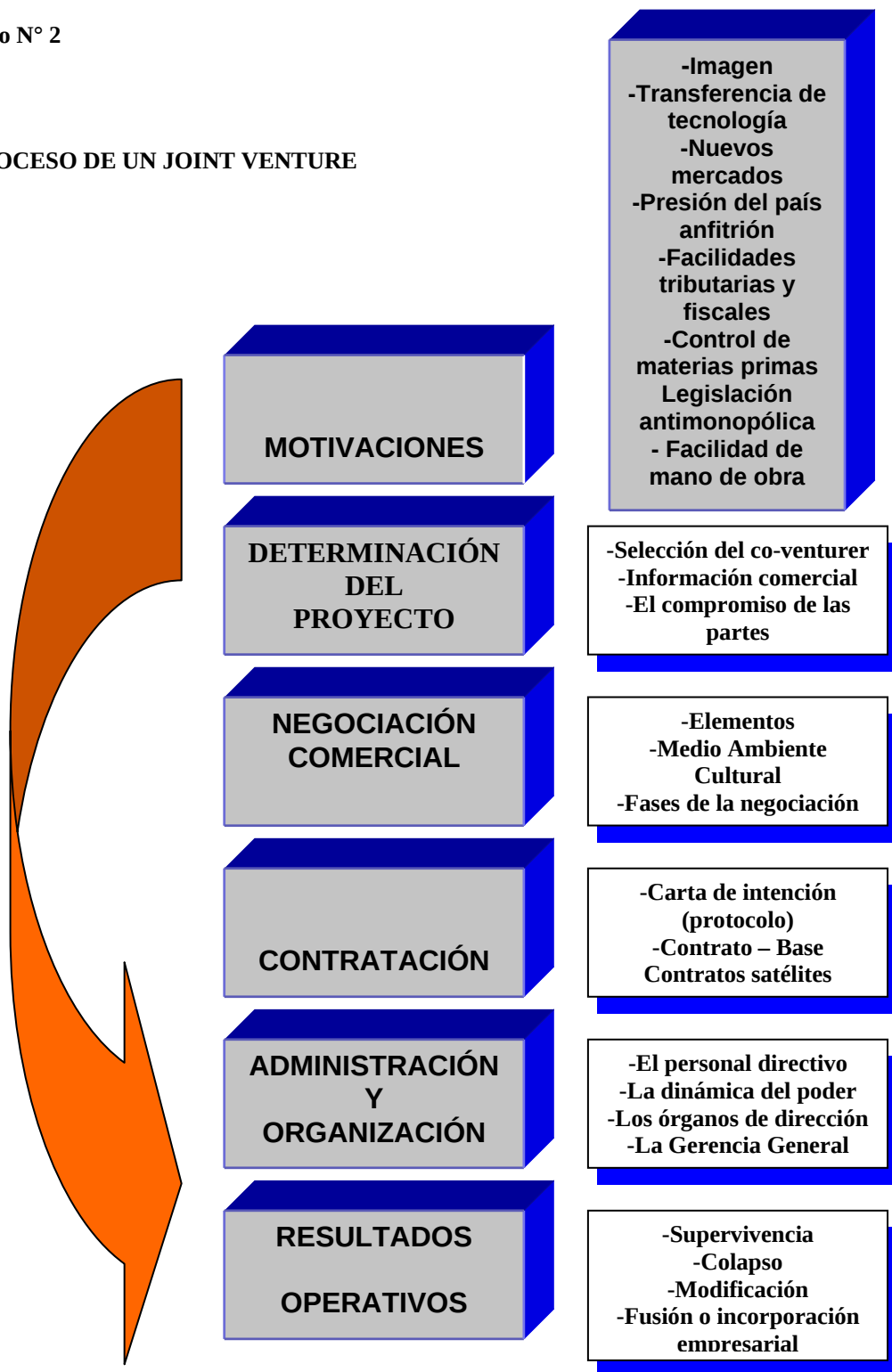
3.1 EL PROCESO DEL JOINT VENTURE

Para entrar en este punto, debemos decir que, al haber analizado al *joint venture* de una manera exhaustiva, y a pesar de ser como opinan la mayoría de juristas una figura compleja, es también cierto que nos muestra una alternativa para el desarrollo de los negocios hoy en día, sean estos locales o bien internacionales. Siendo esto así, indica un proceso que debe tomarse para poder llegar a una negociación y llegar a un acuerdo definitivo por medio de un contrato.

Un proceso de formación del *joint venture*, puede durar entre seis meses a tres años, que dependerán de los objetivos, duración de operación misma, ámbito legal y las necesidades para la infraestructura. Naturalmente, durante el proceso se presentarán diversas situaciones según sea el caso, lo que determinará la complejidad y extensión del mismo. No obstante, existen ciertos períodos que son importantes desde el punto de vista de las empresas latinoamericanas y que lo podemos ver en el siguiente cuadro:

Gráfico N° 2

EL PROCESO DE UN JOINT VENTURE



Fuente: Joint Venture Internacional. Aníbal SIERRALTA RÍOS

Dentro de este proceso, encontramos seis pasos importantes como lo hemos descrito en el gráfico anterior, así, los tres primeros son los puntos previos a tratar antes de llegar a la “contratación” misma del *joint venture*, la cual la analizaremos detalladamente más adelante; y los dos últimos son aquellos que corresponden a la operación de esta figura.

En cuanto a las partes que intervienen en un proceso de *joint venture*, es necesario saber quienes pueden formar parte del mismo. Si partimos de que esta figura establece una herramienta de colaboración entre empresas independientes, lo normal será que los participantes sean empresas, incluyéndose en este rubro, la figura del empresario individual.

Pero ello no impide que se pueda decir que en un *joint venture* pueden participar tanto personas naturales como jurídicas, sean estas nacionales o extranjeras, sin ser exclusivamente necesario tener la calidad de comerciante. Sin embargo, un requisito esencial es que desempeñen una actividad económica, sea esta mercantil o civil.

Recordemos brevemente los requisitos básicos que deben cumplir las personas naturales y jurídicas:

- Personas Naturales: Requieren tener capacidad para obligarse.
- Personas Jurídicas: Requieren que el objeto para el cual fueron constituidas, les permita involucrarse en este tipo de acuerdos. De igual forma será necesario también, que los representantes de la persona jurídica,

que concurra para la firma del contrato de *joint venture*, tengan las suficientes facultades legales para involucrarla en este tipo de asociaciones.

De igual manera, pueden ser “parte” en un *joint venture* las siguientes entidades:

- Las cooperativas, teniendo en cuenta que no puede ser desvirtuado su propósito de servicio.
- Las fundaciones y corporaciones, siempre y cuando sus estatutos lo permiten.
- Las empresas públicas, conforme la normativa del país anfitrión.

Es necesario decir que la participación en *joint ventures*, según lo establece RÍOS GARCÍA “...ha sido considerada por los economistas como una excelente estrategia de crecimiento de la empresa, pues constituye una sólida alternativa para su crecimiento tanto interno como externo, potenciando las capacidades de las empresas colaboradoras”¹⁶⁵.

3.2 NEGOCIACIÓN DEL JOINT VENTURE

Esta etapa del proceso de un *joint venture*, es muy importante, puesto que de ésta dependerá el futuro del mismo, por medio de la negociación se llegará a un acuerdo para la celebración posterior del contrato y además se establecerán todos los lineamientos y requerimientos de las partes.

¹⁶⁵ RÍOS GARCÍA Mariani. Ob. cit., p. 97.

También se deberán analizar profundamente las Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas, tanto macro como microeconómicas, así también los esquemas legales de cada jurisdicción, para luego poder establecer las ventajas y desventajas a las que se enfrentan las empresas participantes.

Las negociaciones son consideradas como una técnica y un arte, que según SIERRALTA RÍOS "...generalmente estudian y tratan de las comunicaciones y el comportamiento de las personas que intentan obtener una decisión que favorezca o interese a cada una de ellas o que impida un conflicto futuro. Es técnica, porque estudia las formas y elementos para obtener información y persuadir a las personas; en tanto que arte, porque descubre y desarrolla las posibilidades y condiciones que tienen las personas para entablar lazos de unión y relaciones armoniosas en base a la actitud verbal, los gestos y las acciones"¹⁶⁶.

En una negociación se necesitan tres criterios básicos para que ésta pueda desarrollarse:

- Que se llegue a un acuerdo sensato
- Que la negociación sea eficiente, esto implica tiempo y costos bajos.
- Que la relación entre las personas mejore, o por lo menos que no se deteriore.

¹⁶⁶ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Negociación y Contratación Internacional. Asunción, Universidad Autónoma de Asunción, 1991, p. 10 y ss.

Las partes de una negociación son muy importantes y deben tener una conexión directa entre ellas, se las puede encontrar en este orden:

- **Personas:** Son el Recurso más importante de la empresa, es importante entender a la persona el momento de negociar, su procedencia, valores, etc. Es recomendable separar a las personas de un posible problema que pueda existir en una negociación.
- **Intereses:** Es importante consolidar los intereses, no las posiciones. Los intereses pueden ser compatibles, compartidos o conflictivos.

Para lograr una compaginación de intereses comunes, es necesario entender las necesidades básicas del ser humano entre las cuales están la seguridad, bienestar económico, sentido de pertenencia, reconocimiento, control sobre la propia vida, es decir tener autonomía.
- **Opciones:** Se debe tratar de evadir los obstáculos tales como establecer juicios prematuros, pensar en una sola respuesta; más bien se debe buscar beneficios mutuos, encontrar la manera de facilitar a los otros la solución. Para generar opciones es recomendable establecer internamente en la empresa una “lluvia de ideas”, para luego poder evaluarlas y tomar decisiones. Mientras más opciones existan mejor será la negociación. También es recomendable buscar un facilitador que ayude a interrelacionar a las partes e interpretar sus intenciones y deseos.

- *Criterios:* Estos deben ser objetivos, en base a méritos, reales, claros y no oscuros. No se debe ceder ante las presiones, pero si ante los principios. (Ante los méritos).

Existen diez pasos recomendados a seguir en una negociación:

- Que es lo que desean las partes
- Cuales son los supuestos, es decir “que piensa el otro”
- Ver las cosas desde el punto de vista del otro
- Identificar las cuestiones
- Elegir un ambiente apropiado
- Determinar la estrategia
- Pensar en las necesidades de la otra parte
- Lograr un acuerdo en el que todos ganen “GANAR – GANAR”

Pudiese parecer un poco intrascendente desde el punto de vista del análisis jurídico del *joint venture*, el mencionar los principios básicos en una negociación, pero realmente son muy importantes, ya que sin ellos no se podría llegar a tener ningún acuerdo comercial, al menos de una forma debida. Es por esto que nos hemos permitido hacer relación a los requerimientos que pensamos debemos entenderlos, ya que nos muestran un orden correcto de realizar las cosas, además son fundamentos éticos que todo proceso debe tener, sobretodo porque definitivamente aportan positivamente al derecho y la economía. A continuación podemos ver un gráfico explicativo de los principales pasos que se deben tomar en cuenta en una negociación comercial:

Gráfico N° 3

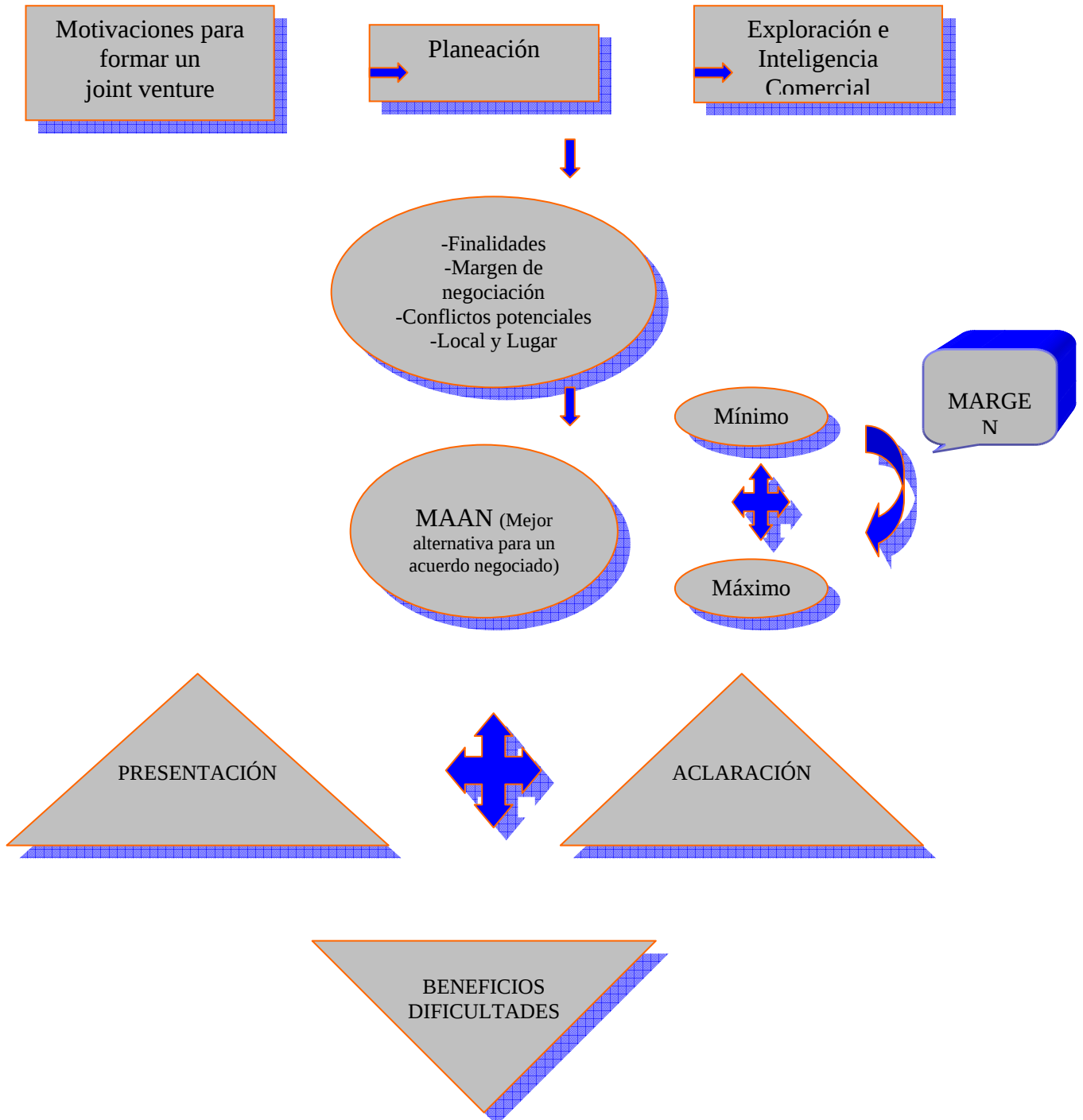
Pasos a ser tomados en cuenta en una Negociación Comercial



Dentro de los pasos señalados, consideramos necesario explicar bajo un esquema de diagramación, la determinación de los objetivos, ya que a partir de estos se puede iniciar una negociación; y por otra parte también creemos importante entender como se desarrollan las fases de una negociación.

Gráfico N°4

Determinación de los Objetivos de un Joint Venture



Fuente: Joint Venture Internacional. Aníbal SIERRALTA RÍOS

Gráfico N° 5

(Fuente: Joint Venture Internacional. Aníbal SIERRALTA RÍOS)

Fases de una Negociación de Joint Venture

1° FASE EMOTIVA	2° FASE RACIONAL	3° FASE NEGOCIAL
Desarrollo de los factores de cohesión	Definición de los problemas	Creación de sinergias
- Objeto del contrato. - Dimensión del mercado. - Volumen de producción. - Ventaja comparativa revelada del país anfitrión. - Denominación de la operación. - Características de los co-venturers. - Elementos de confianza. - Compatibilidad de socios. - Limitaciones legales.	-Exclusividad del mercado. - Las marcas, nombres y distintivos. - Gerenciamiento de la operación. - Provisión de personal y entrenamiento. - Plazo. - El régimen de voto (en las <i>joint venture corporation</i>). - Prescripción del contrato. - Infraestructura y localización. - Disponibilidad y obligación de los co-venturers.	- Distribución de los aportes. - Repatriación de beneficios. - Definición de los contratos satélites como: contratos de administración, de marketing, de licenciamiento, know how y asistencia técnica. - Establecimiento de sistemas de control y de auditoria. - Régimen de la mayoría. - Responsabilidad tributaria y cargas de las partes.

3.3 CONTRATACIÓN DEL JOINT VENTURE

Una vez terminadas las etapas del Proceso y Negociación Comercial del *joint venture*, las cuales a más de ser requisito previo a la Contratación, en definitiva determinaran las bases y fundamentos en los cuales esta nueva etapa debe sustentarse y partir de estos supuestos se deberá establecer un esquema legal que permita el desarrollo eficiente de la posterior operación del *joint venture* o si se quiere en términos más propios de *la joint venture*, recordando lo que habíamos dicho en cuanto a estos dos términos, que deben usarse, el primero para referirse al proyecto mismo y al contrato sea cualquiera de los tipos que se haya establecido, y el segundo término para hacer referencia a la operación de esta figura.

Existen algunos aspectos que necesitan ser tomados en cuenta antes de redactar cualquier contrato, en nuestro caso este requerimiento se “esencial”. De esta manera partimos de que la experiencia demuestra que en este tipo de contratos siempre existe incertidumbre en cuanto a la jurisdicción y la ley aplicable, por lo que es muy importante que la formulación del contrato, sea sobretodo muy clara y precisa, para lo cual las partes necesitan de abogados expertos en la materia, que simplifiquen las cosas y sean eficientes en su trabajo. Todo esto se reflejará en que se pueda dar una correcta interpretación del documento/os por parte de los contratantes y también por los jueces que se involucren en la materia.

Hay varias recomendaciones que la doctrina expresa en cuanto al desarrollo correcto del contrato. Así, establece que el lenguaje y los cuidados en la redacción son fundamentales en el mismo, ya que la partes al pertenecer a países diferentes, viven realidades distintas y todo esto deriva en que principalmente las leyes y los procedimientos sean diferentes.

Por lo dicho, una vez que se ha iniciado la redacción del contrato se debe incorporar una cláusula que indique el idioma de interpretación del contrato denominada “*choice of language clause*”, la cual supone conceptos, usos, costumbres y significados que solamente pueden tener sentido en una legislación y que traducidos a otra lengua pueden cambiar su sentido. Por esta razón como dice SIERRALTA RÍOS “...en los países en los que impera el principio de la autonomía de la voluntad, en materia de elección de la ley, el idioma es una de las indicaciones implícitas de la ley aplicable”¹⁶⁷. Debemos señalar que el uso de dos idiomas en el contrato complica el desarrollo del mismo, por lo que es importante definir este tema.

En cuanto a la forma del contrato, se observa que en la mayoría de los casos de operaciones de *joint venture* se encuentran tres tipos básicos de documentos: un memorándum de intenciones, protocolo o carta de intención que no siempre es necesario, “un contrato base” y varios “contratos satélites”. En este punto es necesario aclarar que en el caso de las *non corporate joint ventures* pueden limitarse a un único documento.

¹⁶⁷ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob cit. p. 214.

En la práctica, el rápido movimiento de los negocios, precipita a las partes a que empiecen a desarrollar todos los documentos, “contrato base” y “contratos satélites” principalmente, en forma simultánea, incluso sin carta previa de intención. Empero, la regla sugiere que se elaboren las etapas de manera ordenada con el objetivo de que el instrumental de este negocio sea claro y útil para poder cumplir eficientemente el fin propuesto.

3.3.1. PROTOCOLO Y CONTRATO PRELIMINAR

Es denominado también (*letter of intent*), se define como el documento previo que va a dar origen al de *joint venture*. El protocolo es un preacuerdo cuyo destino es extinguirse cuando el contrato entre en vigencia, sobretodo cuando se trate de una constitución de una sociedad, ya que los Estatutos o reglamentos de ésta otorgarán la caducidad de dicho documento.

Esta carta o documento, va dirigida a la contraparte y puede generar obligaciones cuando la parte proponente se dirige al posible contratante realizando una oferta de contrato en la cual establece condiciones para el desarrollo futuro del acuerdo. Su origen se presenta en la negociación misma y lo recomendable es que en las dos primeras reuniones se establezca este documento, ya que ello formalizará la relación entre las partes y determinará la forma en que se negociará.

En algunas ocasiones, al protocolo se lo sustituye por un documento conjunto, que permite obviar la carta de promesa y la correspondiente carta de aceptación, el cual es un pacto o convenio que formula una intención de encaminarse hacia un *joint venture*. Se denomina pacto simple o *nudum pactum* y tiene orígenes en el derecho romano, se caracteriza porque no traslada derechos y tampoco genera obligaciones jurídicamente perfectas; en otras palabras no genera un contrato que debe ejecutarse, distinguiéndose así del contrato propio aun cuando lo precede.

Una vez que se ha determinado la estructura de la operación conjunta, las partes puede proceder a elaborar el contrato preliminar, que es un compromiso mutuo que tiende a formalizar un contrato definitivo y la estructura de la sociedad operadora para el caso de las *equity joint ventures*.

En Latinoamérica el contrato preliminar está tipificado en algunas legislaciones como la mexicana por ejemplo que en sus Arts. 1806, 1813, 1831 y 2225 del Código Civil del Distrito Federal de México considera que los contratos preliminares podrían ser considerados contratos cuando ambas partes los suscriban, y como oferta cuando solamente una parte lo haga. Así también el art. 861 del Código de Comercio de Colombia expresa: “La promesa de celebrar un negocio producirá obligación de hacer”. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso”. El Código Civil del Perú incorpora en sus Arts. 1414 al 1418, la figura del contrato preliminar o contrato preparatorio. Así lo expresa el art.

1414: “Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”, como podría ser el caso del “contrato base”.

Debemos señalar que en la legislación ecuatoriana existe también la figura de promesa de celebración de un contrato y que la podemos encontrar en el Código Civil en su art. 1597, el cual prevé lo siguiente: “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes: (1ª) Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesite de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código (2ª) Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaren ineficaces; (3ª) Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y, (4ª) Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

De todas formas, la tipificación de los contratos preliminares no es obligatoria para que puedan desarrollarse, partiendo de que exista la autonomía para contratar y además la necesidad en la práctica comercial.

De esta manera en el caso de Argentina, esta figura no está regulada, pero su Código Civil permite su existencia, expresando en el art. 1137 lo siguiente: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Por otra parte existe también la figura del boleto de la compraventa tipificada en

el art. 2355 de dicho Código Civil y que según opinan los autores, es una figura análoga al precontrato.

De igual forma la doctrina registra la existencia de este contrato, el mismo que tiene varias denominaciones tales como contrato preparatorio, precontrato, ante-contrato o ante-acto y compromiso. Podemos entonces hacer alusión a la obra de Aníbal SIERRALTA RÍOS, que menciona en cuanto a este tema, que THOL (1861) habla de un contrato presente que compromete otro futuro, y SCOGNAMIGLIO (1961) expresa que el contrato preliminar se presenta cuando las partes se obligan a estipular posteriormente un contrato, que por contraste se suele llamar definitivo y cuyo contenido ha sido prefijado.

El contrato preliminar debe contener los siguientes elementos:

- Dos o más partes
- Una finalidad común
- Contribución de las partes al logro de dicha finalidad
- Participación en los beneficios
- Gestión conjunta¹⁶⁸

Este contrato preliminar permite entonces saber cual es el motivo determinante de la voluntad de las partes y posibilita la interpretación de los actos jurídicos originados en la etapa previa. De manera que a partir

¹⁶⁸ DE LA MADRID ANDRADE Mario. Ob.cit. p. 154.

de su estructuración, se encamina el proceso hacia la formulación de un contrato de *joint venture*.

3.3.1.1 Acuerdos de confidencialidad

Normalmente las partes que intervienen en un proceso de *joint venture* requieren de determinada información que les permita conocer la situación real de cada una de las empresas que van a participar en dicha relación. Esa información puede resultar de vital importancia para una compañía, por lo que existe un riesgo intrínseco al ser proporcionada a quienes la requieren, ya que eventualmente podrían beneficiarse de la misma. Para estos efectos, las partes celebran un acuerdo de confidencialidad que las obliga a guardar absoluta reserva de la información que se provee, lo cual implica que ésta no puede ser revelada a terceros y que tampoco se podrá usar para beneficios propios o de terceras personas.

El acuerdo de confidencialidad dice la doctrina, que propicia la comunicación de información técnica y comercial, ya que constituye una herramienta en la que las partes depositan su confianza, manteniendo en secreto dicha información.

Este acuerdo comprende entre otras materias:

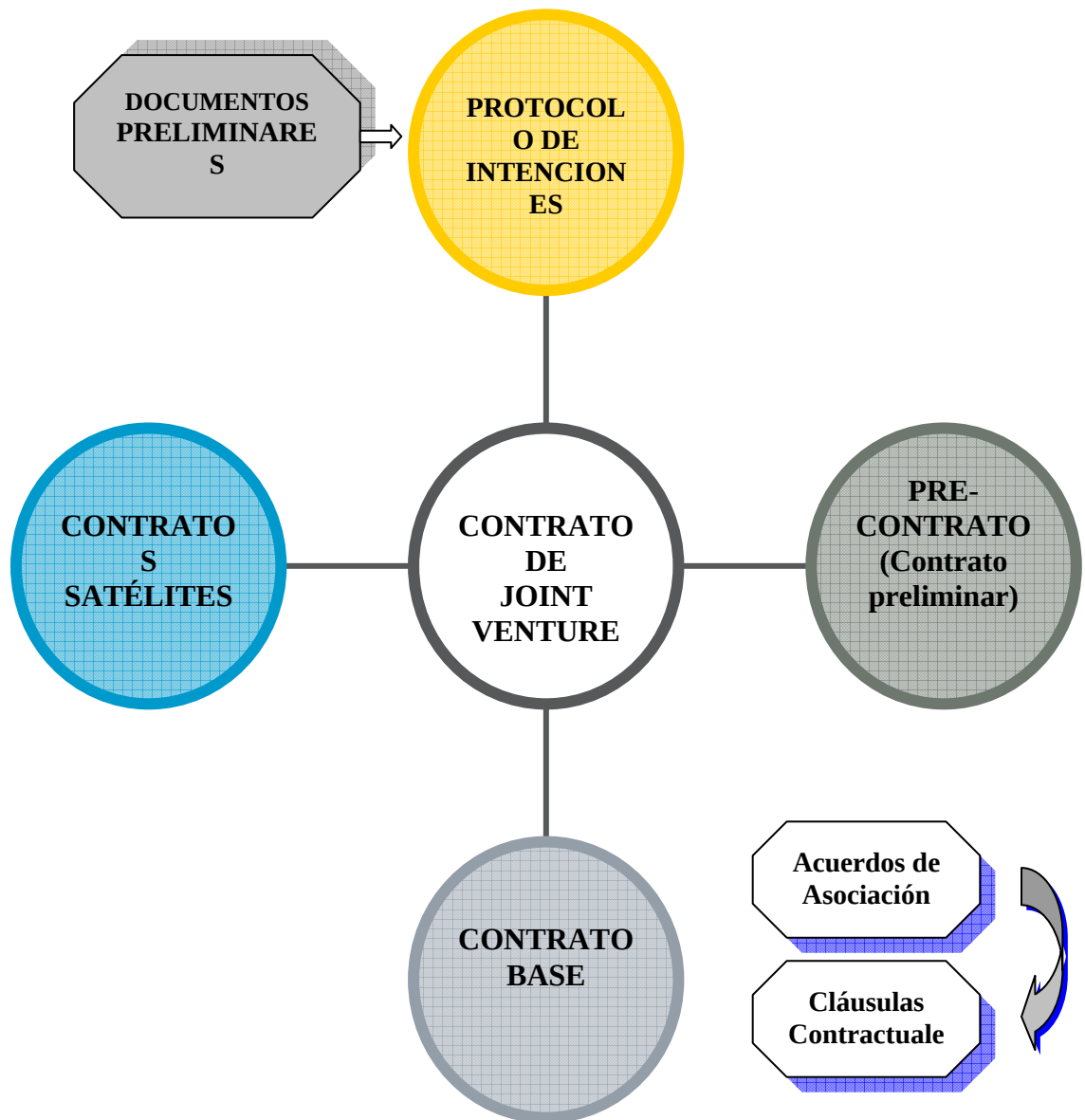
- Promesa de mantener en secreto el hecho de las negociaciones y los resultados de ésta.
- Prohibición de transferencia de información a terceros
- Restricción en el acceso a la información al mínimo de personas dentro de la organización
- Prohibición de utilizar la información para fines distintos de los del *joint venture*
- Obligación de devolver la documentación recibida por las partes en el evento de fracasar las negociaciones¹⁶⁹

Antes de proseguir con el “Contrato Base” creemos necesario ilustrar en el siguiente gráfico los instrumentos previos al contrato de *joint venture*, con el objetivo de tener claro como se debe desarrollar este proceso.

¹⁶⁹ RÍOS GARCÍA Mirians. Ob. cit. p. 106

Gráfico N° 6

Instrumentos previos al contrato de joint venture



Fuente: Joint Venture Internacional. Aníbal SIERRALTA RÍOS

3.3.2 EL “CONTRATO - BASE”

El contrato base representa la forma como las partes desarrollarán conjuntamente la actividad que constituye el objeto de su vinculación, y que es, propiamente, el contrato de *joint venture*. Por ello, este contrato constituye un documento que debe ser estructurado en función de las circunstancias o el ámbito en que se va a ejecutar la operación de un *joint venture*, así como también en base a sus objetivos, el equidad entre las partes y la autonomía de contratación, principio rector para poder realizar este tipo de contratos en legislaciones como la nuestra, que no regula esta figura.

La práctica muestra que existen ciertos modelos de contrato que sirven de guía para los negocios, lo cual constituye una forma de estandarización que se la denomina “contratos estribo”, que no son más que una manera de apoyo para realizar operaciones de comercio internacional. Sin embargo, opinan varios autores, que esto no es recomendable, puesto que cada *joint venture* tiene sus propias particularidades con respecto a su finalidad y su operación, así como también a sus motivaciones, proceso y negociación; de lo cual se deduce que cada “contrato-base” es distinto.

Existen ciertos parámetros en los cuales se basa un “contrato-base” para su elaboración, el mismo que tiene como rasgo propio ser un contrato muy extenso y variado. Entre los aspectos que deben incorporarse a este

contrato tenemos: “(1)La calificación de los participantes; (2) la naturaleza y objeto del negocio de *joint venture*; (3) la decisión de formar la sociedad operadora y el objetivo que ésta busca; (4) el valor de la inversión proyectada; (5) la contribución de cada una de las partes; (6) la referencia a los contratos satélites o mención a la posibilidad de que se celebren; (7) la definición del esquema de poder; (8) la fijación de normas de auditoria para permitir la fiscalización de la operación por los *co-joint venturers* y (9) las cláusulas relativas a la solución de disputas”¹⁷⁰.

Para estos efectos, en el siguiente gráfico N° 7 se detalla claramente el esquema de un contrato de *joint venture*, cuya ilustración puede ser útil en la práctica para tener en cuenta algunos aspectos a tratar, pero sin olvidarnos que cada “contrato-base” puede variar dependiendo de la naturaleza de dicha figura.

Por otra parte, la doctrina explica, que las disposiciones que modifican las reglas ordinarias y supletorias del Derecho de sociedades, con el objeto de tener en cuenta las condiciones para la relación entre los *co-venturers*, se las podrá incorporar al “contrato-base”. Por tanto es necesario que no exista ningún acuerdo que tenga control sobre los distintos elementos, como el uso de nombre, licencia, canales de comercialización; es decir sobre aquel conjunto de contratos que se derivan del instrumento básico. Es precisamente por eso que a este contrato la doctrina anglosajona lo denomina *umbrella agreement*, el cual vincula la duración de los contratos satélites, estableciendo la forma y características de la operación.

¹⁷⁰ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Joint Venture Internacional. P. 219. Citado por DE LA MADRID ANDRADE Mario. Ob. cit. p. 70.

Gráfico N° 7

Estructura de un “contrato-base”

- 1. SUJETOS**
- 2. INTENCIONES**
- 3. OBJETO**
 - 3.1 Estrategia de parte extranjera
 - 3.2 Estrategia de parte nacional
 - 3.3 Productos, servicios, industrias o mercados
- 4. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES**
 - 4.1. Contribuciones
 - 4.1.1 Capital
 - 4.1.2 Planta, almacén, oficina, licencia
 - 4.1.3 Tecnología, diseño
 - 4.1.4 Producto, know – how
 - 4.1.5 Patente (marcas y nombres)
 - 4.1.6 Marketing, canales de distribución
 - 4.1.7 Asistencia técnica
 - 4.1.8 Gerenciamiento
 - 4.1.9 Relaciones con el Gobierno, Instituciones financieras, usuarios
 - 4.2. Responsabilidades y obligaciones
 - 4.2.1 Equipamiento
 - 4.2.2 Construcción
 - 4.2.3 Operaciones de producción
 - 4.2.4 Selección y entretenimiento de personal
 - 4.2.5 Control de calidad
 - 4.2.6 Relacionamiento con gremios, sindicatos
 - 4.2.7 Investigación y desarrollo
- 5. PARTICIPACIÓN COMÚN (Propiedad equitativa)**
 - 5.1 Régimen de propiedad industrial
 - 5.2 Convenios de estabilidad tributaria
 - 5.3 Régimen de propiedad compartida
- 6. ESTRUCTURA DEL CAPITAL (Joint Venture Corporation)**
 - 6.1 Distribución de capital y aportes
 - 6.2 Créditos
 - 6.3 Capital de trabajo
- 7. GERENCIA**
 - 7.1 Estructura orgánica
 - 7.2 Nombramiento y autoridad de funcionarios ejecutivos
 - 7.3 Repatriación de directivos, técnicos y staff
 - 7.4 Derecho de veto en nombramientos de funcionarios y en decisiones de gestión
 - 7.5 Plan estratégico y políticas
 - 7.5.1 Declaración de dividendos
 - 7.5.2 Reinversión
 - 7.5.3 Fuente de abastecimiento de materiales, intermedios y componentes
 - 7.5.4 Programas principales de marketing, incluyendo línea de productos, marcas de fábrica, canales de distribución, promoción, precios, servicio y gastos.
 - 7.5.5 Mercados de exportación y compromisos (comisiones)
 - 7.5.6 Compensación ejecutiva y bonificaciones
- 8. CONTRATOS SATÉLITES**
 - 8.1 Contrato de licencia y tecnología
 - 8.2 Contrato de administración
 - 8.3 Contrato de asistencia técnica
- 9. RÉGIMEN CONTABLE Y FINANCIERO**
 - 9.1 Informes financieros y expresión en moneda
 - 9.2 Auditorías
- 10. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**
 - 10.1 Mediación
 - 10.2 Arbitraje

Fuente: Joint Venture Internacional. Aníbal SIERRALTA RÍOS

Es preciso que todas las cláusulas tengan absoluta vinculación, para que de esta manera exista la coherencia necesaria para la interpretación integral del contrato. En efecto, algunas legislaciones en Latinoamérica concuerdan con este criterio, así el Código Civil ecuatoriano en su art. 1607 expresa: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”.

En el mismo sentido se expresan los Códigos Civiles de Colombia, Perú y Paraguay.

Podemos ver entonces que el “contrato-base” determinará no solamente los objetivos, plazos y condiciones de la operación, sino también el esquema y la forma en que se desarrollará. Para ello, nada limita a que se elabore en forma detallada la descripción de cómo participarán los sujetos en cuanto a la gestión y administración. En consecuencia, una de las particularidades del *joint venture*, es precisamente la posibilidad de que se pueden elaborar lineamientos entre las partes sin tener que constituir, necesariamente, una sociedad comercial, que los vincule permanentemente en una estructura de capitales. SIERRALTA expresa que “...este instrumento no involucra la participación del capital en forma accionaria (*equity participation*), que es un acuerdo destinado a manejar una operación

específica que no obliga a involucrarse en una sociedad”¹⁷¹. Claro está, que como ya se había mencionado antes, esto no quiere decir que si el objetivo del *joint venture*, requiere de la constitución de una sociedad y ello implica que la participación sea accionaria, como es el caso de una Sociedad Anónima, perfectamente se puede formar dicha entidad, para lo que se deberán establecer claramente los lineamientos tanto del contrato-base, como de los Estatutos de la nueva sociedad para que juntos operen sin ningún problema; constituyéndose para estos fines un *joint venture societario*.

Es preciso destacar, que en la reciente práctica en Latinoamérica, sucede en ocasiones que se prescinde o no se toma en cuenta al “contrato-base” y se considera únicamente lo resuelto en los Estatutos de la sociedad. Esto se produce debido a que dichas estructuras societarias son normas imperativas y por lo tanto pueden ser rígidas en su aplicación, situación que complica el normal desarrollo del objeto del *joint venture* y también a las partes.

Así mismo, en la práctica se puede observar que aún habiéndose establecido en el “contrato-base” la forma para elegir a los directores o para seleccionar al personal de la empresa; cuando se celebra una junta general de accionistas, una de las partes señala que es la mayoría accionaria quién tiene derecho a nombrar o elegir la conformación del directorio y no el “contrato-base”.

¹⁷¹ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob. cit. 221

Estos problemas comunes se deberán ir solucionando conforme se adquiera más experiencia en la operación de esta figura, y conforme la doctrina se desarrolle, pero por ahora sugieren varios autores que se eleve a Escritura Pública el contrato o que se legalicen las firmas de quienes lo han suscrito.

Seguidamente veremos las disposiciones que hemos mencionado, para determinar su alcance y finalidad, sabiendo que es lógico que éstas puedan variar dependiendo del ordenamiento jurídico donde se vaya a ejecutar el *joint venture* y también de la naturaleza de la operación de que se trate.

3.3.2.1 Sujetos

En todos los contratos es un requisito señalar los sujetos, pero en instrumentos de efectos internacionales es muy importante saber quienes son las partes, ya que generalmente éstas serán personas jurídicas, para lo cual es imprescindible identificarlas, indicar su sede y las personas que se desempeñan en las mismas.

Señalar la sede y el lugar de constitución, es un requisito necesario, debido a las reglas de conflicto de leyes sobre la nacionalidad de las sociedades, y la ley que se aplica a las personas jurídicas, así también son importantes las referencias del órgano directivo para evitar una posible violación con los poderes de las administraciones.

Otro punto que se debe aclarar en el desarrollo internacional de la sociedad inversionista extranjera, es el alcance que tiene esta para gestionar en el país recepción.

3.3.2.2 Cláusula de intención

Esta cláusula determina principalmente el punto de relación entre las partes, es un resumen de las causas que llevaron a emprender a las partes. Es decir, en ella confluyen los propósitos e intenciones que animan a los *co-venturers* a contratar; y aunque es inusual en los contratos locales, son muy relevantes en el caso un *joint venture* que se establezca entre dos personas jurídicas de diferentes sistemas jurídicos.

3.3.2.3 Cláusula del objeto

La determinación del objeto o finalidad del contrato será la guía para establecer el tipo de operación que debe gestionarse. Hay que señalar que es distinta de la cláusula de intención ya ésta explica el *animus*, las motivaciones por las que los participantes han decidido vincularse o asociarse, en cambio el objeto “es el requisito esencial del contrato, es la cosa, acción o servicio determinado, es el punto hacia el cual se encaminan las partes”¹⁷². En el caso de que se constituya una sociedad, el objeto deberá ser la determinación misma de la actividad en la que incurrirá el negocio.

¹⁷² SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob. cit. 225

De esta forma, mientras más clara sea la determinación de los objetivos, más fáciles serán las decisiones que se tomen para el futuro de una operación, en caso de suscitarse una controversia. Así también, ésta cláusula permite que se puedan diferenciar los objetivos de los participantes, de aquellos que pertenecen a la entidad en común, los cuales podrán ser independientes unos y otros. “El objeto de este contrato es, pues, la prestación obligacional en sí”¹⁷³.

3.3.2.4 Contribución de las partes

Esta cláusula es fundamental en todo contrato de *joint venture*, ya que detalla las contribuciones que cada participante realiza, las mismas que deberán hacerse con precisión, para lo cual se debe también establecer el alcance de las mismas, el plazo y la forma como deben ejecutarse.

Las partes pueden comprometerse a realizar ciertos servicios o prestaciones concretas, entre las que cabe señalar las siguientes:

- *Contribuciones financieras*: las partes pueden regular los compromisos de cada una de ellas en relación con la financiación del *joint venture*, estableciendo formas e instrumentos para llevarla a cabo, importes máximos, plazos, etc.
- *Prestación de servicios* de los más diversos tipos, entre los que podría encontrarse la elaboración e implantación de aplicaciones informáticas, así

¹⁷³ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob. cit. 225

como el mantenimiento de las mismas, servicios de administración, contabilidad, etc.

- La *organización y dirección del personal*, el estudio de la mejor estructura del mismo, puede quedar en manos de una de las partes.
- Las *tareas comerciales* para la venta de servicios o productos de la empresa conjunta pueden quedar encomendadas a cualquiera de las partes, como una forma de contribución de ésta al *joint venture*¹⁷⁴.

Podemos señalar otras formas de contribución que creemos importantes, tales son, las patentes, *know how*, canales de comercialización, diseño industrial, inmuebles, acercamientos para relaciones con entidades gubernamentales, proveedores o entidades financieras.

Por último es interesante acotar que en la Unión Europea, la Comisión de dicho organismo que es quién dicta las normas, cuando se trata de estas operaciones, existe una regulación en los arts. 85 y 86, que prevé un aporte minoritario a la parte extranjera que se vincule como socio, aún así haya contribuido con el mayor aporte de capital, tecnología o equipamiento. Lo cual hace que se entre a negociar aspectos como el derecho a control, derecho a la información o participar con mayor número de directores. Es un concepto claro de proteccionismo a los países miembros para que no sean vulnerables ante un grande inversionista extranjero.

¹⁷⁴ RÍOS GARCÍA Mirians. Ob. cit. 113.

3.3.2.5 Derechos y deberes de las partes

Los participantes adquieren ciertos deberes y responsabilidades, a más de las mencionadas contribuciones, con el objetivo de encaminar a un desarrollo eficiente el establecimiento y la operación del *joint venture* o la consumación del contrato-base.

Una de las principales obligaciones que constituyen los participantes, está relacionada con la no competencia entre el *joint venture* y éstos o viceversa. Esta situación, expresa la doctrina, que puede acarrear contradicciones con el *antitrust* anglosajón y que incluso podría declarar nula ésta cláusula, además hay que tener en cuenta la extraterritorialidad de las normativas de este sistema jurídico.

Por otro lado los derechos a percibir beneficios, adquirir los productos del *joint venture*, ser partícipe de la ejecución, deben ser definidos, así como también su relación con los sindicatos.

También se incorporan a este rubro otras obligaciones como la lealtad entre los participantes, que será estudiada junto con la ley aplicable al contrato principal, y también frente a los usos y costumbres de la comunidad internacional de negocios.

Dentro de los conflictos de los beneficios, también están los de la obtención de divisas y el de los impuestos para el exterior de los dividendos. Se observa que en varios países, sus normativas restringen o pone

dificultades para obtener divisas, sin mencionar a otras que impiden el lucro de personas jurídicas. Por lo tanto, se debe tratar estos problemas de tipo cambiario y fiscal, en conjunto con las políticas de los participantes, con el fin de que se puedan regular en el contrato.

En relación las participaciones, se deberá tomar en cuenta los derechos de preferencia en la venta de éstas, ya que como habíamos mencionado en el capítulo II, el *intuitu personae* es un elemento fundamental en el desarrollo comercial del *joint venture*.

Un aspecto de interés es el referente a que en los países en vías de desarrollo, las partes que contratan principalmente se dividen en tres grupos entre los cuales tenemos: empresas transnacionales o corporaciones extranjeras, participantes locales y gobiernos de los países anfitriones.

También se observan en otros ámbitos que a dichas entidades se unen, inversionistas nacionales e instituciones financieras nacionales o extranjeras.

En cualquier caso los derechos y obligaciones dependerán de cada caso, pero hay que tener presente que en el caso del Estado, su finalidad será más amplia ya que salen a la luz temas político-económicos, distintos de los temas si se quiere, meramente financieros del resto de participantes.

3.3.2.6 Cláusula de constitución y organización de una empresa común

Como hemos estudiado, no en todos los casos es necesario constituir una sociedad comercial para implementar o cumplir los fines del contrato. Pero, cuando la operación lo requiere por ser de gran envergadura, o por el tipo de actividad que se va a realizar o inclusive por exigencia de orden público del país sede, se podrá crear una sociedad. “Aun cuando, debemos advertir, es en este caso un componente operacional del contrato y no el propio *joint venture*”¹⁷⁵.

3.3.2.7 Cláusula de gerenciamiento o administración

Esta cláusula es de gran relevancia, ya que establece los parámetros para la administración de la operación comercial, tocando aspectos importantes como el nombramiento de directores, la forma de elegirlos y también la división de poderes entre las partes integrantes.

Aquí se acuerda de una forma organizada el manejo eficiente del objeto del *joint venture*, que no necesariamente requerirá que se lo haga en función de la proporción en las aportaciones. Por tanto es una cláusula que permite un eficaz entendimiento para una mejor operación.

¹⁷⁵ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob. cit. p. 229.

Esta cláusula se distingue de aquellas que las leyes societarias rigen, ya que éstas en lo relativo a la elección de directores, lo hacen por mayoría accionaria.

El contrato-base es muy amplio, y abarca como hemos visto toda la estructura del *joint venture*, incluso su gerenciamiento y administración, pero cuando se tiene que constituir una sociedad, éste requiere de una coherencia legal con los Estatutos correspondientes, para así evitar problemas con las rígidas normas societarias, que suelen restringir al *joint venture*.

Es necesario hacer un comentario con respecto a que en el *common law* y en el sistema latinoamericano estas cláusulas pueden tener ciertas diferencias por efectos del idioma y por la propia naturaleza de cada sistema, siendo esto un aspecto que se debe tener en cuenta puesto que tales diferencias deben quedar bien claras al momento de elaborar el contrato. Principalmente se refieren a los nombramientos de presidente y vicepresidente, administrador o gerente y los alcances que tienen estos individuos frente a la compañía.

“Esta cláusula es la que, con frecuencia, va a servir para después elaborar el contrato satélite respectivo o mantener el criterio según el cual se debe administrar la operación, sea mediante un modelo societario

específico, sea a través de una estructura de gestión elaborada para el fin concreto”¹⁷⁶.

3.3.2.8 Cláusula de definición técnica y factibilidad del proyecto

Es aquella en la cuál las partes acuerdan la respectiva realización del proyecto para la constitución del *joint venture* y el cumplimiento del estudio de factibilidad en el plazo determinado.

3.3.2.9 Cláusula de localización de planta

Por medio de esta cláusula se determina donde estará ubicada físicamente la planta, fábrica o local objeto del *joint venture*. Cabe decir que hace referencia a la planta de la compañía operadora de esta figura.

3.3.2.10 Cláusula de hardship

Es tarea difícil encontrar una traducción exacta para este término, que es originario del sistema anglosajón, pero una definición aproximada a nuestro sistema que la doctrina establece, es la de incorporarla dentro de la categoría de la imprevisión o de los contingentes. Es necesario aclarar que esta cláusula no se puede confundir con la “fuerza mayor” o “caso fortuito”.

¹⁷⁶ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob. cit. p. 229

De esta manera, RÍOS GARCÍA, cita en su obra lo siguiente con respecto al *hardship*: “Estipulación proveniente del sistema del common law que establece que si durante la vigencia del contrato la situación general o las circunstancias en consideración a las cuales se elaboró el presente contrato-base cambiaren sustancialmente de manera tal que alguna de las partes sufra severo e imprevisible perjuicio, la parte afectada podrá notificar a las otras tales circunstancias mediante carta notarial en que especifiquen la fecha y naturaleza de los hechos lesivos y la forma de superar tal situación”¹⁷⁷.

Esta comunicación deberá hacerse en el plazo que determinen las partes, y tendrá como propósito que las mismas puedan reunirse para tratar sobre este tema y buscar una solución a la parte afectada y a la actividad del *joint venture* y de ser necesario efectuar ajustes al contrato.

3.3.2.11 Cláusula de inalienabilidad

Al ser la inalienabilidad una restricción al derecho de disponer de los bienes inmuebles que en el caso del contrato de *joint venture* podría ser considerada para brindar más seguridad a la operación y ante terceros, en cuanto a que los bienes que han sido comprometidos en la ejecución del objeto social no se podrán enajenar o gravar mientras esté en vigencia el contrato. Entonces, se observa que hay una obligación y restricción al socio, que ha proporcionado un bien para la operación, lo cual de todas maneras

¹⁷⁷ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob cit. p.240. Citado por RÍOS GARCÍA Mirians. Ob, cit. p. 115.

otorga más seguridad y confianza para la operación y en consecuencia para el riesgo generado.

No obstante, esta cláusula no es permitida en algunas legislaciones en Latinoamérica, como es el caso de Perú, que en su Código Civil dice “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”. De igual forma, el Código Civil de la legislación paraguaya se expresa en término semejantes.

En tanto que de ser posible esta disposición, es decir que si la legislación local la permitiere, se podría incorporar esta cláusula, pero deberá tener un plazo determinado, ya que de otra forma se incurriría en restringir el tráfico inmobiliario. En definitiva, dicha cláusula podría ser estipulada, siempre y cuando la norma lo permita, y de ser así, deberá tener un tiempo máximo de vigencia.

En la legislación ecuatoriana, se podría incorporar esta cláusula, pero para que surta efecto, se debería pedir la prohibición de enajenar ante un juez civil para que luego sea otorgada por escritura pública e inscrita en el registro de la propiedad.

Según la estructura de contrato-base que hemos analizado, las principales cláusulas que se deben incorporar en éste son las que hemos detallado, pero existen otras que consideramos importantes mencionarlas;

así también dejaremos para el fin de este capítulo el análisis de la Ley Aplicable y las Controversias y los medios de solución de conflictos.

3.3.2.12 Otras Cláusulas usuales en los joint ventures

- **Cláusula que busca excluir relaciones societarias:** Aquella que tiende a evitar que los actos del *joint venture* se desarrollen a través de un órgano unitario, es decir en forma de *affectio societatis*.
- **Cláusula de financiamiento de gastos adicionales:** Es preciso que los *co-venturers* acuerden como realizarán el financiamiento de los gastos adicionales del proyecto, es decir, si lo harán con los fondos del giro del negocio, financiamiento externo o con aportaciones de los propios venturistas.
- **Cláusula “carry over”:** Esta cláusula se la utiliza principalmente cuando se trata de *joint ventures* de proyectos para la explotación de recursos naturales. El acuerdo establece que uno de las partes realizará un aporte financiero que le corresponde a otro *partner*, con el propósito de que le restituya su aportación con parte de la producción respectiva de dicho proyecto.
- **Cláusula de compromiso de reserva o (disclosure):** Como ya lo habíamos anotado anteriormente, este acuerdo se lo realiza en la etapa de

pre-contratación o contrato preliminar, pero nada impide que se incluya dentro del contrato-base para mayor seguridad de las partes. Por tanto, se podrá estipular que toda información, dato y conocimiento, dentro del proyecto o de las operaciones conjuntas, o en la vigencia de este contrato, deberán ser consideradas como confidenciales por las partes, por lo que no se podrá revelar a terceros mientras dure dicho contrato y por lo menos dos años después de terminación del mismo., sin previo autorización de las partes.

De igual manera se acordará a que entidades se puede revelar información, como pueden ser entidades financieras, contratistas, aseguradores, filiales, etc.

- **Cláusula de la disolución de la participación:** En el caso de los *joint ventures societarios*, será relevante acordar los lineamientos que tendrá aquella parte que en caso de necesidad de liquidez de la empresa, deba aportar con capital y no cuente con dichos recursos. Es decir se estipulará la venta de la parte insolvente o el financiamiento de ésta por parte de los demás participantes.
- **Cláusula de desvinculación:** En ésta se deberán regular los pasos y procedimientos a seguir en caso de que terminase el contrato o de presentarse el retiro o desvinculación de uno de los socios. Para estos efectos se establecerá un mecanismo para la enajenación de aquella parte accionaria de la parte que se retira, como también la manera en que se

administrará, de ser el caso, la tecnología aportada y desarrollada durante la operación conjunta, cuando ésta llegue a su fin.

- **Cláusula sobre el análisis de la situación de la empresa o de la debida diligencia (due diligence procedure):** Este acuerdo consiste en una serie de procedimientos como los cita DE LA MADRID ANDRADE “...El *due diligence procedure* consiste en una serie de pasos que los abogados y auditores deben seguir para conocer, de la manera más completa posible , la situación de la empresa en aspectos tales como el legal, comercial, tecnológico, ambiental, etc”¹⁷⁸.
- **Cláusula sobre ausencia de cambios substanciales (absence of material changes):** La doctrina señala que ésta cláusula es muy importante dentro del contrato-base, su propósito es asegurarse de que no existirán cambios de tipo substancial en los bienes y en la situación económica de la sociedad en la que se hará la inversión, durante las fecha de firma del contrato-base y la de la ejecución de la operación. Esta cláusula esta ligada íntimamente con la de compromiso de reserva o (*disclosure*).
- **Cláusula de igual oportunidad (equal opportunity):** El emprendimiento de las partes en otras actividades que se relacionan con el objeto del *joint venture* hacia otros ámbitos geográficos, requiere del establecimiento de filiales o subsidiarias, por lo cual este acuerdo persigue que las partes

¹⁷⁸ HARROCH, Richard D., Partnership & Joint Venture Agreements, volume 1, Law Journal Press, New York 1999, p. 7-105. Citado por DE LA MADRID ANDRADE Mario. Ob. cit. p. 74.

puedan realizar sus planes de expansión de manera conjunta, o por lo menos que tengas iguales derechos de participación en tal actividad.

- **Cuestiones ambientales:** En el *joint venture agreement* o contrato base, "...suele incluir una cláusula en la que reconoce que no ha habido violación a las disposiciones legales en materia ambiental y que tampoco se ha recibido notificación alguna por parte de las autoridades, respecto de reclamaciones presentadas por terceros en contra de la empresa por infracciones a tales disposiciones"¹⁷⁹.

3.3.3 CONTRATOS SATÉLITES

Estos contratos hacen referencia a aquellos acuerdos necesarios para el desarrollo del proyecto de *joint venture*, es decir giran en torno al contrato-base, de esta forma lo complementan y posibilitan logro de sus objetivos. Entre los más conocidos desde la óptica internacional, se pueden encontrar, el de tecnología, de comercialización y de gerenciamiento.

Cabe señalar, que estos contratos al estar íntimamente relacionados con el contrato-base, en el caso de los referidos contratos de tecnología, estos no son los contratos típicos de intercambio, ya que funcional y estructuralmente son diferentes. Estos contratos al ser denominados satélites, pertenecen al ámbito general del *joint venture*, es decir persiguen el objeto de ésta figura y el interés común de las partes y no el beneficio

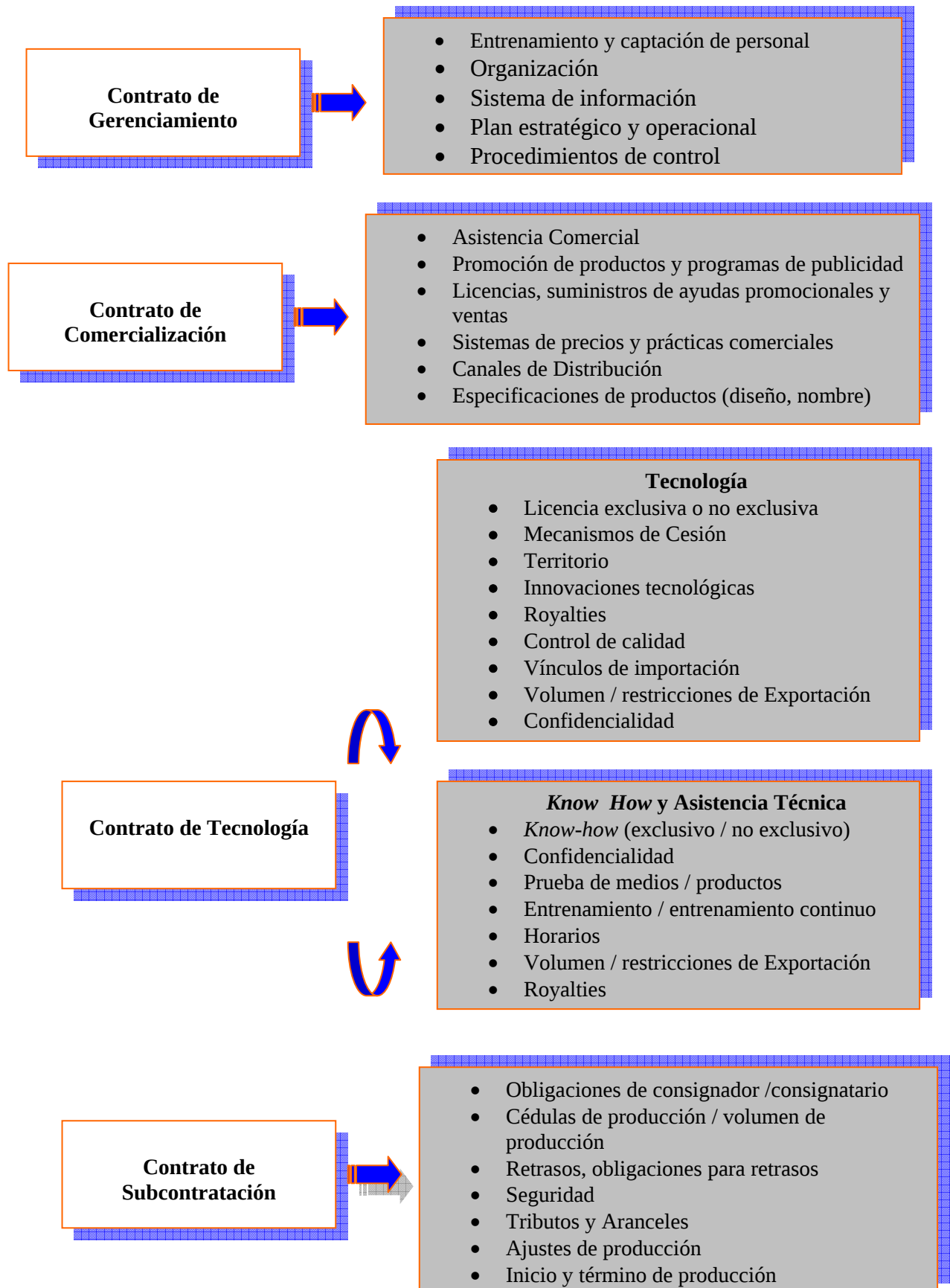
¹⁷⁹ Cfr. WOLF, op. cit., pp. 50, 166. Citado por DE LA MADRID ANDRADE Mario. Ob. cit. p.94.

propio que brindan los contratos de traspaso de tecnología, al contratar civilmente entre dos partes, en donde la una traspasa sus servicios a la otra para su desarrollo individual. De igual manera es importante decir dependen funcionalmente del contrato –base, pero no jurídicamente, es decir pueden subsistir por sí solos, contrario a lo que se podría pensar son contratos principales. Sin embargo si existiese una contradicción entre el contrato-base y los contratos satélites, primará el primero.

En el siguiente gráfico se detallan algunos aspectos que abarcan los contratos satélites mencionados:

.

Algunos aspectos de los Contratos Satélites



3.3.3.1 Contrato de tecnología

La finalidad de estos contratos, persigue regular convenios que vinculan por un lado a bienes intangibles que son considerados como propiedad industrial y por otro lado a los conocimientos tecnológicos que se transmiten por uno de los contratantes.

En el caso de los bienes intangibles, que constituyen el objeto indirecto del contrato, pueden ser marcas, licencias, nombres comerciales, avisos comerciales, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, etc; los cuales son atribuidos a la propiedad industrial.

En el segundo caso, la materia del contrato es la tecnología, que ha sido definida como el “conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial”¹⁸⁰, entre los que pueden estar el *know how*, entrenamiento del personal, asistencia técnica, etc.

3.3.3.2 Contrato de Comercialización

Para el eficaz desarrollo del *joint venture* es preciso establecer los parámetros en cuanto a la compra de suministros, materias primas y todas aquellas piezas o materiales que requiera el proyecto.

¹⁸⁰ Cfr. FARINA, Op.cit., p. 409. Citado por DE LA MADRID ANDRADE Mario. Ob.cit. p.192.

Respecto a la comercialización, también es necesario que entre las partes establezcan un acuerdo sobre como actuarán cada una de ellas local y extraterritorialmente sobre el manejo de exportaciones, el uso de marcas o nombres, etc. Es muy relevante que las restricciones a este tipo de aspectos estén bien definidas antes de ejecutar la operación, para evitar futuras controversias.

Si se utiliza la red de distribución de la parte extranjera, habrá que precisar la política de precios y la política de descuentos. Igualmente, la forma y mecanismo de suministro de información sobre los mercados, así como sobre los medios de comercialización y materiales de promoción. Se podría llegar a un acuerdo en el sentido de que el suministro de tales datos tenga un costo marginal. También ha de delinearse las formas de entrenamiento y capacitación en marketing, que deben incluir visitas de orientación a la compañía extranjera y a sus instalaciones¹⁸¹.

Debemos mencionar, que tal como se ha dicho, la operación que genera el *joint venture*, precisa una variedad de contratos, los cuales se ajustarán mejor a un ordenamiento jurídico que a otro. Esto de una u otra forma incurrirá en que se presenten controversias y conflictos, que deberán ser guiados y solucionados por las leyes aplicables y también por las cláusulas de arbitraje previamente establecidas; pero la doctrina señala que por la experiencia dada en la práctica la mejor solución a este tipo de circunstancias, es que los todos los acuerdos entren las partes sean muy

¹⁸¹ BAYANI S AGUIRRE. “Como redactar el contrato de una empresa mixta de exportación”, Forum, p.20. Citado por SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob.cit. p. 244.

bien estructurados en base a una buena negociación, con el fin de mantener esos intereses invariables durante el transcurso de dicha operación.

3.3.3.3 Contrato de gerenciamiento o administración

Se observa en la práctica que generalmente este contrato se deriva de la constitución de la sociedad comercial *ad hoc* acordada en el contrato-base, cuando el proyecto del *joint venture* así lo amerita o cuando la ley del país anfitrión así lo requiere, entonces se debe escoger un modelo societario determinado. En este punto es cuando comúnmente se genera controversias entre los Estatutos Sociales de la nueva persona jurídica y el contrato-base previamente acordado entre las partes, debido a que éstas deben acatar las disposiciones muchas veces poco flexibles de las leyes societarias en los países de Latinoamérica. La solución a este problema deberá centrarse en la correcta interpretación de dicho acuerdo-base, fundamentándose en la verdadera intención de los participantes.

Por otra parte, bien podría ser que la operación de esta figura, no requiera de la creación de un sujeto de derecho, para lo cual este contrato satélite se limitará a regular la forma de administración más adecuada para las partes, incluyendo la selección del personal, y explicando claramente como se desarrollará la capacitación y entrenamiento de este recurso humano, pasando por las distintas áreas como la de producción, comercialización, internacional, etc.

3.3.3.4 Subcontratación internacional

Este contrato satélite se enfoca en el contrato que pueden realizar la sociedad operadora del *joint venture* y una *trading company*, sobre todo en el área manufacturera para la exportación de determinado producto a un país extranjero; y precisamente subcontratar con un tercero la producción de manufactura localmente, en base a la misma tecnología y recursos que el *joint venture* otorga, lo que permitiría que esta llamada *trading* pueda comercializar en varios mercados los productos de dicha operación.

De este modo, se establecería un tipo de contrato satélite distinto, en el cual se debería detallar el volumen de mercadería que se pretende comercializar, precisar los mercados que se desea abastecer, a fin de lograr una presencia internacional importante de exportaciones.

Este contrato satélite puede ser muy útil para las partes, ya que en el aspecto tributario se pueden lograr grandes beneficios por medio de los países con los que se subcontrata. En la práctica se puede observar como las grandes firmas o grandes marcas de calzado, ropa y deportes, realizan operaciones textiles con países del Asia, África y también América Latina, donde la mano de obra y los servicios son más baratos.

De esta forma, la operación que realiza un *joint venture* tiene una estructura bien establecida y se puede beneficiar desde un inicio.

3.3.4 CONTROVERSIAS Y MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Para evitar posibles rupturas en las relaciones contractuales entre las partes, ante las divergencias que pudieren suscitarse, se han establecido varios mecanismos de solución de conflictos que deberán ser incorporados en el contrato-base.

Podemos encontrar varias alternativas:

3.3.4.1 Conciliación: Es un proceso privado e informal, en el cual las personas designadas por las partes pueden sugerir, pero no imponer una solución adecuada para el conflicto. Una ventaja de este método es que permite que las divergencias que se presentan, puedan ser solucionadas sin tener que acudir a otros métodos más drásticos, en caso de aumentar los problemas.

La conciliación es de gran utilidad, en las operaciones de *joint ventures* de tipo igualitarios, donde no se ha previsto un determinado método para la solución de "*impasses*" , término inglés para definir a las controversias.

3.3.4.2 Minitrial o pequeño juicio: Es un proceso donde “se elige un magistrado de nota retirado y se hace una especie de juicio muy preciso, cuya resolución tampoco tiene poder ejecutable”¹⁸².

3.3.4.3 Arbitraje: En el arbitraje, las partes establecen que determinadas personas o entidades se constituyan como árbitros y lleguen a una decisión aceptable para ambas partes, así también se acogen a los reglamentos de instituciones como la *American Arbitration Association* (AAA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la Comisión de Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que buscan de igual manera una solución a los conflictos que se presentan entre los participantes. Por tanto, todos los contratos de *joint venture*, deberían incorporar una cláusula arbitral, que vele por los intereses comunes del proyecto.

En los contratos de *joint ventures*, dice SIERRALTA que “...ciertos pactos planteados en el acuerdo base podrían ser resueltos en caso de duda o conflicto por el arbitraje, al margen de disposiciones legales nacionales inaplicables a una situación y relación internacional”¹⁸³.

El arbitraje en los *joint ventures*, tienen un ámbito extenso, es decir no solo se limita a la interpretación y búsqueda de solución de las cláusulas establecidas del contrato-base y de los contratos satélites, sino que también tiene el propósito de solucionar problemas que se presenten entre los dirigentes de la operación, que no alcanzan realmente a los *co-ventures*.

¹⁸² MARZORATI, OSVALDO. Ob.cit. p. 135.

¹⁸³ SIERRALTA RÍOS Aníbal. Ob.cit. p. 249.

Las discrepancias por las que se puede acudir al arbitraje son distintas, van desde las que buscan la incorporación de bienes al proyecto, pasando por aquellas que se refieren al establecimiento de derecho y obligaciones de las partes, desvinculación de los dirigentes del *joint venture*, distribución de benéficos, liquidación de aprovisionamiento de caja realizado por los venturistas, disolución de la empresa y sus efectos, entre otras. También las decisiones referentes a la política de la empresa, son atribuibles al arbitraje, cuando el contrato-base, no prevé las áreas en que los co-ventures tienen poderes para la toma de decisiones.

3.3.4.4 Salida del co-venturer

En términos generales, parecería simple que si un co-venturer no está de acuerdo con el desarrollo de la operación del *joint venture*, o que si los demás socios no están de acuerdo con éste, salga del proyecto y de esta manera solucione el conflicto; pero en la práctica esto no sucede así, ya que muchas veces los intereses de la empresa están ligados a la contribución que presta dicho parte, como por ejemplo en el *joint venture* de investigación y desarrollo; además la posible cesión a un tercero, puede presentar ciertos problemas, tales como que éste venga a competir con el *joint venture*.

Es por esto que mediante éste tipo de cláusulas, se procura establecer las condiciones de cesión o traslado de la participación de un co-venturer a otro. Es preciso recordar que la relación establecida con el *joint venture*, es *intuitu personae*, lo cual implica que la eventual cesión no puede

ser hecha a cualquier tercero, sino que éste deberá reunir requisitos similares a los del co-venturer que se desvincula, es decir deberá cumplir un perfil semejante.

Por último, otros aspectos de relevancia en la salida del venturista, son aquellos en cuanto a que si la parte que se retira está situada en el extranjero, podría enfrentar problemas de tipo financiero y tributario con la legislación del país donde esté situada la otra parte. De igual manera se pueden presentar problemas con respecto a las atribuciones del poder y del control de la empresa.

3.3.4.5 El compromiso o cláusula compromisoria

Esta cláusula es un método de solución a las controversias muy utilizado en la práctica, y depende de si las partes acordaron acogerse al arbitraje previamente. Para que ésta tenga eficacia, las partes deben establecer que las decisiones que tome el árbitro se las tomará como sus propias expresiones de voluntad, por lo que les será directamente imputable.

3.3.5 LEY APLICABLE AL CONTRATO DE JOINT VENTURE

“La cláusula del derecho aplicable es la estipulación por medio de la cual las partes precisan el derecho sustantivo que regirá la relación contractual que los vincula”¹⁸⁴.

Para indicar el derecho que aplicará en este caso, hay tres posibilidades: la ley de una de las partes, la ley del lugar en donde el contrato será celebrado, y la ley de un tercer país.

En cuanto a las dos primeras posibilidades, la doctrina dice que éstas pueden ser negociables, pero la tercera es un tema un poco más complejo ya que al escoger la ley de un tercer país, ésta puede ser desconocida por las partes y además puede no regir apropiadamente el cumplimiento de obligaciones de los contratantes. Por tanto si así fuere el caso, está ley se deberá escoger con mucho cuidado, y precisando la ley del lugar donde tendrá vigencia el laudo arbitral.

En cuanto a la opción de la ley de una de las partes, generalmente ocasiona muchas controversias, que incluso llevan a dañar las negociaciones, por lo que una solución valedera, es muchas veces otorgar al cliente la opción de escoger la ley local.

¹⁸⁴ DE LA MADRID ANDRADE Mario. Ob.cit. p. 95.

La ley aplicable al lugar donde se celebra el contrato, también origina ciertas dificultades y dudas, como la de establecer si dicha ley contemplará la aplicación de todas las obligaciones contempladas en el acuerdo-base, o si contribuirá al desarrollo del proyecto o más bien restringirá su ámbito con normas poco flexibles.

En el caso de la constitución de una nueva sociedad, el problema es aún más complejo, ya que al derivarse del contrato-base, puede originar problemas de aplicación con ciertas legislaciones, donde no es legal los acuerdos previos a la constitución de una sociedad; por tanto, como habíamos dicho se deberá buscar una coherencia legal entre el acuerdo-base, los Estatutos Sociales del nuevo ente y las leyes societarias del país en cuestión.

3.3.5.1 Ley aplicable a la sociedad operadora

En el caso del *joint venture societario*, generalmente todas las leyes, permiten que las partes contrayentes establezcan el tipo de forma jurídica de la nueva sociedad que será la que opere dicha figura.

En varias legislaciones como la rumana, polaca, húngara y cubana, se prevé que este tipo de figura se la sociedad por acciones (*joint stock company*) o la sociedad de responsabilidad limitada (*limited liability company*). En Latinoamérica se prevé la posibilidad de elegir entre cuatro

tipos de sociedad: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad en comandita y sociedad con responsabilidad solidaria ilimitada.

Exista bastante amplitud de las leyes de varios países en cuanto a que permiten a las partes establecer la participación del inversionista extranjero, siendo esta generalmente hasta un 49%. Así también se permite la elección de la moneda, contribuciones de las partes, duración del *joint venture*, funcionamiento del mismo, finalización del contrato y la liquidación; así como los derechos y obligaciones mutuas entre las partes y los procedimientos para la solucionar las controversias. Todo esto basándose en que las partes actúen de buena fe y no contravengan ninguna normativa de orden público.

En la práctica realmente la mayoría de leyes que regulan al *joint venture*, no especifican la ley aplicable al contrato, por lo que los Estados se fundamentan en las regulaciones del Derecho Internacional Privado para determinar que ley deben aplicar.

3.3.5.2 El “contrato base” y la sociedad operadora

Cuando el proyecto de *joint venture* requiere para su operación constituir la nueva sociedad, es común que existan controversias entre el contrato-base y los Estatutos Sociales y que el primero no sea tomado en cuenta posteriormente por encontrarse con un sistema rígido e imperativo de leyes societarias. Por tanto, se ha tratado de encontrar una vía de solución a

este problema mediante la formación de un “Pacto entre Accionistas” que aplicaría en el caso de que las partes hayan elegido conformar una Sociedad Anónima, la cual establece una serie de normas de orden público que limitan el accionar de las partes en cuanto a los acuerdos requeridos para el desempeño de la operación y provoca las divergencias mencionadas entre ambas figuras.

La autora Mirians RÍOS GARCÍA realiza una cita en su obra para referirse a ésta figura” y expresa: “...Se ha sostenido que los *pactos entre accionistas* son genuinos contratos o acuerdos celebrados entre dos o más accionistas de una determinada sociedad y que sólo pueden ser celebrados por accionistas en calidad de tales. Nunca debe perderse de vista la radical diferencia que media entre los pactos celebrados por los accionistas de una sociedad y los estatutos que rigen a ésta, pues dicha distinción es el criterio orientador para resolver muchas confusiones que suelen presentarse en la práctica”¹⁸⁵.

Cabe señalar que las diferencias a las que se refiere la cita anterior, son bien marcadas, ya que por un lado los dichos pactos tienen fuerza obligatoria solamente entre quienes lo celebraron y por tanto entre quienes lo consintieron, mientras que los estatutos constituyen un típico acto jurídico denominados por la doctrina como colectivos, el mismo que es obligatorio para todos los accionistas actuales y futuros, sin importar que estén o no de

¹⁸⁵ HERRERA BARRIGA Cristián. Los pactos entre accionistas. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1993, pp. 15-19. Citado por RÍOS GARCÍA Mirians. Ob.cit. p. 122.

acuerdo con su contenido; y por otra parte sus diferencias son también de fondo, en cuanto a que los pactos se refieren a los vínculos que existen entre los accionistas entre sí, en cambio los estatutos se encuentran regulando los vínculos entre accionista y la sociedad; así también los pactos persiguen el interés particular del correspondiente grupo de accionistas que lo celebró, y los estatutos persiguen un “interés social”, por último los pactos tienen carácter transitorio que por su naturaleza solamente se imponen a quienes lo consintieron y los estatutos se refieren a cuestiones de carácter permanente tales como el funcionamiento y organización de la sociedad. En definitiva el contenido de los pactos entre accionistas es de carácter extraestatutario.

En consecuencia, al ser diferenciadas estas figuras, se encuentra que estos pactos serán el vínculo entre el contrato-base y los estatutos para buscar una armonía legal que les permita subsistir juntos, y lo que más importa, que impulsen y permitan el desarrollo del *joint venture*.

3.3.6 TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE

La terminación del contrato es un acuerdo muy importante que debe ser realizado por las partes, puesto que al ser el *joint venture* un contrato que se celebra para la ejecución de obras o para desarrollar proyectos de gran envergadura, la terminación anticipada del contrato, podría ser sumamente nociva y perjudicial para los interesados.

Al no existir normas que definan específicamente este tema, la terminación del contrato de *joint venture* deberá ser en base a sus dos preceptos, las causales de terminación establecidas para un contrato y también por las causales derivadas de su carácter asociativo.

3.3.6.1 Causales de término derivadas de su carácter contractual y de asociación

Por su carácter contractual:

- Consentimiento mutuo o resciliación
- Terminación del contrato
- Nulidad y rescisión
- Plazo extintivo convenido

Por su carácter de asociación:

- Finalización del negocio para que fue contraído o término del contrato para cuya ejecución se creó la empresa *joint venture*
- Imposibilidad jurídica de cualquiera de los asociados
- La quiebra de un *co-venturer*
- Renuncia de un venturista

CAPÍTULO IV

ADMINISTRACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL JOINT VENTURE

ASPECTOS FINANCIEROS, TRIBUTARIOS Y CONTABLES

EXPERIENCIA EN LATINOAMÉRICA Y CASOS PRÁCTICOS

4.1 ÓRGANO DE GESTIÓN DEL JOINT VENTURE

“Por administración o gestión de negocios conjuntos podemos entender las labores materiales o intelectuales necesarias para el manejo de la actividad común”¹⁸⁶.

La administración del *joint venture* en sentido general es un tanto compleja, ya que las diferentes clases que esta figura presenta, abarcan diferentes tipos de administración, es decir, cada una tienen sus propias particularidades.

El principal problema en cuanto a la administración del *joint venture*, radica en que siendo uno de los elementos característicos de esta figura el derecho de todas las partes a participar de la administración de éste, y por ende a poder representarse y obligarse frente a terceros por las gestiones operativas del mismo; puede generar inconvenientes de tipo funcional y mostrar ineficiencias, ya que es difícil en la práctica que todos estén a cargo de la administración y quieran representar al negocio.

¹⁸⁶ RÍOS GARCÍA Mirians. Ob.cit.147

La solución parece estar en encontrar un medio por el cual, por una parte los derechos e intereses de los partícipes sean respetados y por otra que se agilite el desarrollo de la operación para el bien mismo del proyecto. Para esto las partes según dice la doctrina, pueden celebrar pactos en los cuales delegan la administración del *joint venture*, mediante un “convenio de administración” que formará parte del acuerdo-base o también el “pacto de accionistas” en el caso de los *joint ventures societarios*. Estos convenios o pactos servirán para que las partes establezcan quienes administrarán la empresa y cuales serán los órganos de gestión que operen de ésta.

Para poder entender de una forma clara y simple este tema, vamos a referirnos más adelante al caso de la administración del *joint venture contractual* y otros tipos semejantes que no necesita de la creación de una persona jurídica para su operación; y por otro lado, al de la administración del *joint venture societario* en el cual el propio proyecto necesita de la creación de un nuevo ente jurídico para su operación.

4.2 EL PODER DE LAS PARTES EN EL JOINT VENTURE

El poder que tiene las partes en una empresa, implica el manejo de la misma en un sentido amplio como es su gestión, organización, toma de decisiones, etc; lo mismo ocurre en el *joint venture* donde la participación que tienen las partes es mayoritaria o equitativa, siendo lo común que cuando dos Estados participen de un proyecto, estos participen en forma

igualitaria, no así cuando se trate de un particular y un Estado, donde la disputa

Por el poder será interminable. En cambio, cuando se trata de dos particulares lo normal es que estos participen de manera equitativa.

4.2.1 La participación mayoritaria

La participación mayoritaria de una de las partes en la empresa puede estar determinada por la motivación o la razón que les llevo a ambas a emprender conjuntamente en el proyecto.

De todas formas siempre influirá la normativa de cada país, el tipo de contribución que hubieren realizado las partes como puede ser la tecnología o el capital, así también primará el interés en el proyecto.

La mayor participación en capital no es el único elemento que puede dar a entender que otorgue el control absoluto, existen otros elementos como la posesión de la tecnología, el conocimiento y disposición de los canales de comercialización, la posesión de una marca, la cartera de clientes, e incluso la disponibilidad de recursos humanos, que forman también parte de la participación mayoritaria en el proyecto. Sin embargo muchos países en Latinoamérica exigen mayor participación de capital nacional para la operación; lo cual como vemos no necesariamente dará mayor control ni hará que la participación sea mayoritaria. Por lo tanto

podemos decir que contrario a lo que se pueda pensar, que teniendo la mayoría de acciones o capital de una sociedad se tendrá el control total, esto no es así ya que como opinan varios autores, existen otros mecanismos contractuales que otorgan también control.

Es por esto que en el contrato-base, se debe establecer claramente los mecanismos mencionados y las relaciones de poder, que como vemos son subjetivas y que requieren de un acuerdo sostenible entre los co-venturers.

4.2.2 Participación igualitaria

Los co-venturers cuando se tratan de que la participación sea igualitaria, utilizan los mismos aspectos que mencionamos anteriormente, pero procurando equiparar los aportes, para así poder confluir en una igualdad de condiciones en cuanto al control y la toma de decisiones.

La participación igualitaria tiene algunas ventajas, como son la de brindar tranquilidad en los socios al saber que participan en forma equilibrada, lo cual hace que el desempeño de las actividades pueda ser eficiente y además motivante. Otra ventaja es la de tener una imagen positiva ante el país anfitrión y el ámbito empresarial del mismo, ya que de esta forma no se aparenta ser un ente autoritario y poderoso que puede abarcar consecuencias negativas en el mercado. Hay que decir que a ésta

equidad propiciada por los mismos venturistas, se suman pueden las facilidades y las normas que establezcan las distintas legislaciones.

4.3 LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN

4.3.1 Administración de tipo contractual

Como habíamos dicho, la dirección en el *joint venture contractual* y los tipos de joint venture semejantes a éste, difieren del *joint venture societario*, por lo que haremos referencia a la administración de estas formas con el fin de entender su funcionamiento real.

Entonces en el *joint venture* de tipo contractual se puede apreciar que el manejo de la operación generalmente se lo hace en forma igualitaria entre los co-venturers, para lo cual cada parte hace de gerente de la parte del negocio que le corresponde, o en su defecto nombra un gerente que lo represente en su actividad específica. Debemos recordar que el joint venture entre sus principales elementos tiene al *intuitu personae*, lo cual hace que sea el mismo venturista, quien ejerza su derecho a actuar activamente en el desarrollo del proyecto, tomar decisiones y tener parte del control sobre el mismo.

De esta manera que se crea una sociedad meramente contractual, en la que las partes libremente escogen y acuerdan los organismos administrativos que requieren para la operación, contrario a lo que sucede

en los *joint ventures societarios*, en los que la figura debe acoplarse a las normas societarias que imponen una estructura administrativa para la sociedad.

En estos *joint ventures*, los co-venturers optan por formar un Comité de Administración conjuntamente con la figura de un Operador, las mismas que detallaremos a continuación:

4.3.1.1 El Operador

Es una figura que se crea para proyectos de *joint venture* generalmente de envergadura, mediante la cual se encarga por mandato el *management* de la operación a una de las partes o bien a un tercero. Esta figura también es conocida como “*leader*”, “operador” o “*sponsor*” en el contexto internacional y será quién este al frente de los demás *co-venturers*. Igualmente en el ámbito europeo existe una figura muy similar que es el director general, al mismo que se le atribuyen los poderes necesarios para la ejecución de las operaciones.

Se debe anotar que en lo que respecta a los *joint ventures internacionales*, lo común es que dicho cargo lo asuma la empresa receptora de la inversión conjunta, es decir la que pertenezca al país donde se efectúa la actividad.

4.3.1.2 El Comité de administración

El comité de administración es un órgano que se lo constituye a través de un acuerdo en el contrato-base principalmente para satisfacer los requerimientos de las partes y de la operación conjunta. En éste deberán ir incorporados aspectos tales como su composición y funcionamiento, lo cual implica el número de reuniones que se prevén para el mismo, quórum, competencia, y la categoría que se le atribuye para la toma de decisiones. Éste Comité tiene la opción de asignar por su cuenta subcomités en caso de requerirlos.

Se pueden encontrar otros nombres establecidos para esta figura, tales como comisiones técnicas, comité de gestión, comité de operación, *steering commitees*, entre otros.

Estos órganos de gestión con frecuencia son utilizados en los *joint ventures operacionales*, en los cuales se adquieren obligaciones con terceros, como lo es el caso de una concesión de una obra pública o también son frecuentes en la explotación de recursos naturales. Es importante señalar que tanto el Operador como el Comité de administración, muestran ventajas en éste tipo de *joint venture*, ya que evitan tener que subcontratar a un tercero para ejecute la operación, pues es precisamente el ente Operador quién lo hará directamente.

En cuanto a su composición, cada partícipe tendrá derecho a tener un representante, garantizando de esta manera el ejercicio conjunto de los participantes. Generalmente el representante del Operador, será el Presidente del Comité.

Las facultades que tiene ésta Comisión son entre otras:

- Adoptar programas de trabajo y presupuestos
- Hacer una estimación de la capacidad anual de producción, si fuera del caso
- Designar un sucesor del Operador en el caso de una renuncia o remoción del cargo del Operador.
- Decidir acerca de materias específicas de la operación conjunta, previamente establecidas en el contrato-base¹⁸⁷

La toma de decisiones será generalmente de acuerdo a un voto por participante y el quórum requerido para éstas será el voto unánime de todos los integrantes.

4.3.2 Administración de tipo societario

El *joint venture societario*, corresponde a la necesidad o requerimiento del proyecto de esta figura que por las características del mismo, es menester que se constituya una nueva sociedad para que pueda gestionarse la operación, así también los requerimientos de ciertas legislaciones pueden

¹⁸⁷ RÍOS GARCÍA Mirians. Ob.cit. p. 159

exigir la creación de esta persona jurídica. Generalmente se escogerá según la legislación, la forma societaria de la sociedad anónima o de la de responsabilidad limitada.

En cuanto a la administración del *joint venture societario*, se presenta un problema de aplicación entre el contrato-base y el contrato social de la sociedad operadora y las propias leyes societarias que rigen a la sociedad.

Las contradicciones nacen porque en el acuerdo-base se establecen aspectos tales como el reparto de utilidades, el sistema de votos, responsabilidad de los directores, arbitraje, etc; que son contrarios a las disposiciones societarias.

Algunos autores opinan que en la practica, los órganos administrativos impuestos por las leyes societarias cumplen solamente formalismos, y que realmente los órganos que cumplen las funciones de administrar esta figura, son los creados por las partes, como el Comité de Gestión por ejemplo.

Por otra parte, en el plano de la práctica internacional la doctrina hace referencia a que realmente quien cumple las labores administrativas en el *joint venture societario*, son el Presidente Ejecutivo o el Gerente General y que las decisiones de la política de la empresa las toma el Directorio. Así, la forma de repartirse la representación de la sociedad mediante técnicas societarias contempladas en la legislación, no está en quién tiene la mayoría

para elegir a los funcionarios, sino más bien pasa por distribuirse los cargos gerenciales, que en el sistema norteamericano tienen el nombre de *officers*, los cuales son funcionarios que están a cargo del manejo diario de la sociedad, y sus funciones se encuentran establecidas en los estatutos sociales, respondiendo a las siguientes figuras:

- “Presidente o *CEO (chief executive officer)*;
- Vice- presidentes (comercial, industrial, financiero);
- Tesorero o *treasurer*
- Secretario de la sociedad, y
- Asesor legal general o general *legal counsel*”¹⁸⁸.

En nuestra opinión, y siguiendo la tendencia que se plantea en el párrafo anterior, cuando se presentan las contradicciones mencionadas entre lo que se ha estipulado en el acuerdo-base y lo que regulan las leyes societarias, se debe acatar las disposiciones legales, y acoplarse a los que establecen las figuras societarias de las distintas legislaciones, ya que de otra manera se estaría contraviniendo normas de orden público y esa no es la idea para el desarrollo del *joint venture*.

Siendo este el caso, se deberá recurrir a las herramientas que propone cada sistema legal y utilizarlas de la mejor manera, si bien la sociedad comercial común y la sociedad creada para la operación del *joint venture*, pueden variar un tanto en sus objetivos y en el enfoque de sus

¹⁸⁸ MARZORATI, Osvaldo. Ob.cit., pp. 119-120.

órganos directivos, la solución estaría, desde nuestro punto de vista, que las partes se aseguren de estar bien representados en los cargos administrativos y además encuentren los mecanismos societarios para tener presencia y poder en la toma de decisiones. Una forma de lograr esto sería a través de los “pactos entre accionistas”, que como habíamos comentado sería en medio de solución a las divergencias entre el acuerdo-base y las disposiciones societarias.

Por último, en base a lo que determina la doctrina, otra manera de llegar a un acuerdo para la administración del *joint venture societario*, es el acuerdo previo entre los accionistas en cuanto a que la parte que mayor experiencia tenga, sea la Operadora del negocio conjunto; así, su nombramiento, atribuciones y responsabilidades se las establecerá por lo general en el pacto de accionistas o en un anexo del mismo. En base a esto, creemos necesario detallar las facultades que podrá tener esta figura, como también los deberes y funciones, a fin de observar el objetivo de establecer una Operadora.

“Facultades y autoridad:

- Recomendar al Directorio la plana ejecutiva de la empresa *joint venture* y dirigir ésta una vez celebrada.
- Empezar todas las acciones necesarias para implementar el programa de desarrollo acordado y cumplir, dentro de lo razonable, con el presupuesto aprobado para las actividades conjuntas.

Deberes y funciones:

- Preparar y presentar oportunamente al Directorio un programa de Desarrollo junto con un Presupuesto de Capital
- Implementar el Programa de Desarrollo acordado dentro del marco de tiempo propuesto
- Capacitar al equipo de ejecutivos de manera que se haga capaz de tomar a su cargo, en forma independiente, el manejo de la empresa *joint venture* en todas las áreas, tan pronto como sea practicable dentro de un período de cinco años.
- Presentar informes financieros mensuales y presupuestos anuales al Directorio para su revisión y aprobación
- Implementar cualquier cambio que sea necesario al Programa de Desarrollo conforme sean aprobados por el Directorio
- Administrar la compañía en la mejor forma posible a fin de cumplir dentro de lo razonable, con el presupuesto.

También se podrá estipular que esta empresa Operadora recibirá una remuneración en pago de sus servicios de gestión equivalente a un porcentaje determinado de la utilidades netas¹⁸⁹. Reiteramos que todos estos acuerdo, necesariamente deberán ser acordes a las regulaciones que imponga cada legislación.

¹⁸⁹ RÍOS GARCÍA Mirians. Ob.cit. p. 167.

4.4 CONTROL POR PARTE DEL ESTADO

En la mayoría de los países en Latino América existen órganos de control para la inversión extranjera, pero no así para el caso de los *joint venture*.

En Argentina, existe el órgano que regula y aprueba los préstamos y la cesión de tecnología entre empresas nacionales y extranjeras es el Instituto Nacional de Tecnología Industrial. Por su lado la inversión extranjera no necesita de autorización previa, pero se requiere que se inscriba en el Registro de inversiones de Capitales Extranjeros. En cuanto a la autoridad competente para la autorización de operaciones conjuntas, el órgano llamado a regular estas actividades es la Secretaria de Coordinación Económica. Por último, el contrato constitutivo de las “uniones entre empresas”, similar a los *joint ventures*, deberá ser inscrito en la Dirección de Defensa de la Competencia.

En Brasil, los permisos de inversión están regulados por: la recepción de tecnología, la igualdad de tratamiento dispensado al capital sin distinción de origen y las normas para fiscalización y control. Estas disposiciones están contempladas por leyes que regulan la aplicación de capital y remesa de utilidades del exterior y la conversión del préstamo externo en inversión. Además, se menciona, que existe la posibilidad de que los contratos de *joint venture*, puedan estar regulados y controlados por el Consejo de Defensa Económica, de la misma manera que lo están los consorcios.

En cuanto al Perú, si bien no se requiere autorización previa para el ingreso de inversión extranjera, se requiere que ésta se registre, ante el Comité Nacional de Inversión y Tecnología Extranjera, con el propósito de que se puedan remesar *royalties* o beneficios. Con respecto al ámbito minero, se requiere que los contratos mineros de riesgo compartido, sena inscritos en el Registro Público de Minería.

Por otra parte, existen regulaciones que se han acordado en base a Acuerdos y Tratados, como por ejemplo el del “Acuerdo de Cartagena”, que trata sobre inversión extranjera directa, el inversionista nacional, subregional e inversionista extranjero; y que en su art. 11 establece que los países miembros, deberán controlar el tema relacionado a inversiones mediante un organismo nacional. Expresa SIERRALTA que “...La Decisión introduce el concepto de capital neutro, (no son ni extranjeros ni nacionales) a las inversiones de las entidades financieras internacionales que propicien formación de *joint ventures*, como son el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Corporación Financiera Internacional (CFI), la Sociedad Alemana de Cooperación Económica (DGE), el Fondo de Industrialización de Dinamarca (IFU), y la Corporación Interamericana de Inversiones”¹⁹⁰.

Es necesario, hacer referencia también a la Comunidad Europea, que bajo el ente regulador que es la Comisión, restringe la creación de *joint ventures*, que no ofrezcan ventajas económicas sustanciales, y además busca que el libre comercio no se vean afectados en sus países miembros,

¹⁹⁰ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob.cit. p. 302.

por lo que impone normas que limitan el porcentaje de participación de los países extranjeros.

4.5 ORGANIZACIÓN DEL JOINT VENTURE

El sistema organizativo del *joint venture* fundamentalmente se basa en la estructuración del nexo que deberá existir entre las partes que integran el proyecto y la sociedad creada para la operación del mismo, para lo cual se debe realizar un análisis primeramente de las partes, luego juntarlas con la sociedad creada y por último enfocar a la nueva entidad desde un punto de vista individual.

El sistema de organización del *joint venture*, debe estar bien esquematizado para que su funcionalidad y el manejo del mismo sean claros para todos aquellos que están involucrados en el mismo, de esta manera se podrá lograr la eficiencia requerida para el éxito del proyecto.

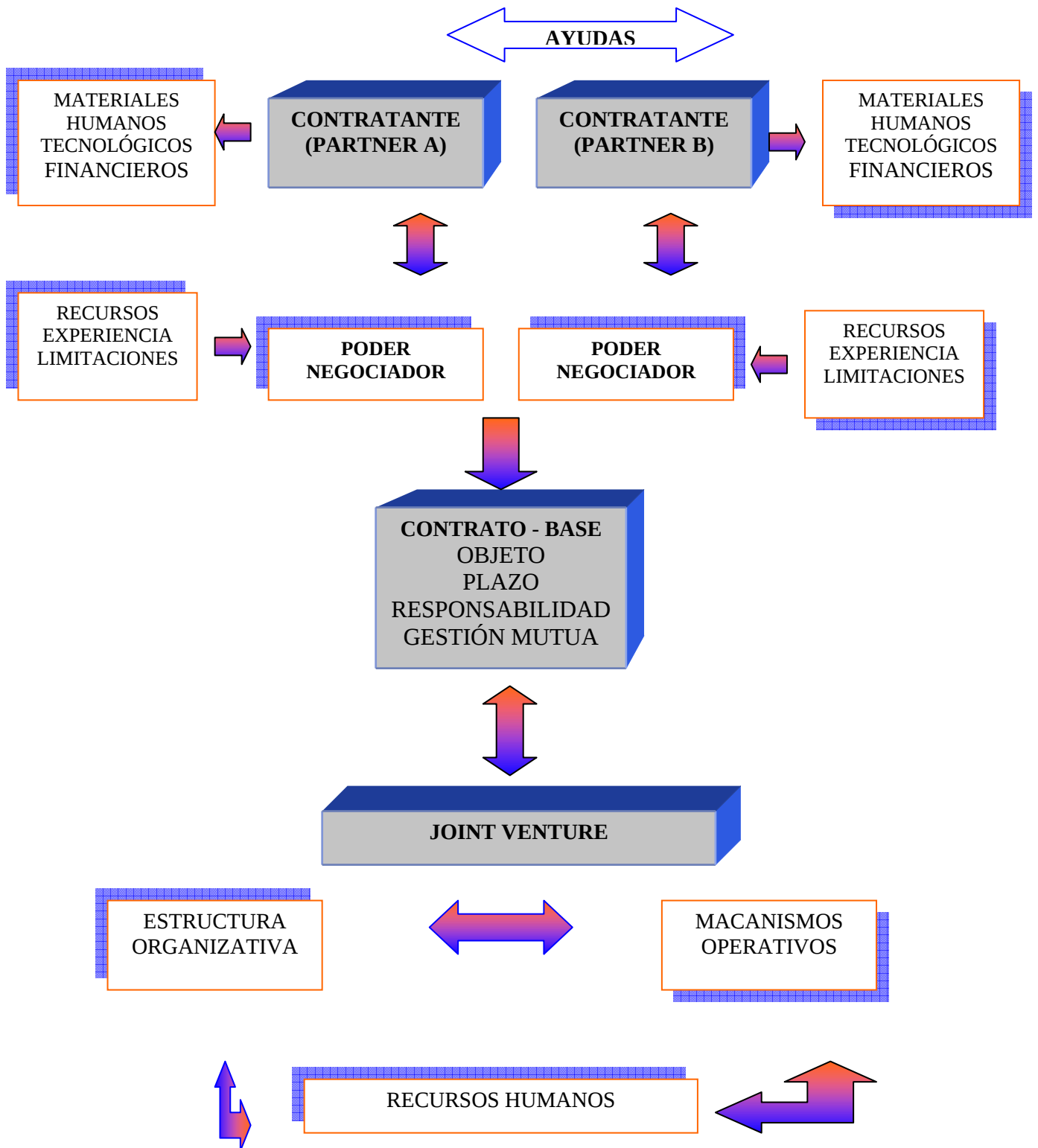
Es importante destacar que lo que las partes buscan a través del interés común, es alcanzar un objetivo o una finalidad deseada, es decir, satisfacer positivamente sus aspiraciones en dicho proyecto. Precisamente para poder obtener estos resultados, es que se debe tener en cuenta que la organización de ésta figura deber tener un esquema eficaz, no olvidemos que conjuntamente con el contrato base, que es el eje central del *joint venture*, los contratos satélites como pueden ser el de transferencia de

tecnología, know how, contratos de comercialización, subcontratación entre otros, deben también formar parte de una estructura bien organizada.

Para tener una perspectiva general de cómo está organizado el *joint venture*, nos referiremos a ésta en el siguiente gráfico, en el cuál, a más de las estructuras que mencionamos, se ilustra como equitativamente las partes se distribuyen el poder. De manera que si el *joint venture* tiene una buena organización, los resultados positivos que muestre serán a través de los objetivos alcanzados en el tiempo, el grado de satisfacción de las partes, la administración de la operación y la propia estabilidad del acuerdo-base.

Gráfico N° 8 ((Fuente: SIERRALTA RÍOS Aníbal. Joint Venture Internacional)

El Sistema Organizativo del Joint Venture



4.5.1 El medio ambiente

El ámbito en que el *joint venture* se desenvuelve genera aspectos ajenos a los intereses comunes de las partes y al desarrollo de la operación, los mismos que pertenecen al contorno interno de éste; pero en lo referente al contorno externo existen factores a tomar en cuenta, ya que de una u otra manera influirán en esta figura.

Muchas veces estos factores, obligan a la organización del *joint venture* a formular estrategias que permitan enfrentar o hacer usos de éstos, las cuales deberán estar siempre controladas por las partes y además por quienes estén a cargo de la administración de la operación.

Entre los principales factores externos a ser tomados en cuenta, están los competitivos, que si bien pueden afectar de varias formas a la sociedad conjunta, son también aspectos motivantes que deberían generar alta competitividad y contribuir al desarrollo de la propia economía de los estados. Por otro lado están los factores sociales, culturales, económicos, políticos, legales, informáticos, entre otros; que también interferirán directa o indirectamente en la operación de una manera positiva o negativa, y que por lo tanto se deberá estar preparado para sacarlos el mejor provecho o en su defecto, para enfrentarlos de la mejor forma. Por último podemos encontrar otros aspectos referentes a la relación con los proveedores, clientes, y el mercado en general, los que sin duda necesitarán de una especial atención.

4.5.2 Relaciones entre las partes que intervienen en el contrato de joint venture

Como hemos visto, la esencia del contrato de *joint venture* es la íntima relación entre las partes y la dependencia una de otra para el desarrollo conjunto de sus intereses, por ende la comunicación entre ellos debe ser directa y el nivel de confianza muy alto. Esto permitirá que se prescinda de la búsqueda de mecanismos de control excesivo e identidad cultural, lo cuál genera menores costos a la empresa conjunta.

Todos los cambios, duración, subsistencia y el propio éxito a más de las motivaciones y gestiones iniciales para la operación del *joint venture*, mucho dependerán de las partes y la relación que generen éstas. La doctrina expone que éstas relaciones son temporales cuando se toma en cuenta el antes, durante y después del contrato que regirá esta figura. Por otra parte, también se refiere a que la relación puede ser enfocada desde su contenido, para lo que se tomará en cuenta la proyección, la confianza y el control.

En cuanto a la proyección, las relaciones se basan en aspectos determinantes sobre el poder de los participantes, el objetivo y la estrategia del *joint venture* y los rasgos característicos de la propia operación y su respectivo funcionamiento. Se dice pues, entonces que la gestión que se deriva del acuerdo-base, deberá ser bastante eficiente para lograr las finalidades propuestas, en sentido de que las partes deben actuar de

manera independiente en cuanto a sus propias actividades y obligaciones acordadas en el contrato, por lo que como se dijo la confianza recíproca es determinante en este punto. Este elemento irá evolucionando desde el inicio mismo de las negociaciones, claro está que existen varias condiciones para que se pueda hablar de confianza entre las partes, pero es importante que los participantes hagan uso ésta característica muy utilizada en el sistema anglosajón, en el que ha dado mucho resultado mediante el llamado *trust*.

En lo referente al control, éste debe ser mutuo entre las partes y siempre con miras al lograr las finalidades planteadas para el proyecto, así como para asegurar el cumplimiento del acuerdo-base; de esta forma SIERRALTA RÍOS dice "... la misma adopción de una solución, tanto estructurada y compleja como la operación conjunta, responde a una lógica de control"¹⁹¹.

4.5.3 Relaciones entre las partes y la estructura común

Las relaciones que deben existir entre las partes y la estructura común o la nueva sociedad creada para los intereses del proyecto, se las ha enfocado a través de tres tipos, que son las relaciones de cesión, coordinación y control.

Las relaciones de cesión, se refieren básicamente a dos aspectos económicos o financieros originados por las partes y la actividad misma de la

¹⁹¹ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob.cit. 326

sociedad. Por una parte, los participantes contribuyen de varias formas a la estructura común, sea mediante capital, o con know how, licencias, portafolio de clientes, marcas, comercialización, entre otras muchas más; y esperan por otra parte a más de que la operadora funcione en base a los objetivos comunes, obtener rentabilidad sobre su inversión o tener resultados sobre sus aportes. Para esto, el profesor SIERRALTA, esquematiza una fórmula llamada “R” sobre las relaciones de las partes y la sociedad, de la siguiente manera:

“R”, hace referencia a todas las retribuciones que los co-venturers pueden obtener recíprocamente por sus aportes a la sociedad:

- “Remuneración al capital invertido
- Royalties sobre tecnologías
- Remuneración gerencial directa, si el *co-venturer* desarrolla tecnología en el interior de la estructura común
- Remuneraciones por comercialización, si una de las partes desarrolla tareas de marketing por cuenta de la estructura común
- Renta de recursos materiales (materias primas, semitrabajadas, y productos terminados) cedidos a la estructura común
- Renta de los servicios proporcionados por las partes a la estructura común”¹⁹²

Las relaciones de coordinación, están dadas por la organización de todos aquellos procesos necesarios para la actividad diaria de la operación, siendo

¹⁹² SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob.cit. 326

muy importante la definición de reglas internas para el vínculo entre los mecanismos propios para la operación y quienes forman parte de la estructura común. Es decir, debe existir una organización, coordinación y programación de actividades, que va desde el desarrollo de sistemas de información, rotación de personal, toma de decisiones por parte de la administración y las partes, elaboración de programas de desarrollo conjunto y capacitación, etc.

Finalmente, las *relaciones de control*, entre las partes y la estructura común, son aquellas destinadas a establecer por un lado, una coordinación para el cumplimiento y ejecución de los intereses comunes y de los acuerdos estipulados en el contrato-base; y por otro lado, aquellas llamadas a impedir el desarrollo de las decisiones o actividades contrarias a los acuerdos establecidos previamente por las partes.

4.5.4 Orden de la estructura común

La estructura común al ser creada para cumplir un objetivo específico y satisfacer los intereses de los co-venturers, debe ser también analizada en el sistema organizativo del *joint venture*, en base a dos lineamientos: Las Políticas de organización de la operación conjunta y la estructuración interna de la sociedad *ad hoc* o estructura común. El primero, incorpora todo lo referente a las competencias, recursos, deberes, derecho y obligaciones de las partes integrantes de esta sociedad, así también, determina las funciones y representaciones de los órganos administrativos, en relación lógicamente

de las cláusulas del contrato-base y las leyes societarias que rigen en el lugar de la operación.

En cuanto a la estructura interna de la sociedad *ad hoc*, depende de la injerencia que tengan las partes en la toma de decisiones de la operación misma. Así, según SIERRALTA, existen cuatro tipos de *joint ventures* en cuanto a la toma de decisiones: *joint ventures* “independientes, dominado, coindiviso y de cogestión”¹⁹³. El independiente, se refiere a que la toma de decisiones sobre temas estratégicos y funcionales, prescinde de las partes y son tomadas directamente por la sociedad, acorde a lo establecido en el acuerdo-base. El dominado, se presenta cuando uno de los venturistas representa las todas áreas relevantes estratégicamente; por su parte el coindiviso, se da cuando tanto la gerencia como las partes, toman decisiones conjuntamente; y por último el *joint venture* de cogestión, es aquel que otorga preferencia a los co-venturers en la toma de decisiones.

4.6 ASPECTOS FINANCIEROS, TRIBUTARIOS Y CONTABLES DEL JOINT VENTURE

El proyecto que abarca el *joint venture*, sin duda requiere de una estructura de financiamiento para su desarrollo, por un lado se recurrirá a los Recursos Propios, es decir al aporte de los co-venturers y por otro lado se necesitará también de Recursos Ajenos para la operación del mismo,

¹⁹³ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Ob.cit. p. 335.

compra de equipos, inventarios, si aplicase, y todas las inversiones necesarias para su funcionamiento.

Por otra parte, es necesario, saber que tipo de tributos incurren en el desarrollo de este proyecto, ya que en unos casos beneficiará a la operación, pero también implicará gastos y reducción de beneficios para la empresa conjunta. En cuanto al aspecto contable, se debe tomar en cuenta los sistemas que aplican los contratantes para no tener complicaciones en la operación.

4.6.1 ASPECTOS FINANCIEROS

Las fuentes de financiamiento a las cuales una empresa puede recurrir son varias, y dependen mucho de las necesidades de ésta, así como del la política de endeudamiento que fijen las partes. Otro aspecto que hay que tomar en cuenta, es la seguridad jurídica que muestre el país receptor de las inversión y la estabilidad política del mismo, ya que estos factores, definitivamente están vinculados con el riesgo país, el cuál, aumenta los costos de financiamiento o limita e impide que una operación de inversión extranjera, en nuestro caso una operación conjunta, pueda llevarse a cabo.

Este último punto, también genera inconvenientes para que las medianas y pequeñas empresas pueden obtener financiamiento.

Hay que aclarar, que la doctrina aporta su criterio en este aspecto, y que menciona que no se debe recurrir a emprender en un contrato de *joint venture*, si el objetivo principal de una de las partes es solamente el financiamiento, ya que de ser así, se estaría poniendo al *co-venturer* que ha financiado, como acreedor de la operación, pero también participaría de los beneficios o pérdidas que ésta genere, y por lo tanto no estaría en igualdad de condiciones, que es lo que la naturaleza misma del *joint venture* persigue.

Entre las principales fuentes a las cuales se pueden recurrir para ésta operación podemos encontrar las siguientes:

- Aportes o contribuciones de los participantes: Son los Recurso Propios de la empresa, son duda los más importantes para su arranque y desarrollo positivo.
- Banca de desarrollo: En Latinoamérica ha dado resultado en países como México, Brasil, Chile y Argentina.
- Banca Comercial: Es importante las relaciones con las entidades bancarias y además se tiene acceso a un sin número de servicios que brindan para beneficio de la empresa.
- Organismos Internacionales: Principalmente el BID y el Banco Mundial brindan apoyo y financiamiento para el desarrollo de *joint ventures*, así también, recientemente se han sumado a estas actividades el Banco Africano de desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, el Banco de Inversiones Europeas, sobretodo en financiamiento para actividades del

sector minero, y la Corporación Andina de Fomento que apoya de manera significativa a las exportaciones y a la inversión privada.

- Entidades de países industrializados: Las cuales apoyan a la mediana y pequeña empresa, por lo general son bancos estatales de países industrializados y se los denomina “*investment banks*” y “*merchant banks*”.
- Mercado de Valores (En el caso de los *joint ventures societarios*).

4.6.2 ASPECTOS TRIBUTARIOS

Resulta necesario tocar el tema tributario en el desarrollo del *joint venture*, ya que así se podrá observar las consecuencias que se derivan en la operación del mismo.

Esta empresa conjunta, como se la define desde el punto de vista económico, genera actividad productiva y por ende requiere de la adquisición de bienes y de la prestación de servicios que impulsen la actividad y el objeto que se persigue, lo cuál, necesariamente acarrea obligaciones tributarias.

En cuanto al *joint venture societario*, como sabemos requiere de la constitución de una persona jurídica para sus fines, por lo que las obligaciones tributarias que genere estarán reguladas por la normativa que acoja la operación de ésta sociedad.

Por otra parte, el *joint venture contractual* parece tener mayores problemas con las obligaciones derivadas de los tributos, debido a que mediante la celebración de un contrato las partes que intervienen, como RÍOS GARCÍA expresa "... son sujetos que ejecutan individualmente actividades distintas pero coordinadas hacia un fin común"¹⁹⁴, por lo tanto son precisamente las partes o los *co-venturers* quienes a través de las actividades que realizan, las que son sujetos pasivos de la obligación tributaria, y no el *joint venture* como tal. Reiteramos que esto sería así, porque en el caso contractual no se crea un ente jurídico independiente.

Varios autores mencionan que no existen regulaciones específicas en los países latinoamericanos con respecto a los aspectos tributarios que puede generar el *joint venture*; por ejemplo en Chile a falta de esta normativa, ha sido el Servicio de Impuestos Internos (SII), órgano administrativo que se ha pronunciado a cerca de ésta figura.

Aparentemente, el problema radica en que al no estar esta figura bien definida en las diversas legislaciones, se torna complejo regular asuntos legales específicos de la misma.

Por su parte, la doctrina clasifica a los tributos en dos tipos, que son los indirectos y los directos.

¹⁹⁴ RÍOS GARCÍA, Mirians. Ob. cit. p. 174.

4.6.2.1 Tributos Indirectos

El Estado para captar recursos utiliza los impuestos indirectos, que son aquellos que afectan a las ventas, el valor agregado, los salarios, los aduaneros, Impuesto General a las ventas (IGV), son muy comunes en América Latina, y como dice SIERRALTA: "...son más simples de ser aplicados y posibilitan una ponderación anticipada y más flexible de los ingresos nacionales que serán recaudados"¹⁹⁵.

Así también, el Estado cuando se trata de actividades de explotación petrolífera y minera, establece determinados royalties, regalías y tasas sobre el uso de yacimientos por ejemplo, o sobre la producción, etc.

4.6.2.2 Tributos Directos

Varios países en el mundo, establecen ventajas tributarias para atraer la inversión extranjera y en concreto a las *joint venture internacionales*, mediante la suscripción de tratados que incentivan el desarrollo de éstos.

De esta forma, en Malasia se ofrecen beneficios fiscales entre 2 a 8 años para las industrias poseedores de tecnología de punta, así como depreciaciones aceleradas y descuentos para industrias del sector de exportaciones, o a las que se han ubicado en zonas de alta densidad de mano de obra. También en Filipinas, existe un sistema de tributación cuyo fin

¹⁹⁵ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob.cit. p. 356.

es incentivar la reinversión, en base a tasas variables que beneficien las exportaciones, el desarrollo de industrias en zonas prioritarias, así como favoreciendo a la flexibilidad laboral.

En Marruecos y en Perú, se puede negociar una estabilidad tributaria con el Estado, cuando éste es un *co-venturer*, o también se puede acordar un régimen tributario más flexible denominado "*tax ruling*".

El Impuesto a la Renta también puede ser utilizado como incentivo, además el Estado puede establecer determinadas políticas industriales y comerciales que favorezcan sus objetivos y beneficien a las partes.

4.6.3 ASPECTOS CONTABLES

Los sistemas de contabilidad que se adopten por las partes, pueden ocasionar ciertas incompatibilidades entre ellas, por lo que es recomendable establecer un sistema adecuado de uso universal y acorde a los requerimientos del proyecto.

Se ha dicho, que la operación del *joint venture*, deberá contabilizarse en una "cuenta común", mientras que las partes al no haber perdido su autonomía, llevarán su propia contabilidad.

En el caso de la sociedad creada, ésta deberá ser tratada acorde a las regulaciones societarias que imperen en el país sede. Las partes

deberán estipular la frecuencia de presentación de los Estados Financieros y además la accesibilidad a los libros e información contable. Al presentarse un *joint venture internacional*, los *co-venturers* previo acuerdo designaran un auditor externo, el cual será generalmente una firma reconocida.

4.7 EXPERIENCIA EN LATINOAMÉRICA

El *joint venture* es una figura que ha tenido aplicación en países como los Estados Unidos de América, Rusia y los países orientales de Europa, la China, Cuba entre otros, pero que sin embargo requiere de más experiencia para poder conocerlo y entenderlo de una mejor manera; en Latinoamérica varios países han dictado normas y han incentivado la inversión extranjera y la adopción de ésta figura, haciendo posible su desarrollo, por lo que veremos a continuación que si es posible aplicar este modelo en nuestras realidades.

4.7.1 ARGENTINA

En la legislación argentina no está específicamente regulado el *joint venture*, pero este contrato se lo ha podido celebrar sin mayor dificultad, partiendo del reconocimiento de la ley argentina a los contratos innominados y atípicos; y además bajo el precepto de la libertad contractual que rige en muchos países latinos y en el mundo.

No obstante, la normativa argentina ha incorporado a dos figuras de colaboración empresarial en la Ley de Sociedades Comerciales, que las uniones *transitorias de empresas* y las *agrupaciones de colaboración*. Así también, la práctica en este país, ha incorporado la figura del consorcio para las concesiones del Estado, permitiendo que distintas empresas puedan participar de los procesos de asociación, sin creación de un nuevo ente jurídico.

Las *uniones transitorias de empresas*, no es que constituyan exactamente un *joint venture*, pero poseen características similares que pueden ser asociadas al mismo, y en buena parte facilitan su desarrollo.

Así, estas *uniones transitorias* persiguen como objetivo, la ejecución de una obra, servicio o suministro de forma completa, sea éste nacional o internacional, y tiene un plazo referente al fin para el cuál fue constituido. La norma expresa que estas *uniones*, tienen la facultad de perseguir fines de lucro, sin ser sociedades o sujetos de derecho. Una de las características es que en cuanto a la responsabilidad de sus miembros, salvo se acuerde lo contrario, no implica la solidaridad de los mismos.

4.7.2 BOLIVIA

En la República Boliviana, en el año de 1990 se promulgo el Decreto Supremo N° 22.407, incorporando de esta manera un nuevo tipo de contrato, denominado “*Contrato de Riesgo Compartido*”, que la doctrina lo ha entendido como un *joint venture*.

Este contrato permite la ejecución de obras, servicios, suministros y otros afines, en territorio nacional o extranjero, así como la realización de operaciones en el sector minero. El decreto mencionado, en su art. 46 establece que “... estos contratos no constituyen sociedad, ni establecen personalidad jurídica, rigiéndose los derechos y obligaciones del Riesgo Compartido por lo acordado en el respectivo contrato, sobre la base de la libertad contractual establecida en el art. 454 del Código Civil Boliviano”¹⁹⁶.

4.7.3 BRASIL

En el Brasil el *joint venture* ha sido objeto de investigación por parte de varios juristas como por ejemplo Luiz Olavo Baptista, que ha escrito varias obras sobre esta figura, como “*La introducción al joint venture*” o “*El joint venture: una perspectiva comparatista*”; sin embargo, en cuanto a la legislación de este país no se puede encontrar temas específicos sobre el *joint venture*.

¹⁹⁶ Artículo 46 del Decreto Supremo N° 22407 de la legislación boliviana. Citado por RÍOS GARCÍA, Mirians. Ob. cit. p. 191.

Es importante mencionar que en el año 1976 bajo la Ley Nº 6404, se creó la figura de los consorcios, que es una figura asociativa que no tiene personería jurídica y en la cual el patrimonio de las partes denominadas consorciadas se mantiene independiente. En consecuencia, sin bien esta figura no conforma un *joint venture* y de hecho se discute este asunto, es un mecanismo legal que permite que se realicen operaciones conjuntas dentro de la jurisdicción brasilera.

Por otro lado, esta legislación mediante la nueva Ley de Mercado de Valores y el positivo desarrollo de las bolsas de valores, ha permitido una evolucionada relación con varias figuras contractuales modernas con las empresas entre cuales se incorpora a la figura del *joint venture*.

Entre las normas a las cuales deben regirse las partes involucradas, están la ley Nº 4131 del 3 de septiembre de 1962, que regula la aplicación del capital extranjero y el envío de valores al exterior. De esta forma, el art. 2 de esta ley, dispone que debe darse igual trato tanto para los capitales nacionales como extranjeros, y que será la Superintendencia de Moneda y de Crédito el órgano que registre y autorice los aspectos relativos a la remesa de royalties, dispuesto en los arts. 6º y 8º.

En el caso de que se constituyesen *joint ventures societarios*, el art. 20 expresa que éstos tendrán la posibilidad de diseñar su propia contabilidad, pero estarán sujetos a las normas y reglas que el Poder Ejecutivo disponga a cerca de los planes y cuentas sobre este tema.

Podemos referirnos también a la Constitución del Brasil que en su art. 171 dispone la existencia de la empresa brasileña y la empresa extranjera, dividiendo a la empresa brasileña en compañías de capital nacional y extranjero. La empresa brasilera de capital nacional, tienen la ventaja de recibir beneficios tributarios para el desarrollo de aquellas actividades que se consideren claves para el progreso nacional o también para la defensa nacional. Así también, la Constitución prevé que todo aquello que se considere necesario para el progreso tecnológico del país, podrá ser controlado por empresas de capital nacional, o por personas con domicilio o residencia en el Brasil.

Existe una restricción a los extranjeros, en cuanto a algunas actividades que no pueden realizar, entre las cuales están, las del área energética, atómica, petrolera, medios de comunicación en lo que respecta a la propiedad y administración, industria pesquera, servicios de correos y telégrafos, entre otros.

La legislación brasilera, tiene una particularidad respecto a que bajo la Ley 4131 art. 54 en el año 1962, motivaba a que se realice una legislación uniforme con algunos países para el trato de los capitales extranjeros.

Para finalizar, es importante decir que a través de la MERCOSUR, se han realizado varios contratos de *joint venture*, como por ejemplo la empresa brasileña *Mesa Electrónica* y *Sinuelo Inter Trading*, formaron un *joint venture societario* con la empresa argentina *ESIMET*, con la finalidad de fabricar

termas y calefacción; en tanto que la empresa LACTA con la empresa argentina GEORGALOS incurrieron en el sector tecnológico y de distribución.

4.7.4 COLOMBIA

En Colombia, al igual que en Latinoamérica se ha querido asociar al *joint venture* con las figuras del consorcio, cuentas en participación o con la sociedad de hecho.

Sin embargo, existen algunas expresiones de tipo general, que se refieren al *joint venture*, sobretudo en las relaciones entre empresas extranjeras y el Estado en el sector petrolero, minero y de explotación de gas natural.

Hay que mencionar que la legislación colombiana, según la opinión de algunos autores es un tanto rígida en cuanto las inversiones temporales para el cumplimiento de una actividad, lo cual lo establece el Decreto 222 del año 1983. Así, se menciona también que en la práctica las empresas que incurren en alianzas para la realización de actividades temporales, acuden a las figuras del consorcio, las cuentas en participación o a las figuras societarias.

No obstante, es necesario comentar que la jurisprudencia, el Código de Comercio en sus arts. 825 y 864 y el Decreto Legislativo 2310, muestran

una apertura hacia la posibilidad de existencia y utilización del *joint venture contractual*.

Dichas disposiciones incorporan elementos atribuibles a esta figura como el desarrollo conjunto de las partes en una actividad de interés común sin la creación de un ente jurídico, la solidaridad de las partes en la operación conjunta, la libertad de contratación comercial, en efecto el art. 864 del Código de Comercio Colombiano señala: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”. Otra disposición que se asemeja a ésta figura es la del Decreto Ejecutivo 2310 en su art.1, que sin mencionarla se refiere al la explotación de petróleos señalando: “Con excepción de los contratos de concesión vigentes en la fecha de expedición del presente decreto, la explotación y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional estará a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, la cual podrá llevar a efecto dichas actividades, directamente o por medio de contratos de asociación, operación, servicios o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, celebrados con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras...”. Por tanto vemos que al mencionarse en tal disposición el “contrato de asociación”, claramente se asemeja a lo que podría ser un *joint venture*, lo que permite pensar que esta figura se puede aplicar en la legislación colombiana sin ningún problema.

4.7.5 COSTA RICA

En Costa Rica y toda América Central no se encuentran normas referentes a ésta figura, pero es posible determinar el uso de la misma a través de tres parámetros: El inciso 2° del art. 28 de la Constitución de ésta país se refiere a que “Los acuerdos privados que no dañen la moral o el orden público” o que no perjudique a un tercero, están fuera de la ley”; por otra parte el Código Civil de Costa Rica posibilita en su art. 1022 la libertad contractual; y por último el Código de Comercio de este mismo país en su art. 2 dice: “Cuando no exista en este Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, usos y costumbres y los principios generales de derecho”¹⁹⁷.

De esta manera se puede apreciar que en base a estos artículos y fundamentados en la autonomía privada, se puede realizar un contrato de *joint venture*, siempre que no se altere el orden público. En la práctica, en Costa Rica se han celebrado este tipo de contratos en los sectores minero y textil y han sido un gran aporte sobre todo en el desarrollo tecnológico.

¹⁹⁷ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob. cit. p. 383.

4.7.6 CUBA

En Cuba se estableció el Decreto Ley N° 50 del 15 de febrero de 1982, que incorpora el régimen jurídico mediante el cual se pueden desarrollar las *asociaciones económicas* entre entes cubanos y extranjeros.

Las asociaciones económicas según RÍOS GARCÍA, se las ha considerado como “típicos *joint ventures*”, aunque la legislación cubana no haga referencia a éstos con mediante éste término. Debido a esto, se considera que “Cuba es el primer país en Latinoamérica que ha admitido y normado al *joint venture*”¹⁹⁸.

Estas asociaciones económicas conforman dos tipos:

- Empresa mixtas que tienen capital cubano y extranjero, y que tienen personalidad y patrimonio propios;
- Asociaciones económicas que no requieren de la creación de un ente jurídico.

En este país existe el Comité Estatal de Colaboración Económica, que es la entidad encargada de dar vialidad a creación de esta figura, para lo cual autoriza que empresas estatales u otras entidades nacionales pueden ser partícipes de estas asociaciones, estableciendo las condiciones necesarias para ello. En cuanto a la parte extranjera el art. 5 del Decreto Ley

¹⁹⁸ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob. cit. p. 384. Citad por RÍOS GARCÍA, Mirians. Ob.cit. p. 201

establece que las empresas y otras entidades económicas públicas o privadas con domicilio en el exterior, podrán participar en estas asociaciones, inclusive las personas naturales.

Cabe mencionar que las asociaciones económicas son instrumentadas como contratos de asociación, y que los acuerdos a que lleguen las partes se incorporaran en el mismo de acuerdo a la finalidad que tenga dicha asociación. Esta figura tienen ventajas tributarias y en cuanto al financiamiento otorga la posibilidad de hacerlos mediante varias fuentes entre ellas, bancos extranjeros y cubanos, y además permite enviar al extranjero la participación que tengan los socios en utilidades así como lo que les corresponda en la liquidación de estas asociaciones.

4.7.7 CHILE

En la legislación chilena no se encuentra normas expresas sobre el *joint venture*, pero se lo ha comparado con algunas figuras jurídicas que incorpora este ordenamiento jurídico y además existe la posibilidad de ejecutarlo en base a algunos principios que se encuentran establecidos en la normativa chilena.

Entre estos principios podemos mencionar los del Código Civil de Chile, que se refiere a la libertad contractual, denominada ley del contrato y que en su art. 1545 dice: "...todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento

mutuo o por causas legales”. Otros principios son los de la autonomía de la voluntad que permite la creación de obligaciones contractuales y el de orden público económico constitucional que posibilita la libertad de empresa y que en el art. 21 de la Constitución Política de Chilena señala: “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan”. Por tanto, podemos ver que si existe la posibilidad de celebrar contratos de *joint venture* en Chile mediante estos fundamentos.

En la práctica, en este país las operaciones de *joint venture* se han acentuado positivamente en varios sectores de la economía, celebrándose contratos dentro y fuera del país. Entre los casos que sobresalen están el de la minería del cobre, al cual haremos referencia más adelante como aporte práctico; el petrolífero entre la Empresa Nacional de Petróleo (ENAP) con la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales de Argentina, para la explotación conjunta de este recurso natural en el Estrecho de Magallanes. Así también, Chile ha entrado en operaciones de inversión para el sector de exportaciones, celebrando un contrato con la firma canadiense *COMINCO*.

4.7.8 MÉXICO

En cuanto a la legislación mexicana, se puede observar que no existen normas que hagan referencia a esta figura, por lo que su articulación deberá estar basada en los preceptos del Código Civil del Distrito Federal, el Código de Comercio, Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial y la Ley General de Sociedades Mercantiles, en el caso del *joint venture* societario.

Se debe comentar, que al *joint venture* se lo ha catalogado como un contrato típico, asemejándolo con el contrato de promesa que esta regulado en los arts. 2243 al 2248 del Código Civil del Distrito Federal, pero esto solamente sería certero si se compararía con el acta de intenciones o protocolo de intención e incluso con el contrato preliminar, ya que estos si son actos preparatorios al “*contrato-base*” que es la herramienta fundamental de este negocio jurídico. Esta aseveración en cuanto al contrato de promesa, según la doctrina debe estar dada por la necesidad de encontrar una figura afín dentro de la esta legislación, toda vez que se ha descartado la similitud con otras figuras jurídicas tales como la fusión de sociedades, asociación en participación, y la sociedad mercantil.

En cuanto a las disposiciones que establece la Ley de Inversión Extranjera, permite la participación de inversionistas extranjeros mediante autorización de la Secretaria de Relaciones Exteriores, y exceptuándolos en el art. 5, de algunas actividades económicas como la de petróleo,

petroquímica, energía nuclear, minerales radiactivos, comunicación vía satélite, puertos y aeropuertos, entre otras.

Por último, en el Reglamento de promoción a la inversión mexicana y regulación de la inversión extranjera, se establece que la Comisión de Nacional de Inversiones Extranjeras “...podrá expedir reglas... que establezcan instrumentos o mecanismos que estén asociadas a la adquisición por inversionistas mexicanos o extranjeros de participaciones en e capital social de dichas sociedades”. Lo que según Aníbal SIERRALTA, posibilitaría que se reconozca al joint venture como un negocio jurídico que permita la obtención de recursos, tecnología y nuevos canales de comercialización¹⁹⁹. De esta manera, se estaría contribuyendo a las expectativas de dicho reglamento al señalar que el desarrollo del aparato productivo nacional requiere de la cooperación de la inversión extranjera en el capital de riesgo nacional.

4.7.9 NICARAGUA

En la legislación nicaragüense ni en la doctrina, se encuentra ninguna referencia con respecto a los “contratos de riesgo compartido”, o las “asociaciones económicas” o al *joint venture* mismo. Con respecto a la Ley 127 de Inversiones Extranjeras del año de 1991, se puede apreciar que ésta regula las inversiones extranjeras y mixtas y que faculta a un organismo denominado Comité de Inversiones Extranjeras, para que califique y autorice

¹⁹⁹ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Ob.cit. p. 391.

dichas inversiones, por lo que este organismo deberá aprobar los términos y condiciones de los contratos de inversión, según lo establece en art. 16 de dicha Ley.

Para las inversiones extranjeras, a pesar de que deben ser autorizadas y reguladas por dicho Comité, existen beneficios tributarios como la exención de los pagos totales o parciales de los impuestos fiscales y aduaneros, siendo el art. 13 de la Ley de Inversiones Extranjeras el que impulsa estas actividades otorgando plazos hasta de 5 años para dichas exoneraciones, con la condición de que las inversiones propicien la generación de empleo y el aumento de las exportaciones.

La normativa de esta país, reconoce también al arbitraje y expresa que las controversias derivadas de los contratos de inversión extranjera con el Estado, podrán resolverse por medio del arbitraje, conforme los acuerdos previamente establecidos en el contrato de inversión.

Por otra parte, el Decreto 37- 91, promueve al sector de las Exportaciones, con mecanismos de exoneración de impuestos y derechos que gravan las importaciones de materias primas y otros bienes como maquinarias, equipos, que sirven para la elaboración de los productos de exportación, así también existe una exoneración del Impuesto General de Ventas (IGV).

4.7.10 PARAGUAY

En Paraguay, al igual que las otras legislaciones latinoamericanas no hay referencias al *joint venture*, pero existe la libertad contractual basada en el art. 669 del Código Civil de ese país, lo que formula la posibilidad de ejecución del mismo en territorio paraguayo.

Es importante mencionar el hecho de que en Paraguay, por medio de un proceso de privatización de las empresas públicas se dio paso a la conformación de los *contratos de riesgo compartido* a través de concesiones y ofertas en el mercado internacional. En base a esto, la Ley ha establecido una serie de beneficios tributarios para los inversionistas que sean parte de estos contratos, con la condición de que se invierta en actividades para áreas específicas como la hotelera, construcción, almacenamiento, depósito, investigación científica, salud, televisión, prensa escrita y televisión.

4.7.11 PERÚ

En este país se pueden encontrar algunas referencias a esta figura, como es el caso del Decreto Supremo N° 010-88-PE que en su art. 1 señala que su finalidad es: "...adoptar diversas opciones de acarreamiento de embarcaciones pesqueras extranjeras especializadas para lograr los objetivos nacionales de satisfacer la demanda alimenticia nacional, señala que los contratos que se celebren con embarcaciones de bandera extranjera

dentro de de las aguas jurisdiccionales podrán tener la modalidad de *joint venture*²⁰⁰.

Por otra parte, la normativa peruana hace una alusión más completa a esta figura en la legislación sobre inversiones en la que se encuentra un trato más completo de la misma.

En consecuencia, en el Decreto Legislativo N° 662, se señala el Régimen de Estabilidad Jurídica para las Inversiones Extranjeras, el cual posibilita que la inversión extranjera pueda realizarse a través de contratos de *joint ventures*, al mencionar de forma expresa que estas inversiones serán tratadas como “...recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora”²⁰¹.

Por su parte el Decreto Legislativo N°708, mediante la Ley de Promoción a la inversión en el sector minero, regula a los *Contratos de Riesgo Compartido* para la explotación y desarrollo de las actividades mineras. Estos contratos, según lo que establece la ley, tienen carácter

²⁰⁰ DECRETO SUPREMO N° 010-88-PE art. 1°. Citado por RÍOS GARCÍA, Mirians. Ob.cit.p.193.

²⁰¹ Inc. h) del artículo 1° del DECRETO LEGISLATIVO N° 662.

asociativo, cuyo objeto es realizar un negocio en común, por un plazo determinado o indeterminado, en el cual los partícipes aportan bienes, servicios o recursos que se complementan unos con otros, y además acuerdan su participación en la utilidad, ingresos, producción y la gestión del negocio que comparten.

4.7.12 REPÚBLICA DOMINICANA

La República Dominicana es miembro al igual que Haití de un Convenio denominado *LOMÉ* celebrado el 15 de diciembre del año 1989, el cual incorpora a la figura del *joint venture* para operaciones conjuntas entre los países miembros.

Para esto, el Capítulo V en la segunda aparte de este Convenio se refiere a que el Centro de Desarrollo Industrial promueve la formación de joint ventures, e identifica *venturistas* europeos, asesora la viabilidad de la inversión y la formación de contratos de inversión conjunta y por último destaca el financiamiento con el Banco Europeo de Inversiones.

Así mismo, el art. 220 del Convenio, establece que dicha entidad financiera busca contribuir al desarrollo e innovación tecnológica de los países miembros, proporcionando los recursos necesarios y la asesoría técnica necesaria.

Este convenio es importante ya que los países latinoamericanos al no ser miembro del mismo, pueden tener un acercamiento con este país y relacionarse comercialmente con empresas dominicanas, las cuales tienen la facultad de celebrar contratos con empresas del continente europeo, lo que puede ser muy beneficioso.

Finalmente, el Convenio de LOMÉ es una guía metodológica muy buena para la elaboración de los contratos de *joint venture*, ya que éste señala los pasos a seguir en todo el proyecto hasta llegar a la celebración del “contrato- base” y su posterior operación.

4.7.13 URUGUAY

No se conoce legislación específica sobre este contrato, pero es preciso anotar que bajo la Ley 16.060 del año de 1990, se incorporó una figura de colaboración con el nombre de “*grupo de interés económico*” (G.I.E), la que en algunos aspectos puede asimilarse al *joint venture* y también puede asemejarse a un *joint venture societario*.

Este grupo de interés económico se deriva del G.I.E. francés, el cual es una figura que permite las alianzas empresariales y la mutua colaboración, pero que tiene una tendencia societaria.

Es importante señalar que a través del *MERCOSUR*, se promueve la constitución de asociaciones de colaboración entre empresas que

pertenecen a los países miembros. Así el Acuerdo 3/91 expresa que el Consejo del MERCOSUR deberá fomentar la complementación económica entre las empresas de países que pertenecen a dicho organismo.

4.8 CASO PRÁCTICO # 1

JOINT VENTURE EN LA REPÚBLICA DE CHILE

(Fuente: "Joint Ventures" Mirians Ríos García)

“CASO CODELCO”

La República de Chile posee muchos recursos minerales, los cuales han sido subexplotados, por lo que la legislación de este país autorizó legalmente a CODELCO y ENAP, para que puedan asociarse con empresas privadas chilenas y extranjeras, cuya finalidad sea la explotación y exploración de minerales. El mecanismo legal que encaja y parece ser el más conveniente para este objetivo es el contrato de *joint venture*, ya que esta figura en la práctica contractual ha dado buenos resultados a quienes la han aplicado.

JOINT VENTURES EN LA MINERÍA DEL COBRE

En los años '80 se produjeron cambios significativos en la industria mundial del cobre. Las empresas de este sector se vieron obligadas a reducir sus costos mediante un largo proceso de reingeniería de sus operaciones, a causa del incremento de la competencia.

Esto trajo un nuevo enfoque en cuanto a las relaciones de las empresas productoras de cobre, las cuales para hacer frente a la competencia y al alto costo de inversión requerido en este campo, decidieron realizar alianzas y métodos de colaboración.

Por tanto, la mayoría de los nuevos proyectos de cobre empiezan a desarrollarse mediante *joint ventures* entre las empresas competidoras, entidades financieras e industrias proveedoras, así también se incrementó los acuerdos para intercambiar tecnología y para la investigación y desarrollo.

Así, en Chile las operaciones mineras comenzaron a desarrollarse a través de joint ventures entre empresas nacionales y extranjeras públicas y privadas, destacando como rasgo característico de estas asociaciones el aporte de concesiones (uso y usufructo de yacimientos), recursos financieros y tecnología, los mismos que abastecen a los socios.

Otra característica importante en los *joint ventures mineros*, es el propósito de escoger a los mejores especialistas en cada rama requerida, así se busca a los proveedores de tecnología y know how más eficientes para la explotación de los yacimientos con el fin de desarrollar un proyecto eficaz.

Este impulso a las asociaciones de colaboración se ha producido en buena parte desde que se dictó la Ley N° 19137, la cual autoriza a la Empresa Nacional del Cobre de Chile, CODELCO – CHILE, ha desarrollar proyectos mineros en asociación con terceros. Para esto se incentiva en base a beneficios tributarios especiales, favoreciendo según el Decreto Ley N° 600 a aquellos capitales extranjeros que inviertan en Chile con el objetivo de financiar los proyectos mineros catalogados de gran envergadura.

FACULTAD LEGAL DE CODELCO PARA CONSTITUIR JOINT VENTURES

La Corporación Nacional del Cobre denominada, **CODELCO – CHILE**, se creó para efectos de dar impulso a los proyectos mineros del cobre en 1976 bajo el Decreto Ley N° 1350. Es una empresa estatal, minera, industrial y comercial que tiene sus divisiones en Chuquibambilla, Radomiro Tomic, El Salvador, Andina, El Teniente y Talleres. Esta empresa está facultada para desarrollar actividades en otros yacimientos de manera directa o mediante la asociación con terceros.

El art.1° de la Ley 19.137 faculta a **CODELCO – CHILE** para que pueda celebrar contratos de *joint ventures* con empresas, que sean relacionados a aquellos yacimientos de su dominio y que no se encuentren en actual explotación. Por su parte el art. 2° de la misma Ley, dispone que dicha autorización “comprende el aporte o la participación en sociedades, asociaciones o comunidades de cualquier naturaleza, con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras o internacionales, y, en general, la celebración de todo acto o contrato o negocio referente a las pertenencias mineras indicadas en dicho artículo, sea de arrendamiento, de promesa, de usufructo o cualquier otro destinado a la exploración o explotación de esas pertenencias en conjunto con terceros y que sirva al propósito de expandir las actividades de la Corporación Nacional del Cobre de Chile en proyectos mineros con el concurso de capitales, tecnología, mercado, experiencia u otros aportes de aquéllos”²⁰².

RAZONES DE CODELCO PARA SU ASOCIACIÓN CON TERCEROS

La legislación chilena ha expuesto sus criterios para conferir esta facultad a ésta empresa. Una de los motivos principales, es que se puedan usar figuras de colaboración empresaria como una estrategia en lo que respecta a sus planes de expansión de sus operaciones, sin que ello requiera que el estado entre a privatizar la industria del cobre con miras de eficiencia y competitividad, es decir, al tener la posibilidad de asociarse con empresas eficientes, sustituye la otra solución que sería privatizar.

²⁰² Art.2° del DECRETO LEY N° 19.137 República de Chile. Citado por RÍOS GARCÍA, Mirians. Ob.cit. p. 207 – 208.

Por otro lado, las razones que **CODELCO** expuso para su asociación con terceros son:

- “Eficiencia y competitividad en el mercado mundial del cobre
- Permanencia y proyección en el tiempo, lo que implica la necesidad de mantener una “agresiva” política de exploración de alto costo y riesgo.
- Suma de fortalezas. La asociación con terceros permite la incorporación de tecnologías, capacidad empresarial y nuevos conocimientos, de gran interés para **CODELCO**.
- Minimización de los riesgos del negocio. El negocio minero, en especial las etapas de exploración, conlleva un alto elemento de riesgo.
- Evitar rigideces estructurales. La asociación con terceros permite levantar restricciones organizacionales y estructurales propias de **CODELCO** en los proyectos que aborden en conjunto con terceros”²⁰³.

Desarrollar proyectos de inversión minera es imprescindible para alcanzar un nivel de producción que afirme la posición de liderazgo que tiene **CODELCO** en lo que respecta a la industria del cobre, y además es muy importante ya que refleja aportes positivos para la economía nacional.

Esta empresa, gracias a la facultad legal que le fue otorgada compite con los grandes consorcios mineros a nivel mundial, que se utilizan los *joint*

²⁰³ Razones expuestas en el Senado de la República de Chile por el entonces presidente ejecutivo de CODELCO-CHILE, Alejandro Noemí Callejas, durante la discusión de la Ley N° 19.137. Citado por RÍOS GARCÍA, Mirians, Ob.cit. Ob.cit. p. 209.

ventures y alianzas estratégicas como herramientas para mejorar su eficiencia y competitividad en el mercado cuprífero.

EXIGENCIAS A CODELCO PARA CELEBRAR ACTOS Y CONTRATOS

Las regulaciones con respecto a este tema están establecidas en la misma Ley 19.137 que principalmente dispone lo siguiente:

- Que la pertenencia minera esté bajo el dominio de la Corporación y que corresponda a aquellos yacimientos que no estén en actual explotación, excluyendo también a los yacimientos que ésta empresa destine a planes de reposición y explotación directa. (art. 1°)
- Que la pertenencia objeto de los actos y contratos, haya sido por lo menos explotada en forma básica por **CODELCO**. (art.7°)
- Debe existir un informe favorable por parte de la Comisión Chilena del Cobre, en cuanto a no contravenir lo dispuesto en el art. 1°
- Cumplir a cabalidad con todas las formas y condiciones que impone la Ley N° 19.137

LAS ASOCIACIONES DE CODELCO CON TERCEROS

Actualmente es muy común que las empresas de la industria de los metales básicos, tengan como estrategia corporativa y de desarrollo el asociarse con terceros como un instrumento de eficiencia en la gestión empresarial.

CODELCO ha realizado algunas asociaciones con terceros, para lo cual se ha acordado inicialmente realizar las actividades de exploración y posteriormente las de explotación. En dichas sociedades, ésta empresa por norma general aporta las concesiones de explotación y la otra parte el *know how* y todo lo relativo a la operación.

Las facultades legales concedidas a la empresa estatal chilena, permiten instrumentar el contrato de *joint venture* mediante la forma meramente contractual o en su defecto, acudir a la constitución de un tipo societario. Estas asociaciones se han conformado en buena parte mediante *joint ventures societarios*, los mismos que se han instrumentado generalmente a través de la sociedad anónima cerrada como forma de estructura conjunta.

En estos joint ventures los participantes han sido normalmente tres incluyendo claro está a la empresa estatal.

CARACTERÍSTICAS DE ESTOS ACTOS O CONTRATOS

- Todos los términos, modalidades y condiciones de aquellos actos o contratos a los cuales se refiere la Ley 19.137 deben ser acordados previamente por el Directorio de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, mediante el voto de por lo menos cinco de sus miembros, entre los que

deben estar por requerimiento expreso los de los Ministros de Minería y de Hacienda.

- Según el art. 4° de ésta Ley, todos estos actos y contratos deben ser aprobados por el Presidente de la República mediante un Decreto Supremo proveniente del Ministerio de Minería, previos a su celebración y otorgamiento.

EXIGENCIAS A LAS ASOCIACIONES Y SOCIEDADES EN QUE PARTICIPA CODELCO

Las asociaciones y sociedades *ah hoc* que participen con *CODELCO* deben cumplir con los requisitos y condiciones establecidos por la Ley 19.137, a continuación podemos encontrar estas disposiciones:

- En los Estatutos o pactos que rijan a dichas organizaciones se debe incorporar la exigencia del voto conforme de **CODELCO – CHILE** relativo a la adopción de los requerimientos impuestos por la Ley de Sociedades Anónimas. De igual forma esta exigencia se debe establecer para los acuerdos referentes a la enajenación y a la constitución de derechos inherentes a la explotación de pertenencias mineras.

Para aclarar este punto, es necesario decir que la Corporación tiene *derecho de veto* con respecto a dichas regulaciones y que deberá ser tomado en cuenta siempre ya que según el art. 5 en su segundo inciso establece que ésta empresa no puede desprenderse de más de la mitad de las acciones,

derechos, cuotas o participaciones, con la excepción de que la ley disponga lo contrario.

- La participación de **CODELCO** en las sociedades o asociaciones deberá siempre buscar ser de carácter mayoritario siempre que sea posible en cuanto a los volúmenes de inversión de las partes y el retorno de la inversión. No obstante, en la práctica ocurre que los participantes de empresas privadas tienen el 51% y **CODELCO** EL 49%.
- En cuanto a dichas acciones, derechos, cuotas o participaciones que pertenezcan a **CODELCO** no se podrán transferir sin previo cumplimiento de las disposiciones que establece el art. 5 de la Ley N° 19.137, que dispone la aprobación del Directorio de la Corporación y del Presidente de la República mediante los requerimientos mencionados anteriormente.

Finalmente, es preciso mencionar el ánimo de colaboración que motivará a estas asociaciones, teniendo en cuenta que durante la discusión de la Ley N° 19.137 se expresó que “... con ellas **CODELCO** no sólo busca capitales o tecnología, busca también construir alianzas estratégicas con socios que compartan objetivos de desarrollo y entreguen seguridad de lealtad empresarial a los intereses comunes que inspiren una asociación”²⁰⁴.

²⁰⁴ Discusión de la Ley N° 19.137 de la República de Chile. Citado por GARCÍA RÍOS, Mirians. Ob.cit. p. 213.

4.9 CASO PRÁCTICO # 2

(Fuente: INCAE 24992)

“PETROLERA ZUATA, PETROZUATA C.A.”

El mes de enero de 1997 fue muy activo para los funcionarios de Petróleos de Venezuela S.A. y los de Conoco Inc. Ellos habían estado trabajando arduamente en conjunto con los asesores jurídicos, técnicos y financieros del Grupo de Proyecto Global de Citicorp, en un proyecto para la explotación de petróleo crudo en Venezuela denominado Petrozuata C.A. (Petrozuata).

Este proyecto abarcaría un financiamiento de 2.400 millones de dólares, para lo cual se buscaría simultáneamente un financiamiento de agencias de desarrollo, bancos y mercados de capital. Los funcionarios y asesores de estas empresas pensaban que lo más saludable para el proyecto era en base a la disposición de las fuentes, escoger una mezcla óptima entre las diversas opciones. Así, en Washington DC el equipo se reunió con agencias de desarrollo entre las cuales estuvieron el US Export - *Import Exlm Bank*, la *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) y la *International Finance Corporation* (IFC) para analizar el interés de éstas en participar en el acuerdo. Posteriormente ellos irían a la ciudad de *New York* para tratar con *Standard & Poor's* (S&P), *Moody's* y *Duff & Phelps* para evaluar en que forma los mercados de capital mirarían al proyecto y la factibilidad de que los bonos del mismo reciban la calificación necesaria para una posible oferta de éstos. Petróleos de Venezuela y Conoco habían

escogido a *Credit Suisse – First Boston (CSFB)* y a *Citicorp* como los principales suscriptores cuyos funcionarios asistirían también a las reuniones. Los miembros del equipo pensaban que el esquema propuesto del trato era merecedor de una calificación de grado de inversión, pero les interesaba las perspectivas que puedan tener las agencias calificadoras para lo cual estaban abiertos a reestructurar aspectos específicos del acuerdo siempre que esto no redujera sustancialmente la flexibilidad operativa o financiera de los emprendedores.

LA REPÚBLICA DE VENEZUELA

Venezuela luego de que a principios de los años '90 sufriese problemas financieros y políticos, por un lado por la caída de uno de los bancos más grandes de ese país y por otro por el doble intento de golpe de estado y posterior enjuiciamiento político al Presidente Pérez; tuvo un resurgimiento a través de los planes de gobierno del Presidente Caldera denominados “La Agenda Venezolana”, que incluían medidas como la eliminación de los controles cambiarios y de precios, des-regularización de las tasas de interés, reforzamiento de una política monetaria restrictiva, incremento de los impuestos, privatización de empresas y entidades financieras estables y la reestructuración de la deuda bilateral de ese país. Por todo esto había mejorado la economía pero ahora se enfrentaba a próximas elecciones de presidenciales por lo que la presión pública por las medidas anti populares crecía.

PETRÓLEOS DE VENEZUELA S.A. (PDVSA)

El gobierno venezolano en el año de 1976 nacionalizó la industria petrolera del país, estableciendo Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) con autonomía comercial y financiera para la explotación y administración eficiente de los recursos hidrocarburíferos de ese país, promoviendo de esta manera al desarrollo económico. A su vez PDVSA creó tres subsidiarias: Maraven, Lagoven y Corpoven. Para el año de 1996 las reservas de petróleo y gas de PDVSA se encontraban en Venezuela, pero las operaciones de refinería estaban en Estados Unidos, Europa y el Caribe, así como en Venezuela. Esta empresa estatal tenía subsidiarias de propiedad total en Norteamérica y poseían la tercera capacidad más grande en cuanto a refinería y eran los primeros comercializadores de gasolina en ese país. De igual forma, eran la segunda empresa petrolera más grande del mundo luego de *Saudi Aramco*, siendo la décima corporación más rentable a nivel mundial y su imagen en Venezuela estaba posicionada como de una de las empresas petroleras nacionales mejor administradas.

Esta compañía representaba el 78% de los ingresos por exportaciones en Venezuela, así también el 59% de los ingresos fiscales del gobierno y un 26% de PIB.

LA APERTURA

En el año de 1990 esta empresa comenzó un plan de expansión a largo plazo con el objetivo de duplicar su producción nacional de petróleo y gas, aumentar su capacidad de refinado e incrementar sus operaciones de comercialización en el mercado internacional.

Uno de los principales retos era conseguir un financiamiento por 65.000 millones de dólares para este proyecto. Para esto Petróleos de Venezuela S.A. formuló una estrategia clave llamada “*La Apertura*”, que abría la industria petrolera Venezolana a las industrias petroleras extranjeras mediante acuerdos de participación en las utilidades, acuerdos de servicio operativo y asociaciones estratégicas de *empresa conjunta*, para lo cual se debía convencer al gobierno de que la inversión extranjera sería beneficiosa para la economía nacional y además fijar atractivos para que los inversionistas extranjeros se vean motivados con el proyecto.

En consecuencia, como parte de ésta estrategia se escogió a la Franja del Orinoco en la parte central de Venezuela donde existe una de las mayores reservas de petróleo pesado y extra pesado en el mundo para explorarla mediante asociaciones estratégicas. El objetivo para esto era encontrar a los socios apropiados, que sean especializados en conocimientos tecnológicos, capacidad de comercialización de petróleo crudo y capacidad de crédito.

La estructura societarias se definió en base a que PDVSA y sus subsidiarias tendrían menos del 50% del capital accionario de las asociaciones pero el control de votos estaría manejado por ellos ya que tendrán acciones prioritarias o preferentes y los socios tendrían acciones ordinarias. Estas asociaciones estarían conformadas por compañías privadas al ser PDVSA socio minoritario, por lo tanto evitarían todas las rígidas regulaciones establecidas para los contratos de licitación pública y por otra parte no estarían consolidadas en el Balance General de PDVSA.

En tanto, el gobierno había decidido reducir las tasas de regalías para las asociaciones estratégicas en los primeros años de la operación, mientras que el Congreso beneficiaba también el proyecto, reduciendo el impuesto a la renta, mediante una política para mejorar la economía de los proyectos de petróleo de crudo pesado. Por su parte, las asociaciones debían potencializar el producto venezolano sujeto a precio, calidad y capacidad de entrega.

En el año de 1993, el Congreso de Venezuela aprobó las dos de las varias asociaciones estratégicas formuladas entre Petróleos de Venezuela, sus subsidiarias y empresas petroleras del exterior. Así, la primera *empresa conjunta*, Petrozuata se creó entre Maraven que era subsidiaria de PDVSA y Conoco Inc.

Maraven, producía el 30% del petróleo crudo venezolano, el 14,5 de gas natural y el 18,4 de gas licuado en el año de 1996. Tenía el control del

34% de las reservas petroleras de ese país, era propietaria y administradora de dos refinerías y había terminado un plan de expansión de 2.700 millones de su refinería ubicada en Cardón.

CONOCO INC.

Conoco inc. era el otro socio de Petrozuata, y a su vez también era subsidiaria de *E.I. du Pont de Nemours and Company (DuPont)*, una de las compañías productoras de químicos en el mundo.

Conoco empleaba alrededor de 15.000 trabajadores en todo el mundo en más de 40 países. Producía en el año de 1996 445.000 barriles de petróleo crudo diarios y refinaba 720.000 BPCD. Comercializaba gasolina, diesel y aceites por medio de aproximadamente 4.000 concesionarios en Europa, Estados Unidos u Asia; y por otra parte realizaba operaciones de transporte con siete buques cisterna y tenía intereses en 12872 kilómetros de oleoductos.

Esta empresa era líder mundial en tecnología de refinado así como en desarrollar proyectos, y tenía las mejores experiencias en proyectos de gran envergadura en Noruega y ártico de Rusia y además poseía una refinería en *Lake Charles Louisiana*.

PETROLERA ZUATA, PETROZUATA C.A. (PETROZUATA)

La empresa Petróleos de Venezuela y Conoco realizaron estudios iniciales de factibilidad para un proyecto conjunto en el año de 1992, y tenían como objetivo desarrollar un proyecto de refinería en Venezuela utilizando la tecnología de punta de Conoco, pero las conversaciones posteriores dieron paso a que se estructurara un proyecto más amplio que sería el de integrar totalmente la producción, transporte y refinado.

Conoco encontraba beneficioso este proyecto ya que significaba para esta empresa una fuente de largo plazo de reserva y suministro para su refinería en *Lake Charles*.

A su vez, PDVSA estaba muy entusiasmada con este proyecto y encontraba un que Conoco era un socio con gran experiencia lo cual no solamente beneficiaría este proyecto sino que sería ventajoso para futuros proyectos conforme Venezuela se abría a la inversión extranjera en el sector petrolero. Además existían ventajas como la del financiamiento de *DuPont* y los factores necesarios como para conformar una sólida administración a nivel mundial.

Luego de cuatro años de negociaciones y planificación, Maraven y Conoco Orinoco, una filial de Conoco creada aportar con capital en el proyecto, constituyeron Petrolera Zuata, Petrozuata C.A., que sería la compañía responsable de construir, financiar y manejar el proyecto

Petrozuata. La estructura societaria de capital estaría conformada por el 49,9% para Maraven y Conoco Orinoco y el 51,1% para Petrozuata; la duración sería por un plazo de 35 años a partir del inicio de la producción en el año 2001.

EL PROYECTO PETROZUATA

Este proyecto comprendía tres aspectos principales: una serie de pozos para producir el petróleo crudo extrapesado, un sistema de oleoducto para transportar el petróleo crudo hasta la costa y una planta de mejoramiento para refinar parcialmente el crudo extrapesado.

El desarrollo del proceso del proyecto comenzaba con la perforación de pozos petroleros y la construcción de obras de infraestructura para estos fines. Para la evaluación de las reservas del proyecto se contrató a una Consultora independiente norteamericana experta en campos petroleros, la cual estaría encargada de proyectar la producción de Petrozuata.

Así también la compañía planeaba construir dos oleoductos de acero de 201 kilómetros de longitud para poder transportar el crudo desde el Orinoco hasta la ciudad costera de José. Este oleoducto transportaría más capacidad de la requerida en el proyecto, por lo que sus excedentes serían vendidos para proyectos futuros en esa área. Petrozuata planificaba adquirir los terrenos por donde iban los oleoductos ya que la zona era despoblada y

se pretendía introducirlos bajo tierra, peor requerían el principio legal “del domino eminente”.

La planta de refinamiento receptoría el crudo extrapesado y lo transformaría en crudo sintético de mejor calidad, para lo cual se utilizaría la tecnología de refinado de Conoco, y posteriormente se trasladaría el producto a los buques cisterna trasatlánticos.

Petrozuata sería la contratista general del proyecto, así establecería una serie de subcontrataciones necesarias para el desarrollo de la operación.

Entre estas subcontrataciones se encontraban las de electricidad, agua y gas con una empresa venezolana que suministraría a Petrozuata mientras dure la construcción. También se preveía adjudicar contratos de construcción a empresas de ingeniería y construcción de Venezuela que formaban parte del Registro de Contratistas Autorizados de PDVSA, para las construcciones requeridas tanto corriente arriba del Río Orinoco, como las de corriente abajo para los oleoductos e instalaciones relacionadas. Todos estos acuerdos requerían de una carta de intenciones previa, para sentar los objetivos del proyecto.

Por otra parte, se establecieron una serie de acuerdos para garantizar la conclusión exitosa del proyecto. Conoco y Maraven pactaron aportar fondos de manera individual, los mismos que incluían reservas para cualquier exceso inesperado antes de concluir dicho proyecto, siendo las

propietarias de éstas empresas, DuPont y PDVSA las que garantizaban estas obligaciones. Por último todas las operaciones de construcción tenían un presupuesto de contingencia y además para las primas de la póliza de seguro que cubría toda clase de riesgo. Así mismo existía un cláusula de fuerza mayor, en caso de que Petrozuata no cumpliera con el tiempo acordado para la conclusión del proyecto; además previo a la finalización se acordó que en el término de 90 días tanto la producción, el oleoducto y la planta de mejoramiento debía pasar por pruebas para superar los estándares de producción y especificaciones de calidad.

En cuanto a la comercialización, Conoco y Petrozuata firmaron un acuerdo en el que Conoco bajo la garantía de DuPont compraría los primeros 104.000 BPCD de crudo sintético de Petrozuata durante los 35 años de vida del proyecto a precio de mercado, manteniendo el derecho de vender a terceros si es que podía hacerlo a un precio más alto. Conoco refinaría el 62% del crudo sintético en *Lake Charles* mientras que Maraven compraría el resto a Conoco y lo procesaría en su refinería de Cardón en Venezuela.

Otros contratos que se firmarían, serían los correspondientes a licencias de tecnología, acuerdos de asistencia y otros relacionados a la operación del proyecto.

PRIORIDAD DE PAGO: LA CASCADA DE EFECTIVO

Los flujos que recibiría el proyecto se los denominó “Cascada de Pagos”, los cuales serían administrados por un Fideicomiso, el cual recibiría los fondos depositados por los clientes de Petrozuata en la cuenta extranjera del *Bankers Trust* previamente autorizada por el gobierno venezolano y regido por la ley del Estado de Nueva York. Estos fondos resultantes de la compra del crudo sintético y de los subproductos y los destinaría prioritariamente a los siguientes pagos: Primero el fideicomisario financiaría la operatividad del proyecto, luego pagaría las operaciones de deuda del proyecto y por último depositaría los fondos restantes en una cuenta de reserva de Servicio a la deuda según los requerimientos para mantener seis meses de interés y capital.

FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO PETROZUATA

Los socios de Petrozuata decidieron estructurar el financiamiento para el proyecto, el cual contempló varias fuentes entre las cuales están:

- Recursos propios, es decir recursos financiados por Maraven y su propietaria PDVSA y por Conoco y su propietaria *DuPont*.
- Bancos, previa garantía de préstamo con agencias internacionales bilaterales y multilaterales
- Emisión de Bonos previa calificación del Proyecto Petrozuata.

CONCLUSIÓN DEL CASO:

El Proyecto Petrozuata S.A. es una clara evidencia de un Contrato de *Joint Venture Internacional*, en el cual una empresa estatal venezolana y una empresa privada extranjera juntan sus esfuerzos para la explotación de petróleo y satisfacen intereses comunes. Existen todas las motivaciones necesarias para el desarrollo del proyecto, pasan por una etapa de negociaciones para luego plasmar sus intenciones en los acuerdos preparatorios y finalmente llegar a la celebración de un contrato-base, del cual se derivan una serie de contratos satélites indispensables para el desarrollo y operación del proyecto.

CAPÍTULO V

APLICACIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez investigado exhaustivamente el Contrato de Joint Venture, es menester para esta tesis encontrar la vialidad de su aplicación en la Legislación Ecuatoriana, con este fin hemos analizado la experiencia en algunos países de Latinoamérica y la conclusión de esto es que sin existir la figura del *joint venture* plasmada en sus legislaciones, es factible aplicarla en base a la autonomía de la voluntad en materia contractual. Es necesario decir que si en dichos países latinoamericanos es posible la ejecución de esta figura, seguramente en el Ecuador también lo es, ya que nuestro ordenamiento jurídico proviene de un mismo origen histórico y científico, y además la mayoría de nuestra normativa es muy similar a la de estos países, siendo por ejemplo el Código Civil Ecuatoriano un reflejo del Código Civil Chileno de ilustre Andrés Bello.

Siendo esto así, veamos los fundamentos jurídicos que podemos encontrar para la aplicación de esta herramienta jurídica moderna en nuestro país. Para lo cual debemos partir de que este contrato tiene un *carácter de innominado y atípico para nuestra ley*.

5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR²⁰⁵

Nuestra Carta Política establece en cuanto a los Derecho Civiles de todo ciudadano en el *art. 23 numeral 4* “la libertad de acción”, expresando en su parte final que: “Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a *dejar de hacer algo no prohibido por la Ley*”.

También dentro de los Derecho Civiles consagrados en la Constitución, de encuentra en el *art. 14* “La Libertad de empresa”, con sujeción a la ley, en el *art. 18* “La libertad de contratación”, son sujeción a la ley y en el *art. 19* “La libertad de asociación y de reunión, con fines pacíficos”.

En cuanto a los Derechos Económicos, la Constitución en su Sección Novena “De la Ciencia y Tecnología” en el *art. 80* establece que: “El Estado fomentará la ciencia y la tecnología, especialmente en todos los niveles educativos, dirigidas a mejorar la productividad, la competitividad, y el manejo sustentable de los recursos naturales, y a satisfacer las necesidades básicas de la población.

Garantizará la libertad de las actividades científicas y tecnológicas y la protección legal de sus resultados, así como el conocimiento ancestral colectivo.

²⁰⁵ Todas las disposiciones que hagan referencia a este punto, serán citadas de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR. 1998

La investigación científica y tecnológica se llevará a cabo en las universidades, escuelas politécnicas, institutos superiores técnicos y tecnológicos y centros de investigación científica, en coordinación con los sectores productivos cuando sea pertinente, y con los organismos públicos que establezca la ley, la que regulará el estatuto del investigador científico”.

Esta disposición claramente posibilita un acuerdo de *joint venture contractual* para realizar tareas de investigación o proporcionar tecnología en diferentes ámbitos.

Así, en el *art. 97 de la Constitución* “De los deberes y Responsabilidades”, en el numeral 16 se establece: “Preservar el medioambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable”. Lo cual viabiliza acuerdos de *joint ventures* para explotar recursos naturales como el petróleo por ejemplo, pero de una manera responsable y además sustentable.

Nuestra Carta Fundamental establece también, iguales derechos para nacionales y extranjeros con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley. Por tanto, la ley ecuatoriana acoge las relaciones con extranjeros.

Por su parte, el *art. 14 de la Constitución* otorga validez a los contratos celebrados entre el Estado Ecuatoriano con personas naturales o jurídicas extranjeras, al expresar que “Los contratos celebrados por las

instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.

Podemos encontrar así mismo, en la Constitución en el *art. 155* “De los Proyectos de Urgencia Económica”, el cual establece que: “El Presidente de la República podrá enviar al Congreso Nacional proyectos de ley calificados de urgencia económica”. Todo lo cual indica que en caso de requerimiento del Estado de cualquier operación para el control o ejecución de un plan de Urgencia Económica, podría hacerlo conjuntamente mediante la colaboración de una entidad privada, pública, nacional o extranjera, previa autorización del Congreso Nacional.

Por su parte el *art. 161* de la Constitución Política, señala que el Congreso Nacional aprobará o desaprobará los siguientes “Tratados y Convenios Internacionales”: en el *número 3°* se refiere a “Los que comprometan al país en acuerdos de integración; *número 4°* “Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la Ley; y el *número 6°* Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley”. En consecuencia, estas disposiciones nos hacen pensar que pueden motivar la ejecución de contratos de *joint ventures* para emprender proyectos de

desarrollo económico, social, científico, educativo, etc, para el país, así como para la colaboración con entidades o Estados extranjeros.

También la Constitución en el *art. 211* establece que la Contraloría General del Estado será el organismo encargado de entre otros aspectos, controlar la inversión, lo cual permite al Estado actividades de inversión en diversos sectores.

En cuanto a los Organismos de Gobierno Seccional, el *art. 228* de la Constitución en el 2° *inciso* dispone que: “Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía y, en el uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir las tasas y contribuciones especiales de mejoras. En tanto que en el *art. 229* expresa que “Las provincias, cantones y parroquias se podrán *asociar* para su desarrollo económico y social y para el manejo de los recursos naturales. De igual forma, el *art. 233* en el 3° *inciso* colabora lo dicho y establece que: “El Consejo Provincial representará a la provincia y, además de las atribuciones previstas en la ley, promoverá y ejecutará obras de alcance provincial en vialidad, medio ambiente, riego y manejo de las cuencas y microcuencas hidrográficas de su jurisdicción. Ejecutará obras exclusivamente en áreas rurales”. Disposiciones que nos conducen a determinar que dichas obras pueden ser realizadas mediante colaboración de entidades especializadas en las distintas áreas, con la instrumentación de contratos de *joint venture*.

Así, en cuanto a los Regímenes Especiales de la Carta Política, el *art. 238 último inciso* dispone que: “Se dará preferencia a las obras y servicios en las zonas de menor desarrollo relativo, especialmente en las zonas limítrofes”. También en el *art. 240* se prevé “La planificación provincial realizada por el *Instituto de Nacional Galápagos*, que contará con *asistencia técnica y científica* y con la participación de las entidades del régimen seccional dependiente y autónomo, será única y obligatoria. Y el *art. 240* expresa que “En las provincias de la región amazónica, el Estado pondrá especial atención para su desarrollo sustentable y preservación ecológica, a fin de mantener la biodiversidad. Se adoptarán políticas que compensen su menor desarrollo y consoliden la soberanía nacional.

La Constitución corrobora con las afirmaciones realizadas para el desarrollo sustentable de nuestro país con las disposiciones en cuanto al “Sistema Económico”, en el *art. 242* al establecer que: “La organización y funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derecho y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción.

Para el cumplimiento de estos objetivos el *art. 243 de la Constitución* señala que se deben realizar los siguientes planes de ejecución:

- “*Numeral 2º*: La conservación de los equilibrios macroeconómicos, y un crecimiento sustentable y sostenido.

- *Numeral 3°*: El incremento y la diversificación de la producción, orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad que satisfagan las necesidades del mercado interno.
- *Numeral 5°* La participación competitiva y diversificada de la producción ecuatoriana en el mercado internacional”.

De igual manera el *art. 244 de la constitución*, establece que “Dentro del sistema de economía social de mercado, al 87Estado le corresponderá:

- *Numeral 1°*: Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante la creación de un orden jurídico e instituciones que promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se *garantizará la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones*.
- *Numeral 2°*: Formular en forma descentralizada y participativa planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada.
- *Numeral 3°*: Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que impidan o distorsionen
- *Numeral 5°*: Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar los servicios básicos para el desarrollo
- *Numeral 6°*: Empezar actividades económicas cuando lo requiera el interés general

- *Numeral 7°*: Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado
- *Numeral 9°*: Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país

Por su parte el art. 245 de la Constitución reconoce a las sociedades para el impulso de la economía estableciendo que: “La economía ecuatoriana se organizará y desenvolverá con la coexistencia y concurrencia de los sectores públicos y privado. Las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión, podrán ser privadas, públicas, mixtas y comunitarias o de autogestión. El Estado les reconocerá, garantizará y regulará.”

El art. 247 de la Constitución, señala que los recursos naturales no renovables, productos del subsuelo, minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta del suelo, incluso aquellos que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial, podrán ser explotados en función de los intereses nacionales y que su explotación y exploración racional se lo podrá realizar mediante empresas mixtas o privadas, de acuerdo a la ley. Así también señala que es facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. En cuanto a las aguas de territorio nacional, establece que su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado y a quienes obtengan derechos, de acuerdo con la ley.

También en el *art. 248 de la Constitución* se establece lo siguiente: “El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales. Su conservación y utilización sostenible se hará con la participación de las poblaciones involucradas cuando fuere del caso y de la iniciativa privada, según los programas, planes y políticas que los consideren como factores de desarrollo y calidad de vida, y de conformidad con los convenios y tratados internacionales.

En tanto que el *art. 249 de la Constitución* señala también que: “Será responsabilidad del Estado, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o *cualquier otra forma contractual*, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas, no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”. De esta manera, el Estado garantiza que los servicios públicos que estén bajo su control y regulación, deben responder a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, lo cual una vez más no lleva a creer que en buena parte se lo puede lograr a través de asociaciones que emprendan y compartan actividades para la operación de negocios conjuntos.

Igualmente, el art. 250 de la Constitución establece un Fondo de Solidaridad que prevé combatir la pobreza y eliminar la indigencia, a través de inversiones seguras y rentables, el cual impulsa el desarrollo de programas de educación, salud y saneamiento ambiental y ayuda en los desastres naturales.

El *art. 251 de la Constitución* trata sobre la explotación e industrialización de recursos naturales no renovables en territorios de gobiernos autónomos, y el derecho de éstos a participar de las rentas que el Estado perciba de dichas actividades.

En tanto que en el *art. 253 de la Constitución último inciso* se expresa la factibilidad de establecer “puertos libres y zonas francas, de acuerdo con la estructura que establezca la ley”.

Para cumplir con estas finalidades, el art. 254 de la Carta Fundamental “De la Planificación Económica y Social”, señala que: “El sistema nacional de planificación establecerá los objetivos nacionales permanentes en materia económica, fijará metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo, que deberán alcanzarse, en forma descentralizada, y orientará la inversión con carácter obligatorio para el sector público y referencial para el sector privado”. Esta planificación estará a cargo del Presidente de la República, en la cual podrán participar gobiernos autónomos seccionales los cuales impulsarán el desarrollo de sus provincias y cantones; y las organizaciones sociales que la ley determine.

En cuanto al “Régimen Tributario” el *art. 256 de la Constitución* establece que los tributos a más de ser “medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general”; y en el inciso 2° expresa que: “Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país”.

De igual forma, el art. 257 de la Constitución en su último inciso señala que es responsabilidad de la Presidencia de la República fijar o modificar tarifas arancelarias aduaneras, lo cual creemos desde el punto de vistas de la inversión nacional o extranjera y cualquier actividad económica que esté gravada con estos impuestos.

Finalmente el art. 271 “De la Inversión”, aspecto que es definitivamente muy importante y que complementa los aspectos que estamos tratando, en cuanto a la factibilidad de aplicación del Contrato de Joint Venture en nuestra legislación, dispone que: “El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y ala exportación.

La Ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional.

El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas”.

Debemos decir, que la Constitución según su *art. 272* tiene absoluta supremacía sobre cualquier otra norma legal, y que “las disposiciones de Leyes Orgánicas y ordinarias, Decretos – Leyes, Decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor, si de algún modo, estuvieran en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

En base a este precepto, inducimos entonces que todas las disposiciones que hemos expresado de la Constitución Política del Ecuador y que son inherentes a nuestro tema, son viables y factibles para la aplicación del *Contrato de Joint Venture* en el Ecuador, ya que las mismas requieren que entidades y organismos públicos, privados, nacionales o extranjeros formen y constituyan asociaciones y sociedades que hagan posible la ejecución de estas normas, por lo tanto vemos claramente que una solución muy importante para hacer esto realidad es a través de la figura jurídica del *Joint venture*, ya que ésta encierra muchas de las necesidades y requerimientos que nuestra Carta Política ha plasmado para el desarrollo de nuestro país.

5.2 CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO²⁰⁶

El principio fundamental en que debemos basarnos, es que en el derecho privado, se puede hacer o realizar todo aquello que no este prohibido por la ley y que no contravenga al orden público y las buenas costumbres, además del principio de la “buena fe” contractual.

El *art. 8 del Código Civil* expresa: “A nadie puede impedirse la acción que no éste prohibida por la ley.

Partimos entonces de este precepto para establecer el principio de la autonomía de la voluntad, que en materia contractual permite contratar u obligarse voluntariamente, siempre que no contravenga ninguna norma.

Otro aspecto muy importante y ligado íntimamente con la autonomía de la voluntad, es el principio de la libertad contractual, lo que significa que las partes pueden acordar libremente las cláusulas o el contenido de un contrato de la forma que más le conviniere, es además una de las fuentes principales de las obligaciones, por lo que debemos referirnos al *art. 1453 del Código Civil* que señala lo siguiente: “Las obligaciones nacen, ya del curso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”, cabe decir que esta disposición de respetar la ley, el orden público y las buenas costumbres.

²⁰⁶ Todas las disposiciones a que se haga referencia en este punto serán citadas del CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. 2007.

Debemos referirnos a la definición que hace nuestro Código Civil en cuanto al contrato en el *art. 1454* y que dice: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Por tanto lo señalado en los dos artículos anteriores, nos conduce a decir que al no estar regulada la figura del *joint venture* en nuestra legislación, perfectamente se la puede aplicar en base a la libertad de contratación.

También es muy importante mencionar el principio civil de la ley del contrato, el cual se plasma en el *art. 1561 del Código Civil* señalando que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o causas legales”. Por lo que el efecto es obligatorio para quienes celebraron el contrato, lo cual otorga eficacia jurídica la figura del *joint venture*.

Así también, el *art. 1562 del Código Civil* establece que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

De manera que, fundamentándonos en estos principios se puede establecer con toda claridad que existe la libertad de celebrar contratos no

tipificados por la legislación ecuatoriana, como puede ser el “*contrato de joint venture*”.

En cuanto a los bienes y la posibilidad de efectuar contratos entre nacionales y extranjeros el *art. 15 del Código Civil* señala: “Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

Paro los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas.

Podemos observar también que en lo relativo a la celebración de instrumentos públicos, el *art. 16 del Código Civil* expresa: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese”. Es decir, un contrato celebrado entre dos o más personas y por la voluntad de ellas, surtirá efecto

siempre que se cumplan todas las solemnidades que establece en la ley y una vez probada su buena fe.

Debemos recordar, que el *joint venture* es una figura contractual que busca la unión de dos o más personas para la realización de un fin común, por lo que conformará en unos casos una sociedad civil y en otros una sociedad comercial, las cuales están reguladas en nuestro Código Civil en los artículos 1957 y siguientes bajo el “TÍTULO XVI DE LA SOCIEDAD”, lo que permite también la aplicación del *joint venture* en el Ecuador, ya que este podría existir, siempre que se rija a estas disposiciones.

5.3 COMENTARIO EN CUANTO AL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA LEY DE COMPAÑÍAS²⁰⁷

En cuanto al Código de Comercio Ecuatoriano, podemos referirnos a que el contrato de *joint venture* al generar actos de comercio podrá regirse a las normas de este siempre que no contradiga las disposiciones establecidas en él.

Por otra parte en cuanto a la Ley de Compañías, si el *contrato de joint venture*, requiriese de la creación de una sociedad comercial para la gestión de su operación, puede hacerlo en base a las disposiciones del Código Civil y sujetándose a las disposiciones que esta Ley disponga.

²⁰⁷ Todas las disposiciones a que se haga referencia en este punto serán citadas de la LEY DE COMPAÑÍAS DEL ECUADOR. 2002

Para esto, la *Ley de Compañías* en su *art. 1* señala: “Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

En consecuencia, este contrato se debería regir por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, las disposiciones del Código Civil que otorga libertad y autonomía contractual a las partes, y toda la normativa a la que hemos hecho referencia y que permite su aplicación.

A su vez, el *art. 2* de la *Ley de Compañías* señala las cinco especies de compañía que existen en nuestra ley:

- “La compañía en nombre colectivo;
- La compañía en comandita simple y dividida por acciones;
- La compañía de responsabilidad limitada;
- La compañía anónima; y
- La compañía de economía mixta

Estas cinco especies de compañías constituyen personas jurídicas”.

En consecuencia, para la ejecución de la operación del *joint venture* se podría constituir una de las formas de sociedad mencionadas, pero hoy en día lo normal sería hacerlo con la sociedad de responsabilidad limitada o la sociedad anónima, lo que daría paso a un *joint venture societario*.

5.4 PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LA OPERACIÓN DEL JOINT VENTURE EN EL ECUADOR

El *joint venture societario* opera bajo una de las formas societarias que hemos mencionado lo cual permite que la ejecución del proyecto se desarrolle de la mejor manera, pero no necesariamente tendría esta operación que actuar bajo el régimen societario, que de cierta forma puede limitar dicha gestión por ser contemplar una normativa un tanto rígida sino que más bien podría gestionarse bajo un *Régimen Fiduciario* que es más flexible y especializado.

El art. 112 de la Ley de Mercado de Valores en lo referente a los negocios fiduciarios señala: “Negocios fiduciarios son aquéllos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del constituyente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes el fideicomiso se denominará mercantil, particular que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato, en los que sólo existe la mera entrega de los bienes”²⁰⁸.

Creemos que la figura del Fideicomiso Mercantil tanto como la del Encargo Fiduciario, pueden encajar perfectamente en el desarrollo operativo

²⁰⁸ Art.112 de la LEY DE MERCADO DE VALORES.

del contrato de *joint venture*, lo cual sería muy beneficioso para alcanzar el objetivo por el cual las partes acordaron el proyecto.

El Fideicomiso Mercantil esta definido en el *art. 109 de la Ley de Mercado de Valores*, el cual señala que: “Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”.

Efectivamente dicha operación necesariamente debe estar manejada por un tercero imparcial denominado “*Fiduciaria*” que es la persona jurídica autorizada para la administración del patrimonio autónomo, de acuerdo a lo que se establezca en el contrato y por medio de su representante legal denominado “*Fiduciario*”. Este patrimonio autónomo en el caso del *joint venture*, pertenece a los *co-venturers* y son ellos los que determinarán las condiciones en las que se debe administrar el mismo de acuerdo a la ley.

El patrimonio autónomo tiene algunas características como son: “La confianza, independencia, solemnidad, indelegabilidad, inembargabilidad,

onerosidad (en cuanto a que por ser un contrato de naturaleza mercantil será siempre remunerado)”²⁰⁹

“La Fiduciaria realiza todas las gestiones administrativas, financieras y legales destinadas al cumplimiento del objetivo determinado por el cliente, en el contrato de fideicomiso. La Participación de la Fiduciaria es de medio y no de resultado, esto quiere decir que actúa diligentemente para que los acuerdos entre las partes y las instrucciones se cumplan, pero no pueden garantizarse resultados”.²¹⁰

Las clases de Fideicomiso Mercantil son: Fideicomiso de Garantía, Fideicomiso Inmobiliario, Fideicomiso de Inversión y Fideicomiso de Administración, los cuales a su vez tiene también sus subdivisiones, dependiendo de los requerimientos de los Constituyentes.

Es necesario decir que a través de los Fideicomisos Mercantiles se tiene grandes ventajas como son: primeramente la del manejo técnico y eficiente por parte de la Fiduciaria, y además se encuentra sujeto a todo tipo de exenciones de tasas, impuestos y contribuciones, según el *art. 113* de la Ley de Mercado de Valores. Este artículo en su inciso 2° señala que: “La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas,

²⁰⁹ RAMOS VÁZQUEZ, Sergio. Tesis de grado previa a la obtención del Título de Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la República. “EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO HERRAMIENTA FINANCIERA EN EL DESARROLLO PRODUCTIVO NACIONAL” p. 118. Guía de Fideicomiso

²¹⁰ RAMOS VÁZQUEZ, Sergio. Ob.cit. p. 118.

registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos”²¹¹.

Así también en el mismo art. 113 en el inciso 3° se dispone lo siguiente: “La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del Impuesto al Valor Agregado y de otros impuestos indirectos”. Esta disposición se aplicará también en el caso de restitución a los Constituyentes.

En cuanto a los Encargos Fiduciarios, los cuales se realizan sin la transferencia de la propiedad de los bienes, son aplicables también a la operación del *joint venture*, pero es necesario decir que en este caso al no haber transferencia, no se constituye una nueva persona jurídica. *El art. 114 de la Ley de Mercado de Valores* señala que llama *Encargos Fiduciarios* al: “contrato escrito y expreso por el cual una persona llamada constituyente instruye a otra llamada fiduciario, para que de manera irrevocable, con carácter temporal y por cuenta de aquél, cumpla diversas finalidades, tales como de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”²¹².

Podemos ver entonces que los Negocios Fiduciarios, son un medio muy eficaz para la gestión del *joint venture*, y que se complementa perfectamente con la naturaleza jurídica del mismo, ya que la finalidad no

²¹¹ Art. 113 inciso 2° de la LEY DE MERCADO DE VALORES.

²¹² Art. 114 de la LEY DE MERCADO DE VALORES

está en crear una figura jurídica distinta, sino que se la utiliza a ésta para conseguir los objetivos propuestos. Es importante saber también, que por medio de los Negocios Fiduciarios se estaría instrumentando un *contrato satélite* para el *joint venture*, lo cual es parte esencial del proyecto. Cabe decir que los Negocios Fiduciarios son acordes a las disposiciones del Código Civil en materia contractual

5.5 OTRAS LEYES QUE POSIBILITAN LA APLICACIÓN DEL JOINT VENTURE EN NUESTRO PAÍS

Existen otras leyes en la legislación ecuatoriana que pueden motivar la aplicación del contrato de *joint venture* en nuestro país ya que precisamente estas se han creado para el desarrollo y la sustentación de varios sectores productivos del país, en los cuales la figura del *joint venture* tendría mucha amplitud de aplicación.

Estas leyes son las siguientes:

- Ley de Hidrocarburos
- Ley Desarrollo Agrario
- Ley de Fomento y Desarrollo Agropecuario
- Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero
- Ley de Fomento Industrial
- Ley de Fomento de la Industria Automotriz
- Ley de Fomento de la Pequeña Industria

- Ley de Fomento de Parques Industriales
- Ley de Turismo
- Ley de Propiedad Intelectual
- Ley de Arbitraje y Mediación
- Proyecto de Ley del Ministerio de Comercio Exterior que promueve la competitividad en el Ecuador

5.6 REFERENCIA AL JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Realmente en la legislación ecuatoriana, como habíamos comentado anteriormente no se especifica al contrato de *joint venture*, sin embargo se ha encontrado dos alusiones a esta figura, la una en base a un precedente judicial que resulta de un curioso hallazgo en nuestra legislación que se refiere al *joint venture*, siendo la resolución sobre un contrato de seguro; y la otra que hace referencia a una disposición de un plan de mejoramiento estratégico de la Municipalidad del Cantón Durán, las cuales mencionaremos a continuación²¹³:

En la ciudad de Quito se emitió una resolución judicial el 13-XII-2001 (Resolución No. 394-2001, Primera Sala, R.O. 524, 28-II-2002) a favor del actor de la demanda por una acción civil de indemnización por incumplimiento de contrato de una póliza de seguro, según la cual el

²¹³ Las menciones que hace la legislación ecuatoriana sobre la figura del *joint venture*, han sido tomadas del Programa Jurídico FIEL MAGISTER.

demandado alegó fuerza mayor o caso fortuito. En esta demanda entre los alegatos se expresa haber confundido el contrato de asociación o *joint venture*, lo cual es un error doctrinario ya que si bien estas figuras jurídicas tienen similitud, también tienen diferencias, lo cual pensamos que hace que éstas sean tratadas de manera separada.

En la práctica estas dos figuras se las confunde, ya que se asemejan en cuanto a que se realiza una asociación entre empresarios con fines de colaboración sin crear una nueva persona jurídica, cuyo objetivo es realizar una actividad de interés común. Por esto generalmente se menciona a la asociación o cuentas en participación dentro de lo que son las figuras de colaboración.

Sin embargo, existen diferencia marcadas que corroboran nuestra opinión en pensar que ambas figuras deben ser vistas de manera independiente. Así, las cuentas en participación existe una bilateralidad entre gestor y sus socios siendo el primero el que está a cargo de la ejecución del negocio y sus socios actúan solamente de una manera pasiva, mientras que en el *joint venture* existe una plurilateralidad en la gestión y control del negocio por parte de los *co-venturers* que participan activamente en el negocio, sin perjuicio de que se nombre a un administrador para su gestión.

Por tanto, en las cuentas de participación los terceros sólo conocerán a la persona del gestor, en razón de su crédito personal, mientras que en el

joint venture no existen los partícipes ocultos, debido a que ellos participan en razón de la confianza, y el conocimiento de cada uno de los venturistas.

Por último, en nuestra Ley de Compañías se define a la asociación o cuentas en participación como aquella figura por medio de la cual un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio, mientras que como hemos estudiado al *joint venture*, éste tienen un sentido mucho más amplio, ya que no es su finalidad principal participar solamente de los beneficios de tal comercio, sino más bien el cumplimiento de un proyecto específico; además en la asociación o cuentas en participación los participantes no siempre actuarán en igual de condiciones o equitativamente, característica esencial de la naturaleza del *joint venture*.

Otra mención que podemos encontrar en la legislación ecuatoriana es la de la planificación estratégica de la Municipalidad del Cantón Durán bajo el Título de “PROMOCIÓN DE MECANISMOS DE PARTICIPACION DE LA INVERSIÓN PRIVADA”, en la cual se menciona en el *art. 40* lo siguiente: “Contratos con participación privada: La Municipalidad, con el objetivo de mejorar la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en el cantón podrá suscribir los siguientes contratos con operadores privados: a) Prestación de servicios; b) Asociación en participación; c) Contrato de Gerencia; d) Joint Venture; e) Contratos de sociedad de economía mixta; y, f) Cualquier otra permitida por la ley”. Para lo cual señala que esta enumeración es enumerativa y no restrictiva.

Estas son todas las referencias a que nuestra legislación hace con respecto al *joint venture*, por lo tanto, vemos que no existe legislación sobre esta figura como ya se mencionó.

Esto, no obstante no es ningún impedimento para que se pueda aplicar este contrato en nuestro país, ya que fundamentándonos en todas las disposiciones a las que hemos hecho alusión en este Capítulo, debemos señalar que la aplicación del *joint venture* es factible y que mediante la misma se puede encontrar una de las tantas herramientas para el desarrollo económico y social de nuestro país

CONCLUSIONES

Una vez que hemos estudiado al *Contrato de Joint Venture*, podemos decir que hemos entendido la complejidad del mismo y que en base a esto creemos que es una figura muy interesante y merecedora de un análisis profundo para la realización de una tesis.

Como habíamos señalado en un principio, la hipótesis de esta tesis pretendía satisfacer la incógnita de saber si era posible aplicar la figura del *joint venture* en la legislación ecuatoriana. Creemos sinceramente que dicha inquietud ha quedado demostrada positivamente, y que podemos basarnos en todo nuestro estudio y en las disposiciones que la propia ley ecuatoriana realiza, y que a pesar de no especificar o referirse a esta figura, motivan su aplicación y permiten que si se pueda aplicar este contrato en nuestra legislación.

Creemos también que debido a la complejidad de este contrato y a la falta de doctrina local, el mejor escenario para la aplicación de este contrato es no regularlo, ya que esto haría que pierda su flexibilidad e incurriría en limitaciones y restricciones legales. Este contrato requiere de una investigación profunda y de la elaboración de doctrina, para que pueda en un momento dado se pueda pensar en establecer ciertas regulaciones a cerca del mismo.

No es necesario pretender regularlo por ahora, pero si es un requerimiento específico el poder aplicarlo de una manera correcta, por lo que primeramente debe entenderse en su totalidad, para luego estructurar su operación y no caer en errores legales.

El *joint venture*, implica un proyecto que no solamente se lo puede ver desde el punto de vista legal, sino que también requiere de asesoría técnica económica, financiera y comercial para determinar la factibilidad de un determinado proyecto, pero debemos decir que sin la injerencia legal que permite establecer correctamente los acuerdos a los que se llega en tal proyecto no es posible materializar dicho emprendimiento. El protocolo de intenciones o la carta de intención, el contrato preliminar y el contrato-base, serán los ejes que permitan el normal desarrollo de la posterior operación del *joint venture*, independientemente de cómo se instrumente esta figura, es decir de una forma contractual o creando una nueva persona jurídica para alcanzar el objetivo planteado por lo *co-ventures*.

Debemos recordar que la gestión del *joint venture*, implica la ejecución conjunta de los *contratos satélites* que se derivan del contrato-base y que solamente la celeridad jurídica podrá establecer una correcta aplicación de ambos. A esto, debe sumarse también la correcta interpretación de la ley donde se vaya a celebrar dicho contrato, con la finalidad de no contravenir las disposiciones legales que en ese lugar se establezcan y así encontrar la armonía legal necesaria entre las cláusulas

que han acordado las partes y dichas regulaciones; lo que permitirá el desarrollo positivo de la operación de este contrato.

Pensamos que este contrato definitivamente es una figura jurídica beneficiosa para el desarrollo económico de los sectores productivos de todo aquel estado que pretenda evolucionar hacia la apertura de la inversión extranjera con miras a plasmar el desarrollo de su población.

Hoy en día los países que han dejado atrás el proteccionismo estatal y han tenido la responsabilidad de encontrar las vías necesarias para mejorar su economía por medio un conjunto de factores beneficiosos para éstos, son los que lideran en aspectos económicos, políticos, sociales y culturales. El bienestar de los pueblos se ve reflejado en la calidad de vida de las personas que habitan en ellos, y necesariamente esa cualidad requiere de un esfuerzo de todos para su desarrollo.

En el Ecuador existen muchos recursos que pueden ser explotados de manera sustentable, los recursos naturales que poseemos son invaluables y por medio de un adecuado y controlado uso, se puede contribuir al desarrollo del país. La mano de obra a pesar de la dolarización no es un recurso demasiado caro para las empresas por lo que también se debería aprovechar esto y así contribuir a crear plazas de trabajo y parar la migración excesiva en búsqueda de mejores días.

Este tipo de contratos, estamos seguros que pueden contribuir de una manera beneficiosa a la economía nacional; por tanto, se debe promocionar la aplicación no solamente del *joint venture*, sino también la de todo aquel instrumento legal que persiga mejorar el aparato productivo local y extranjero.

Para finalizar, es necesario señalar que las ventajas y beneficios que puede traer la aplicación del *joint venture* son varias, entre las principales podemos encontrar las de tipo tributario, operativo, económico, político, social, tecnológico y cultural.

RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se establezcan en este trabajo tendrán el objeto de contribuir a la enseñanza acerca del contrato de *joint venture* y de esta manera aportar al progreso de nuestro país.

Debemos decir, que si bien se ha investigado profundamente este contrato y se ha llegado a la conclusión de que es un instrumento jurídico muy beneficioso para el mejoramiento económico del país, queda mucho por hacer e investigar.

Esta tesis pretende aportar a los conocimientos sobre este tema y plantea una hipótesis que se la ha podido demostrar teóricamente, por lo que pensamos que bien podría ser objeto de elaboración de una tesis posterior en la que se pretenda demostrar tal aplicación desde un punto de vista práctico.

Es de esperar que en un mediano plazo en base a este tipo de investigaciones, se colabore para poner en práctica este contrato en nuestro país y así permitir que se haga un análisis práctico como el que lo hemos hecho con los ejemplos prácticos de la empresa estatal chilena **“CODELCO”** y la empresa petrolera venezolana **“PETROZUATA C.A.”**

Por otra parte, es recomendable también que se realicen estudios y trabajos de investigación en las facultades de jurisprudencia de nuestro país

en cuanto a este tipo de contratos, ya que a partir de esto con el tiempo, se podrá construir una sólida doctrina que facilite su aplicación y permita que se regulen aspectos que impulsen la celebración de este contrato.

Finalmente, es imperioso establecer que en la Constitución Política del Ecuador, que actualmente está vigente, existen disposiciones tal como las hemos analizado, que sin duda contribuyen al progreso de este país, y que éstas deben ser respetadas en la próxima Asamblea Constituyente que reformará a la actual Constitución, creemos que sería sumamente perjudicial para el país y para todos los ecuatorianos, el no respetar dichas normativas, ya que se estaría atentando contra la libertad que tiene todo ser humano para buscar una mejor calidad de vida en base a esfuerzo y sacrificio. Por lo tanto, es necesario exigir que los próximos asambleístas protejan toda aquella norma que busque el desarrollo nacional, así como solicitar que se vele por la creación de este tipo de normas.

En cuanto al *joint venture*, por medio de este trabajo investigativo y la tesis planteada, podemos afirmar que su aplicación correcta, como dijimos es posible en nuestro país y que sentamos un precedente para que en lo posterior se tenga presente que mediante el mismo se pueden alcanzar grandes objetivos para nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- BAQUERO TENESACA, PATRICIO: *Alianzas Estratégicas en la Industria del Petróleo. Colección Reverdecer*. Quito 2001.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO: *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Bogotá 1998.
- CEVALLOS VASQUEZ, VICTOR: *Manual de Derecho Mercantil*, 3ra Edición, Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2002.
- CLERI CARLOS A. R. : “Estrategias de Alianzas” en un escenario de creciente globalización. 2º Edición, Ediciones Macchi. Buenos Aires 1999.
- DE LA MADRID ANDRADE, MARIO: “El Joint Venture” Los Negocios Jurídicos Relacionados. Editorial Porrúa, México DF 2005.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA
- FARINA M, JUAN: “Contratos comerciales modernos” Modalidades de contratación empresaria Tomo 2. 3º Edición, Editorial Astrea. Buenos Aires 2005.
- INCAE: Caso Práctico 24992: “PETROLERA ZUATA, PETROZUATA C.A.” Costa Rica 200.
- LASETER, TIMOTHY M: “Alianzas estratégicas con proveedores” Un modelo de abastecimiento equilibrado. Grupo Editorial Norma. Bogotá 2000.
- LE PERA, SERGIO: “Joint Venture y Sociedad” Acuerdos de Coparticipación empresaria
- MARZORATI, OSVALDO J: *Alianzas estratégicas y joint ventures*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1996

- MARZORATI, OSVALDO J: Derecho de los Negocios Internacionales. Tomo I y II.
- NARBONA VÉLIZ, HERNÁN: "Joint Ventures" La estrategia asociativa. Seminario Taller Internacional.
- PAULEAU, CHRISTINE: El régimen jurídico de las "joint ventures". Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia 2003.
- RAMOS VÁZQUEZ, SERGIO: "El Fideicomiso Mercantil como Herramienta Financiera en el Desarrollo Productivo Nacional" Tesis previa a la obtención del Título de Doctor en Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la República. Cuenca 2005.
- RÍOS GARCÍA, MIRIANS: Joint Ventures. Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile 2001.
- SIERRALTA RÍOS, ANÍBAL: Joint Venture Internacional. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1995.
- SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS: Conglomerados Empresariales. 2004
- TANGANELL I BERNADES, DAVID: Joint Ventures Internacionales entre Pymes de la Unión Europea. Civitas Ediciones, Madrid 2004.
- TRIGO, JOAQUÍN Y DRUDIS, ANTONI: "Alianzas Estratégicas" Las claves y la práctica de la cooperación entre empresas. Gestión 2000.

- CÓDIGOS Y LEYES DEL ECUADOR:
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR.
- CÓDIGO CIVIL.
- CÓDIGO DE COMERCIO.

- LEY DE COMPAÑÍAS DEL ECUADOR.
- LEY DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO
- LEY DE MERCADO DE VALORES
- REGLAMENTO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN

- PÁGINAS WEB:

- www.centronegocios.cl

- www.Suarezconsultoría.com
- www.gestiopolis.com/canales4/eco/debijoin.htm
- home.earthlink.net/~fpearce/Jointventure.html
- www.inmocomodoro.com/asociaciones.htm
- www.esemanal.com.mx/articulos
- www.infoworld.com/article/05/12/20/HNlenovophone
- www.ohjv.org/
- www.rwbjv.org/
- www.answers.com/topic/joint-venture