

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES

SIN PERSONALIDAD JURÍDICA.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE

Tesis para optar al título profesional de Magíster en Derecho Mención: Derecho Privado

AUTOR:

JUAN CRISTÓBAL SOTOMAYOR STEPHENS

Profesor guía: Juan Pablo Román Rodríguez

Santiago, Chile 2004

RESUMEN . . .	5
INTRODUCCIÓN . . .	6
CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES . . .	8
1.1. El contrato. . .	8
1.1.1. Concepto de contrato. . .	8
1.1.2. Elementos del contrato. . .	8
1.1.3. Tipos de contratos. . .	9
1.1.4. Efectos de los contratos. . .	10
1.1.5. Disolución de los contratos. . .	12
1.2. La libertad contractual. . .	12
1.2.1. Concepto. . .	12
1.2.2. Límites a la libertad contractual. . .	13
1.2.3. Extensión de la libertad contractual. . .	14
1.3. Los contratos que generan vínculo asociativo. . .	15
1.4. La personalidad jurídica. . .	16
1.4.1. Concepto de persona jurídica. . .	16
1.4.2. Atributos de las personas jurídicas. . .	18
1.4.3. Finalidad de las personas jurídicas. . .	20
1.4.4. Su extinción. . .	21
CAPÍTULO II LA EMPRESA EN EL DERECHO . . .	23
2.1. Concepto económico-comercial de empresa. . .	23
2.2. Concepto jurídico de empresa: . . .	24
2.2.1. Hacia una noción jurídica de empresa. . .	24
2.2.2. Tratamiento de la empresa en el Derecho chileno. . .	26
2.2.3. Reconocimiento legal de la realidad económica. . .	27
2.2.4. Recepción del término “empresa” en la Ley. . .	28
2.2.5. La empresa unipersonal de responsabilidad limitada. . .	30
2.3. Reflexiones sobre la opción tomada por el legislador. . .	31
CAPÍTULO III LA COLABORACIÓN EMPRESARIA . . .	33
3.1. Concepto e importancia. . .	33
3.2. Formas en que se manifiesta. . .	35
3.3. Cooperación empresaria, alianzas estratégicas y Joint Venture. . .	37
3.4. La colaboración en la pequeña y mediana empresa. . .	40
3.5. Reconocimiento, regulación y protección de la colaboración empresaria en Chile. . .	42
3.6. La experiencia de la Comunidad Europea. . .	44
CAPÍTULO IV LA EMPRESA CONJUNTA (JOINT VENTURE) . . .	47
4.1. Concepto. . .	47
4.2. Funciones. . .	51
4.3. Diferencias respecto de otras formas de colaboración empresaria. . .	53
4.3.1. Respecto del contrato de sociedad. . .	54
4.3.2. Respecto de la asociación o cuentas en participación. . .	55

4.3.3. Respeto de las fusiones de empresas.	56
4.3.4. Respeto de los acuerdos de cooperación empresaria.	56
4.3.5. Respeto de las agrupaciones de colaboración del Derecho argentino.	57
4.4. Formas o modalidades del Joint Venture.	58
4.5. El Joint Venture como figura asociativa (Joint Venture societario).	60
4.6. Consagración y regulación del Joint Venture en Chile.	63
CAPÍTULO V ASPECTOS FUNCIONALES DEL JOINT VENTURE	65
5.1. Motivaciones para celebrar un Joint Venture.	65
5.1.1. Ventajas administrativas.	65
5.1.2. Ventajas económicas.	66
5.1.3. Ventajas de orden macroeconómico.	67
5.2. Administración de la Empresa Conjunta.	67
5.3. Control conjunto y deberes fiduciarios en el Joint Venture.	70
5.3.1. El control conjunto como requisito esencial del Joint Venture.	70
5.3.2. El deber de fidelidad en la Empresa Conjunta.	71
5.3.3. Solución de los conflictos entre los partícipes del Joint Venture.	72
5.4. Responsabilidad civil de los Joint Ventures frente a obligaciones con terceros. Cesación de pago de obligaciones asumidas por éste.	74
5.5. Joint Venture y libre competencia.	79
5.6. Tratamiento tributario de la Empresa Conjunta.	81
CAPÍTULO VI CONSECUENCIAS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL JOINT VENTURE	85
6.1. El Joint Venture como contrato atípico.	85
6.1.1. ¿Es el Joint Venture un contrato?	85
6.1.2. Consecuencias de la “importación” de Joint Ventures a nuestro país.	86
6.1.3. Consecuencias de la atipicidad de la Empresa Conjunta.	87
6.1.4. La atipicidad de los contratos ante la jurisprudencia.	88
6.2. Del derecho a asociarse.	90
6.3. Taxatividad de las personas jurídicas.	92
6.4. Efectos y consecuencias de la falta de personalidad jurídica en las asociaciones de hecho.	93
6.5. Motivaciones para legislarlo.	96
6.6. Motivaciones para no legislarlo.	98
CONCLUSIONES	101
BIBLIOGRAFÍA	106

RESUMEN

La actividad comercial moderna ha incorporado en forma masiva la utilización de figuras asociativas atípicas distintas a las tradicionales, en particular de los contratos denominados “de colaboración empresaria”, entre los que destaca el Joint Venture.

De ello es posible intuir que el actuar empresarial hoy en día requiere de mecanismos flexibles que le permitan desenvolverse en forma dinámica en la consecución de sus fines y ello debido a que el ejercicio de ciertas actividades empresariales exige una celeridad y flexibilidad, que no es posible encontrar en las figuras reguladas por el ordenamiento jurídico, como lo son las sociedades. Sin embargo, la utilización de mecanismos de asociación no regulados por la ley trae aparejada la ausencia de personalidad jurídica para la agrupación, lo que pareciera constituir una gran desventaja para la consecución de sus fines.

Es por ello que, a través del estudio de las normas generales que nuestra legislación establece para los contratos y para las asociaciones, se explicará porqué los empresarios optan por renunciar a los beneficios que les otorga organizarse bajo el alero de la legislación positiva, para actuar desprovistos de una identidad grupal propia y bajo reglas aparentemente difusas.

INTRODUCCIÓN

No obstante ser, el Joint Venture, una figura asociativa que no encuentra su origen en la legislación chilena, esta forma de agrupación jurídica-económica está siendo utilizada de una manera impresionante en nuestra realidad económica y comercial, en particular en la gran empresa.

Desde una perspectiva jurídica, esta forma de “aventura” conjunta es posible conceptualizarla como un contrato por el cual dos o más empresarios se vinculan para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener de ella una utilidad o la solución de un problema que les afecta¹. Así visto, el Joint Venture no difiere en gran medida de otras figuras contractuales reguladas jurídicamente, como lo son el contrato de trabajo, el de suministro o el pacto social. Es por ello que para caracterizar distintivamente a esta modalidad de colaboración empresaria, será necesario traspasar la barrera de la realidad jurídica positiva, dando espacio a un punto de vista operacional o funcional, desde el cual el Joint Venture no es más que un acuerdo de aunar de manera temporal, esfuerzos empresariales, con vistas a un negocio de interés común.

Pese lo anterior, e incluso habiendo incorporado una dinámica que escapa el límite de las normas y regulaciones jurídicas a nuestro campo de estudio, parece difícil distinguirlo de las compañías o sociedades, en las cuales también existe una unión de dos o más personas que miran a emprender un negocio y repartirse los beneficios que éste genere. Sin embargo, una de las más grandes diferencias que ostentan aquellas uniones “de hecho”, por decirlo de alguna manera, respecto de aquellas figuras que generan un vínculo más permanente –como lo son las sociedades– radica en su falta de personalidad jurídica, y por consiguiente en la ausencia de consagración o regulación inmediata en nuestro derecho. Sabemos que nuestra Constitución Política de la República atribuye el beneficio de la personalidad jurídica a aquellas agrupaciones que se encuentren constituidas en conformidad a la ley, por lo que la falta de una legislación que la reconozca y regule trae aparejada necesariamente la carencia de dicho atributo.

Sin embargo, y pese a la validez de los argumentos expuestos, en la práctica los empresarios han obviado la ausencia del beneficio que importa el nacimiento de un ente distinto a sus dueños, provisto de un patrimonio propio e independiente, aprovechando otro tipo de ventajas, las que al parecer serían suficientes como para ignorar el uso de otras figuras, esta vez positivamente consagradas.

Es esta tendencia a la innovación la que pretendemos estudiar e intentar explicar. En otras palabras, creemos que vale la pena estudiar al Joint Venture desde la perspectiva de lo que se busca obtener recurriendo a él, analizarlo a partir de los objetivos y las finalidades que se persiguen en la alianza empresarial por la vía del Joint Venture, para así comprender la importancia, favorable o adversa, de las características peculiares de esta figura sui generis tan empleada en la actividad mercantil e industrial moderna.

En tal entendido, el objetivo final del proyecto que pretendemos desarrollar será demostrar, a partir del estudio de las ventajas y desventajas que ofrece la falta de regulación jurídica positiva, y por ende de personalidad jurídica, en un contrato que genera vínculos asociativos -como lo es el Joint Venture-, que la actividad empresarial y comercial moderna requiere de mecanismos flexibles que le permitan desenvolverse en forma dinámica en la consecución de sus fines. En otros términos,

¹ Uno de los objetivos del presente trabajo de investigación es encontrar un sentido técnico a los términos “empresa”, “utilidad” y “asociación”, tan usados en el lenguaje económico, pero francamente controvertidos en la jerga jurídica. Por ahora nos limitaremos a utilizarlos en el sentido que a estos se le atribuye en la actividad comercial.

intentaremos afirmar que hoy en día, el ejercicio de ciertas actividades empresariales necesita imperiosamente zafarse de la rigidez propia de los estamentos legales existentes, para acceder a nuevos requerimientos de celeridad y flexibilidad, los que poseen un valor infinitamente superior al de la seguridad que otorga una figura regulada expresamente por el ordenamiento jurídico que, –además- concede a sus titulares el beneficio de hacer nacer un ente distinto a sus dueños. Con ello queremos explicar, en definitiva, porqué los empresarios están dispuestos a renunciar a los beneficios que les otorga organizarse bajo el alero de la legislación positiva, para actuar en la esfera económica bajo reglas aparentemente difusas y particulares.

Sin embargo, para lograr explicar este fenómeno será necesario previamente abordar una serie de temas de difícil conceptualización jurídica, como lo son “la empresa”, “la colaboración empresaria” y “el beneficio o utilidad”, entre otros, los que serán enfocados como objetivos accesorios a la solución de la interrogante planteada.

Pues bien, para lograr demostrar la hipótesis que nos hemos propuesto, analizaremos a fondo la institución del Joint Venture, rastreando su origen y evolución en la práctica de los negocios y en la normativa existente en Chile y en el extranjero, precisando su esencia, forma y rasgos peculiares.

Para ello partiremos refiriéndonos a los contratos en general y a la libertad contractual, ambos tópicos vistos desde una perspectiva conceptual y abstracta.

Desde ahí, abordaremos una especie dentro del género contrato, y que se refiere a aquellas figuras que crean vínculos estables entre los contratantes, sean éstos transitorios o permanentes.

Luego estimamos importante referirnos a la personalidad jurídica, como entidad capaz de desenvolverse en forma autónoma en el mundo del Derecho. Por tanto, reflexionaremos no sólo respecto de lo que ésta es, sino que también a quienes pueden gozar de sus beneficios, profundizando principalmente en las consecuencias de su existencia y su trascendencia práctica en el mundo jurídico, comercial y económico de hoy.

Para terminar esta parte conceptual o teórica deberemos hilar en torno al concepto de empresa. Para ello habrá que comenzar esbozando sus acepciones etimológicas y naturales, para seguir con sus significados comerciales o funcionales. Obviamente, a continuación nos corresponderá internarnos en lo que nuestro ordenamiento jurídico entiende por empresa -si es que en alguna parte lo aborda-, esta vez desde una perspectiva conceptual.

En un siguiente capítulo, hablaremos de la colaboración empresaria en general, de sus manifestaciones y su trascendencia en la esfera de los negocios y del comercio.

Después de referirse al género, consideramos trascendente tratar al Joint Venture como figura jurídica. Es de nuestro interés no ahondar demasiado en aspectos formales y teóricos, sino más bien tratar el tema enfocado a lo que vendrá más adelante: su relación con la personalidad jurídica y con su tipicidad legal.

Estos dos últimos tópicos, que serán lo grueso del trabajo de investigación, tendrán como objetivo central indagar acerca de si es útil o necesario atribuirle personalidad jurídica y/o legislar respecto del Joint Venture. Para reflexionar en torno a lo anterior, será esencial enunciar y desarrollar las consecuencias jurídicas (y por qué no económico-comerciales) que cada una de las posibilidades arroja.

Por último, terminaremos nuestro trabajo de investigación con un capítulo aparte, destinado exclusivamente a extender las conclusiones a que se llegó como resultado de nuestro estudio.

CAPÍTULO I ASPECTOS GENERALES

1.1. El contrato.

1.1.1. Concepto de contrato.

En forma simultánea al nacimiento de las primeras sociedades, nace el contrato como una herramienta capaz de canalizar jurídicamente las necesidades más simples de intercambio. La calidad de animal social del ser humano lo instiga a relacionarse con sus pares económicamente, siendo el contrato el vehículo que mueve esta relación.

De este modo aparece el contrato como un instrumento despersonalizado, apto para el constante flujo de bienes y servicios indispensables para la vida cotidiana en una civilización de consumo, como la actual. Múltiples contratos son negocios menores, de trámite rapidísimo, puramente manuales, en los que ni siquiera media conciencia de estar contratando. No pocas convenciones se celebran a través de máquinas automáticas. El acuerdo de voluntades, si existe, pasa desapercibido.²

Sin embargo, y a medida que las necesidades sociales han ido evolucionando, la forma de canalizar las relaciones comerciales tendientes a satisfacer dichas necesidades, se ha tornado cada vez más compleja, elaborándose sofisticadas convenciones destinadas a regularlas en forma eficiente.

De este modo, y al alero del principio de libertad contractual, las estructuras económicas modernas se las han ingeniado para desarrollar las más complejas figuras, tendientes a ofrecer soluciones a necesidades que hasta pocos años no existían. Es el caso de los contratos de colaboración empresaria, que estudiaremos en las páginas que siguen.

La doctrina está conteste en definir al contrato como un acuerdo de voluntades de dos o más personas tendiente a crear derechos y obligaciones. Este concepto abarca todo acuerdo de voluntades que tenga el objeto indicado, tengan o no efectos en el campo patrimonial.

Los contratos, vistos desde esa perspectiva, son el vehículo idóneo para conducir las múltiples y diversas formas en que las personas se relacionan entre sí, en materia patrimonial, pero también en el ámbito social, cultural o familiar.

1.1.2. Elementos del contrato.

De conformidad con nuestro derecho civil, para que una persona se obligue a otra a través de un contrato es necesario:

a. Que sea legalmente capaz. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. La regla general en esta materia la establece el artículo 1.446 del Código Civil, que establece que “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la Ley declara incapaces”. Las incapacidades,

² López Santamaría, Jorge, “Los Contratos. Parte General”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pág. 6.

a su turno, están determinadas básicamente por la falta de madurez o de discernimiento en la toma de decisiones.

b. Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. No basta ser capaz, para obligarse es necesario consentir libremente en el acto que se celebra.

c. Que recaiga sobre un objeto lícito. El objeto de un contrato es el conjunto de derechos y obligaciones que nacerán de su celebración. La Ley prohíbe los contratos que no tienen un objeto lícito, como aquellos que versan sobre cosas que se encuentran fuera del comercio humano, o que tienen la calidad de intransferibles.

d. Que tenga una causa lícita. Por último, nuestra legislación exige que, en materia contractual, todo acuerdo de voluntades tenga una causa y que ésta sea lícita. La causa es la finalidad perseguida por el acto y por tanto, son causas ilícitas las prohibidas por la Ley y las contrarias a las buenas costumbres o al orden público.

1.1.3. Tipos de contratos.

Teniendo presente la amplitud del concepto de contrato, nuestro Código Civil desarrolla en el título primero de su libro cuarto, una clasificación a partir de sus principales características. De ahí se establecen las siguientes categorías de contrato:

a. Dependiendo del número de partes que resultan obligadas por el acto, los contratos pueden ser unilaterales y bilaterales. La doctrina, basándose en el mismo criterio, agrega un tercer grupo de contratos, cuales son los plurilaterales o multilaterales. Esta última categoría nos interesa de sobremanera, toda vez que pertenece a esta especie todo acuerdo tendiente a agrupar o asociar a dos o más personas.

El profesor López Santamaría define a los contratos plurilaterales como “aquellos que provienen de la manifestación de voluntad de más de dos partes, todas las cuales resultan obligadas en vistas de un objetivo común”.³ Trataremos más adelante las particulares características de este tipo contractual, con especial detención en los efectos jurídicos que éstos generan.

b. Dependiendo de si los beneficios de la convención aprovecharán a ambas partes, o bien, a sólo una de ellas los contratos se clasifican en gratuitos y onerosos. Los contratos onerosos, a su vez pueden serlo de modo conmutativo o aleatorio, según si existe una cierta equivalencia entre las prestaciones, o bien, una de las partes asume una contingencia incierta de ganancia o pérdida.

c. Dependiendo de si subsisten por sí mismos o requieren de otro al que acceden existen contratos principales y accesorios.

d. Una última clasificación expresamente consagrada por la Ley es la que los agrupa en contratos consensuales, solemnes o reales. Los primeros son aquellos que para su perfección basta el solo consentimiento de las partes. Son solemnes cuando están sujetos a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no producen efectos civiles. Por último, cuando para la perfección del contrato es menester la tradición de la cosa a que se refiere, hablamos de contratos reales.

Junto con las anteriores clasificaciones, la doctrina ha agregado otras que resulta relevante revisar:

³ López Santamaría, Jorge, Ob. Cit., págs. 76 y 77.

a. Dependiendo de si se encuentran establecidos y regulados por la Ley, los contratos pueden ser típicos o nominados y atípicos o innominados. Veremos más adelante que el principio que rige la materia es el de la libertad contractual, mediante la cual es posible concurrir a cualquier acuerdo de voluntades, esté o no tratado y regulado por la Ley.

b. Los contratos pueden ser, además, libremente discutidos y de adhesión. Los primeros son aquellos cuyo contenido nace de la negociación que las partes, en igualdad de condiciones, convengan. Por el contrario, son contratos de adhesión aquellos cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes y la otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas⁴.

c. Los contratos, por último, pueden nacer para producir sus efectos de inmediato, extinguiéndose por tanto, una vez cumplidas las obligaciones que de éstos nacen, o bien, pueden prever efectos sostenidos en el tiempo, generando derechos y obligaciones que nacerán y se extinguirán sucesivamente mientras dure su vigencia. En primer caso hablamos de contratos de ejecución instantánea, o de ejecución diferida si las partes, de común acuerdo, postergan el nacimiento de la obligación. En el segundo, de contratos de tracto sucesivo.

1.1.4. Efectos de los contratos.

El contrato arranca su fuerza obligatoria de la voluntad de las partes. Es lógico, por consiguiente, que sus efectos queden limitados o circunscritos a las personas que consintieron.⁵

Este principio, denominado por la doctrina como efecto relativo de los contratos no se encuentra establecido en forma expresa en nuestro derecho, pero se desprende de la norma del artículo 1.545 del Código Civil que limita la fuerza obligatoria del contrato exclusivamente a las partes que lo suscribieron.

Sin embargo, además de las partes, existen terceras personas que pueden eventualmente beneficiarse o sufrir menoscabos a causa del contrato. Es por ello que revisaremos primero los efectos de los contratos entre las partes, y luego, las consecuencias que éstos puedan generar respecto de terceros.

a. Efectos entre las partes:

La norma fundamental en relación al efecto de los contratos respecto de las partes la establece, en nuestro derecho, el artículo 1.545 del Código Civil, que de manera enérgica eleva a la calidad de “Ley” las obligaciones asumidas por éstas a través de un contrato.

Este apelativo de “Ley” que usa el precepto aludido, no se condice con la definición que de ésta establece el artículo primero del código de Bello⁶. Sin embargo, y partiendo del supuesto que al consagrar la ley del contrato el legislador ha empleado el término de

⁴ Los contratos de adhesión abundan en la vida cotidiana. A modo de ejemplo, al momento de subirse a un bus de locomoción colectiva y pagar el valor del pasaje, se está celebrando, entre el conductor y el usuario, un contrato de transporte de pasajeros. El pasajero puede tomar el bus o no hacerlo, pero si decide tomarlo no podrá discutir los términos del contrato. En otras palabras, le será imposible negociar el valor del servicio prestado o el recorrido que efectuará el vehículo abordado.

⁵ Meza Barros, Ramón, “Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones”, Tomo I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 21.

⁶ El artículo primero de nuestro Código Civil define a la Ley como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

modo metafórico, esta idea resulta bastante ilustrativa para comprender los alcances de los efectos que el contrato produce.

En efecto, dijimos que todo contrato válidamente celebrado obliga firmemente a las partes que concurrieron a su celebración. Pero, además, las estipulaciones de un contrato deben ser respetadas por los jueces cuando conozcan de conflictos relacionados con el cumplimiento de obligaciones nacidas de un acuerdo de voluntades. Éstos no pueden vulnerar el contenido de un contrato legalmente celebrado.

Además, las normas sobre interpretación contractual que establece el título XIII del libro cuarto del Código Civil privilegian la voluntad o intención de los contratantes, cuando ésta es claramente conocida, lo que supone una autonomía plena amparada en las motivaciones reales que tuvieron en vista las personas a la hora de convenir en un acto jurídico.

Por último, el efecto de los contratos respecto de las partes, debe siempre ser entendido a la luz del principio de la buena fe contractual. Los contratos no sólo obligan a las partes a cumplir las obligaciones que expresamente asumieron, sino que obligan a éstas a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. A modo de ejemplo, si una persona compra a otra cinco litros de agua, no bastará que el vendedor le entregue a ésta el producto que ha comprado. Deberá convenir con el comprador, además, los medios para que pueda transportarse o consumirse el líquido adquirido.

b. Efectos de los contratos respecto de terceros:

Como hemos señalado, los contratos sólo crean derechos y obligaciones para quienes son parte de la convención. Sin embargo, existe una excepción a esta regla, que la constituye el llamado “efecto expansivo de los contratos”. Este principio, en términos prácticos, consiste en que, en determinados casos, las partes pueden oponer los contratos a terceros, o bien, en que los terceros pueden impugnar o prevalecerse de contratos en los cuales no han sido partes.

En el primer caso los terceros pueden verse afectados por contratos de los que no son parte. Esto ocurre en algunos casos, como por ejemplo:

- En la verificación de un crédito en una quiebra. Es posible oponer un crédito contractual a los restantes acreedores, quienes deberán respetarlo.
- En los recursos de protección deducidos contra actos de particulares o de la administración. El órgano jurisdiccional competente podrá, a solicitud de un tercero, dejar sin efecto contratos de los que no es parte, cuando éstos le produzcan privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de un derecho protegido constitucionalmente.

En segundo lugar, existen casos en que ciertas personas pueden prevalecerse de contratos de los que no son parte, como por ejemplo:

- En la declaración de nulidad absoluta de un contrato, solicitada por un tercero que no ha sido parte del mismo. El artículo 1.683 del Código Civil otorga acción para pedir la nulidad absoluta de un acto o contrato a toda persona que tenga de un interés actual y de carácter patrimonial en ello.
- En las acciones de terceros en caso de contratos en fraude a la ley y contratos simulados, como por ejemplo, la acción pauliana o revocatoria.
- Por último, el Fisco se puede prevalecer de los contratos celebrados por los contribuyentes, con el objeto de concluir la existencia de eventuales créditos tributarios a su favor.

1.1.5. Disolución de los contratos.

Dice un antiguo aforismo que “en derecho las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen”. De esta forma, y aplicando el artículo 1.545 del Código Civil, que tantas veces hemos citado, los contratos pueden ser dejados sin efecto por el mutuo consentimiento de las partes que han concurrido a su celebración, lo que en términos técnicos se denomina resciliación.

La resciliación de un contrato, por regla general, sólo produce efectos hacia el futuro, por lo que de haberse cumplido las obligaciones contractuales, éstas ya se habrán extinguido. Por tanto, la resciliación de un contrato cumplido hace nacer nuevas obligaciones, que serán todas aquellas necesarias para deshacer lo que se ha hecho.

Se extinguen, también, los contratos por su resolución, esto es, por haberse cumplido una condición resolutoria, en especial la que regula el artículo 1.489 del Código Civil⁷.

La condición resolutoria suprime los efectos, presentes y futuros, del contrato. No obstante lo anterior, en los contratos de tracto sucesivo, debido a su particular naturaleza, produce sólo efectos para el futuro. En este caso la resolución se denomina *terminación*.

Cuando un contrato adolece de vicios, las partes pueden solicitar al juez que declare su nulidad. La nulidad judicialmente declarada de un contrato importa volver a las partes al estado anterior a su celebración, por lo que produce efectos retroactivos.

Por último, algunos contratos tienen una especial forma de terminación. Así por ejemplo, el mandato termina por muerte o renuncia del mandatario, y el arrendamiento termina por la llegada del plazo por el que se acordó arrendar la cosa, objeto de éste.

1.2. La libertad contractual.

1.2.1. Concepto.

Con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de la libertad contractual, (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye la piedra angular de la disciplina general del contrato.⁸

El artículo 1.545 de nuestro Código Civil señala que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Sin embargo, nuestra legislación civil y comercial no establece un catálogo de los contratos que de ser celebrados por las partes gozarán del privilegio de ser una ley para estas, sino que se limita a tipificar y regular algunos de ellos, entregando al ingenio de las personas el derecho a obligarse creando la figura que mejor interprete sus particulares intenciones negociales. Esto se traduce en la amplísima facultad de obligarse incluso a través de contratos distintos a los concebidos por la Ley.

⁷ El artículo 1.489 de nuestro Código Civil establece que “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*”.

⁸ Messineo, Francesco, “Doctrina General del Contrato”. Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952, pág. 15.

En tal sentido, la libertad contractual es la manifestación más concreta del principio de la autonomía de la voluntad, que inspira nuestro derecho civil patrimonial, y consiste en el derecho a elegir si desea o no celebrar un contrato; y en el evento que lo desee, el contenido del contrato y la persona con la cual lo celebrará.

Es, por tanto, la libertad contractual el principio supremo que guía el orden de los contratos, y establece su particular forma de creación, funcionamiento, interpretación, integración y extinción. La libertad es la regla general en esta materia, y por ende, las limitaciones o restricciones que pretendan infringir este derecho deberán siempre ser impuestas en forma expresa.

Siguiendo en parte a Francesco Messineo⁹, el principio de la libertad contractual puede tomarse en varias acepciones:

a. En primer lugar, libertad contractual significa que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato.

Sabemos que en los tiempos actuales este principio se infringe a diario a través de los contratos de adhesión, en los cuales una de las partes impone a la otra el contenido del contrato y la otra se limita a adherir a éste. Este tipo contractual, que ya revisamos al momento de esbozar una clasificación de los contratos, constituye una limitación al principio de la libertad contractual, y como tal la volveremos a tratar más adelante, en lo que respecta a las limitaciones que observa el principio en estudio.

b. Una segunda acepción dice relación con que las partes de un contrato son libres para convenir su contenido, siempre que se respeten las normas legales imperativas del régimen contractual vigente.

c. Libertad contractual implica, también, el derecho de las partes de derogar las normas que la Ley ha establecido como supletorias de la voluntad de los contratantes, y que nuestra doctrina ha denominado “elementos de la naturaleza de los contratos”.

d. Un último significado de la libertad contractual se refiere a la posibilidad que tienen las personas de crear contratos con finalidades prácticas aún no previstas por la Ley. Será menester que dichos contratos se dirijan a realizar intereses jurídicos merecedores de tutela, de acuerdo al ordenamiento jurídico. Hablamos en este caso, de la creación de contratos atípicos o innominados.

1.2.2. Límites a la libertad contractual.

No obstante los numerosos alcances que la libertad contractual posee, este principio se encuentra circunscrito al ámbito del derecho patrimonial, excluyéndose, por tanto, los contratos que tienen un interés público o superior, como por ejemplo, el matrimonio.

Existe, también, un segundo nivel de limitaciones a la libertad contractual, y que consiste en el respeto a la Ley, al orden público y a las buenas costumbres. En otras palabras, el ejercicio de la libertad contractual debe enmarcarse dentro de un objeto y una causa lícitos. Si ello no es así el contrato adolecerá de nulidad absoluta.

Por último, existe un conjunto de limitaciones a la libertad contractual y que está conformado por restricciones impuestas por el mercado, o bien por el Estado para corregir los efectos del mercado. Hablamos ahora de los contratos de adhesión, los contratos

⁹ Messineo, Francesco, Ob. Cit. págs. 16 y 17.

dirigidos y los contratos forzosos. Es a causa de este nivel de limitaciones, que se nos puede imponer todo o parte del contenido del acto, o bien, la persona del cocontratante.

La libertad contractual en esta categoría contractual aparece francamente debilitada, quizás eliminada, por razones de conveniencia social. El legislador no ha podido sino aceptar su existencia debido a que muchos de los negocios modernos se realizan en volúmenes masivos, o bien, requieren de una decisión inmediata para que produzcan los efectos deseados¹⁰. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha paleado parcialmente la desigualdad que los contratos de adhesión produce, protegiendo siempre a la parte débil¹¹.

1.2.3. Extensión de la libertad contractual.

Hemos señalado que la libertad contractual consiste en el derecho a decidir si se desea o no contratar, y de hacerlo, en que condiciones se contratará. Sin embargo, esta libertad debe ser entendida en término bastantes más amplios, toda vez que presupone, al menos, tres grandes dimensiones o esferas de protección.

En primer lugar nuestro ordenamiento jurídico protege la libertad de elección del acto, que consiste en la posibilidad de optar por el tipo de contrato que se celebra. Esta esfera permite incluso acudir a figuras innominadas o atípicas, que son aquellas que no se encuentran reguladas por la Ley. Hoy en día, la tendencia es recurrir cada vez con mayor frecuencia a figuras no reglamentadas, como el *know-how*, las transferencias de tecnología, el *franchising* y muchas otras provenientes del derecho anglosajón.

Es esta dimensión de la libertad contractual la que nos permite fundar nuestros cimientos para el desarrollo del presente trabajo de investigación. Precisamente de la imposibilidad del legislador de prever todas las eventuales combinaciones del universo contractual, nace la necesidad de precisar la regulación y la normativa que les será aplicable a aquellas figuras contractuales no consideradas, y por ende, no reglamentadas por la Ley.

En segundo lugar, la libertad contractual debe ser entendida como libertad de elegir al cocontratante, lo que la doctrina ha denominado *libertad de conclusión*. Dicho de otra forma, habiendo decidido contratar y una vez elegido el contrato deseado, el ordenamiento jurídico nos permite elegir libremente a la persona con la que celebraremos dicho contrato.

Por último, existe una tercera dimensión del principio de la libertad contractual, cual es la libertad de configuración interna, y que consiste en el derecho a discutir libremente el contenido y condiciones del contrato a celebrar.

En resumen, con la sola excepción de las limitaciones que se han señalado, nuestra legislación nos permite una amplísima libertad para relacionarnos con otros individuos a través de los contratos. Esta libertad nos faculta incluso a inventar figuras contractuales distintas a las que se encuentran reguladas en los códigos o en leyes especiales, lo que en

¹⁰ Si cada vez que, por ejemplo, al hacer las compras del mes en un supermercado, tuviéramos el derecho a negociar el valor de la mercadería, la forma de pago y la garantía con que cada uno de los productos adquiridos cuenta, las operaciones de compra no sólo se harían demasiado lentas y engorrosas, sino que además, el vendedor estaría obligado a contar con un especialista que revisara meticulosamente cada una de las operaciones, haciendo más oneroso el negocio para el consumidor.

¹¹ A manera de ejemplo, el inciso segundo del artículo 1.566 de nuestro Código Civil dispone que "... las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella". Además, el artículo 19 de la Ley 18.101, sobre Arrendamiento de Bienes Raíces Urbanos, hace irrenunciables los derechos que ésta confiere a los arrendatarios, por lo que las cláusulas que vulneren tales derechos se deben tener por no escritas.

cierta medida importa la creación voluntaria de derecho, en el entendido que las partes del contrato creado determinarán las normas que regirán su vínculo contractual, en especial los derechos y obligaciones que de éste nacerán.

Si consideramos la norma del artículo 1.545 del Código Civil, que establece la fuerza obligatoria de los contratos, podemos concluir que cada vez que suscribimos un contrato diverso a los tipos existentes, estamos creando normas jurídicas obligatorias para las partes a través de las cláusulas del contrato, y de paso, determinamos su particular forma de interpretación e integración, cuando los contenidos del contrato sean insuficientes para resolver las eventuales disputas que de su aplicación nazcan.

1.3. Los contratos que generan vínculo asociativo.

Hemos visto que, en atención al número de partes que resultan obligadas por un contrato, éstos pueden ser unilaterales, bilaterales o plurilaterales. Sabemos, también, que los contratos plurilaterales son aquellos que provienen de la manifestación de voluntad de más de dos partes, todas las cuales resultan obligadas en vistas de un objetivo común.

Aunque no en demasía, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran regulados algunos contratos plurilaterales. Dentro de este subgénero es posible encontrar una particular especie: aquellos que importan un vínculo asociativo para las partes que concurren a su otorgamiento. Existen, otros que no lo hacen, como por ejemplo, el contrato colectivo laboral. En ellos, solo es posible advertir una mera multiplicidad de partes, por lo que trataremos a continuación sólo el primer grupo indicado, que es el que nos llevará a comprender el objeto final de este trabajo de investigación.

La importancia de los contratos que generan un vínculo asociativo entre sus partícipes no radica en el hecho que deba concurrir la participación de más de dos partes, sino que su nota distintiva se encuentra en la dirección que toman -en esta clase de actos- los derechos y obligaciones que nacen de los mismos. Por lo demás, contratos de este tipo expresamente consagrados por nuestra legislación, como lo son las diversas formas de pacto social por ejemplo, pueden perfectamente celebrarse por sólo dos partes.

Pues bien, en los contratos de esta especie desaparece un elemento común al resto de los actos conocidos, cual es, el “antagonismo de intereses”. A cambio, podemos encontrar en ellos un cúmulo de derechos y obligaciones que apuntan en una misma dirección, o sea, las partes persiguen un fin común.

De este modo, los contratos “organizacionales”, como también son denominados, presentan algunas notables diferencias con los contratos bilaterales, ya no en cuanto al número de partes intervinientes. Siguiendo a López Santamaría¹², podemos nombrar a lo menos las siguientes:

a. De este tipo de contratos plurilaterales no surgen obligaciones correlativas, sino que cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto de todos los demás. Nacen además vínculos jurídicos entre cada una de las partes y el ente asociativo y viceversa.

b. Los vicios del consentimiento no producen los mismos efectos en estas distintas especies contractuales. Sabemos que el error, la fuerza y el dolo vician la voluntad de las partes celebrantes de un contrato bilateral, sin embargo en los contratos multilaterales

¹² López Santamaría, Jorge, Ob. Cit., págs. 78 y 79.

la existencia de uno de éstos hace ineficaz su concurso al acto jurídico, pero el contrato mantiene su validez respecto del resto, en la medida que sea posible conseguir la finalidad buscada al contratar.

c. A diferencia de los contratos bilaterales, en los de carácter asociativos se admite el ingreso de nuevas partes y el retiro de las iniciales.

d. Por último, los contratos que importan la creación de vínculos asociativos normalmente son celebrados para producir efectos perdurables en el tiempo, generando en el camino nuevos derechos y obligaciones para las partes, incluso contra la voluntad de algunas de ellas. Los contratos bilaterales nacen para morir, vale decir, cumplidas las obligaciones asumidas por el acto, se extinguen irremediamente.

Cabe hacer presente, para finalizar, que parte de la doctrina niega a esta categoría su calidad de contrato, tratándola más bien como una suerte de acto colectivo, diverso a una figura contractual¹³. Creemos que ello no es así, y que no puede desconocerse su calidad contractual.

De las diversas definiciones que se han dado de contrato se desprende que su elemento central es el acuerdo de voluntades dirigido a la creación de derechos y obligaciones. Este elemento común no se pierde en los contratos de corte organizacional, sino que simplemente se presenta de una manera diversa. Nos parece que la dirección que toman los derechos y obligaciones que nacen de este tipo contractual, y que difiere de aquella de corte “antagónico”, propia de los contratos bilaterales, no les hace perder su calidad de contrato, sin perjuicio de lo distintos que puedan ser respecto del resto. Por lo demás, existe en éstos una preocupación especial del legislador en vista de la pluralidad de intereses que confluyen, lo que los convierte en objetos de protección y muchas veces de dignatarios de la calidad de figuras de orden público, que por lo mismo, observan reglamentaciones especiales de carácter irrenunciable para sus suscriptores.

Es cierto que una vez creada la figura asociativa por sus miembros fundadores, sus voluntades particulares se diluyen en la consecución de fines comunes. También es cierto que durante la vida de este nuevo ente, nacerán obligaciones para los asociados que muchas veces no desearon y que, incluso en algunos casos, ni siquiera tuvieron conocimiento. Sin embargo, todas aquellas peculiaridades de este tipo de contratos no les quita el carácter de tal. Sobre todo si tenemos presente que dicha ausencia de participación volitiva fue asentida en el contrato suscrito, que incorpora la normativa supletoria aplicable, o bien, en el acto voluntario de incorporación a la asociación.

1.4. La personalidad jurídica.

1.4.1. Concepto de persona jurídica.

¹³ Al respecto, López Santamaría, siguiendo a Francesco Messineo, rechaza el carácter contractual del negocio jurídico plurilateral en general, y de la sociedad, en particular. Sostiene que en esta categoría de actos las voluntades corren de modo paralelo, pues son de idéntico contenido, por lo que tienden a satisfacer intereses coincidentes. El contrato, en cambio, se caracteriza por su heterogeneidad de voluntades, destinadas a satisfacer intereses contrapuestos o, al menos, no coincidentes, los que al cruzarse producen efectos distintos para cada parte. López Santamaría, Jorge, Ob. Cit., págs. 104 y 105.

Se suele definir a la personalidad jurídica como la calidad de un ente distinto de la persona natural, de ser sujeto de derecho y como consecuencia de ello, de contar con un patrimonio propio y de adquirir bienes y de contraer obligaciones en las mismas condiciones que las personas naturales, cosa que los convierte en una entidad con personalidad distinta de los seres individuales que la integran o componen. Algunos autores agregan a la definición propuesta dos nuevos elementos, a saber, la necesidad de conseguir un fin determinado y el imprescindible reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, que les permite ser sujetos de derecho¹⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico les reconoce su existencia a partir de la norma fundante inserta en el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República. Tal precepto señala que las asociaciones constituidas en conformidad a la ley gozarán de personalidad jurídica, sin supeditar tal beneficio al cumplimiento de requisitos especiales. En otros términos, el solo hecho de organizarse -una asociación- de acuerdo a alguno de los tipos regulados por ley, y sujetándose al cumplimiento de sus particulares trámites, significa la inmediata adhesión a esta estructura.

Cabe señalar que existe una excepción aparente al principio general establecido en el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política del Estado, que dice relación con las corporaciones y fundaciones. Al respecto, el Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, publicado en el Diario Oficial el día 20 de marzo de 1979, establece que la personalidad jurídica de tales entidades debe ser aprobada y por ende concedida por el Presidente de la República, quien incluso está facultado para introducirle modificaciones al estatuto propuesto. Además, esta autoridad tiene facultades para cancelarles su personalidad jurídica desde el momento en que la estime contraria a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres, o no cumpla con los fines para que fue constituida o incurra en infracciones graves a sus estatutos.

Creemos que tal excepción es sólo aparente, y que no desvirtúa la disposición constitucional citada, en cuanto a que no establece restricciones al derecho a asociarse, sino que regula la forma que cierto tipo de asociaciones debe cumplir para gozar de personalidad jurídica, la que, además, está claramente establecida en un cuerpo legal. No existe duda de que la Ley no puede impedir o restringir el derecho de asociación para fines lícitos, pero evidentemente puede establecer requisitos, trámites o formalidades para que sea reconocida su personalidad jurídica, en la medida que dichas exigencias no constituyan una discriminación arbitraria. En tal entendido, y en especial teniendo presente el rol que las corporaciones y fundaciones cumplen en nuestra sociedad, estimamos que dentro de aquellos requisitos que la Ley contempla para que dichas entidades cuenten con personalidad jurídica, se encuentra la autorización presidencial, la que deberá ser dada o retirada de conformidad a lo que dispone el reglamento que trata la materia.

Ahora bien, con anterioridad a la vigencia de la norma constitucional referida, nuestro Código Civil dedicó el título XXXIII de su libro primero al tema de las personas jurídicas. En efecto, el inciso 1° del artículo 545 del Código Civil establece que “se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

Sin embargo, el código de Bello no trata en forma sistemática a las personas jurídicas, limitándose a regular en el mencionado título XXXIII, sólo a corporaciones y fundaciones. De

¹⁴ Francisco Ferrara definió a las personas jurídicas como “asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho”. Ferrara, Francisco, “Teoría de las Personas Jurídicas”, Ed. Reus (S.A.), Madrid, 1929, pág. 359.

hecho, el artículo 547 del mismo cuerpo normativo reenvía el tratamiento de otra importante especie de personas jurídicas o morales, cuales son las sociedades, a otros títulos del mismo código y al Código de Comercio.

En el entendido anterior, cabe clasificar a las personas jurídicas desde una perspectiva funcional, en dos grandes grupos, a saber, las personas jurídicas de derecho público y las personas jurídicas de derecho privado. Estas últimas, que son las que en realidad nos interesan, a su vez pueden ser clasificadas en atención a su finalidad, en aquellas que persiguen fines de lucro y aquellas que no. De más está decir que, en atención al enfoque económico pretendido, en nuestro trabajo de investigación revisaremos únicamente a las personas jurídicas de derecho privado que persiguen fines de lucro.

En resumen, trataremos a continuación a las sociedades, civiles y comerciales, como representantes de este tipo de personas jurídicas, sin perjuicio de que en algunos casos tendamos a generalizar sus efectos y consecuencias, cuando éstas sean omnicomprendivas a todas las demás especies de personas jurídicas.

1.4.2. Atributos de las personas jurídicas.

Las personas jurídicas o morales constituyen entidades ficticias a las que el ordenamiento les reconoce su existencia. Sin embargo, al reconocérseles su existencia se les considera su calidad de personas, lo que implica aceptar que estas tengan una serie de atributos muy similares a los que poseen las personas naturales.

Puelma, refiriéndose a los canonistas, señala que éstos fueron los primeros en aceptar que entidades distintas a las personas naturales tuviesen la calidad de sujetos de derecho, vale decir, que fuesen personas, con todos los atributos que de ello derivan. Este profesor agrega que “Inocencio IV observa que *collegium in causa universitatis fingatur una personae*. Reconociendo que se trata de una ficción de personalidad, pero advirtiendo “que no se debe ir demasiado lejos en este concepto de persona, pues no es posible que semejante persona preste juramento por su alma, reciba el bautismo, o sea excomulgado”.”¹⁵

Al respecto, y siguiendo la estructura propuesta por Alessandri, Somarriva y Vodanovic en su “Tratado de Derecho Civil”¹⁶ podemos afirmar que las personas jurídicas o morales son titulares de los siguientes atributos:

a. Nombre: Al igual que en las personas naturales, la necesidad de un nombre en las personas jurídicas nace del imperativo de distinguirlas de otras. Es por consiguiente, una institución de policía civil al mismo tiempo que un elemento esencial de la personalidad, pues ésta supone la individualidad propia¹⁷.

El nombre de las personas jurídicas dependerá de la asociación que la motive, teniendo que cumplir, dicho nombre o razón social, con los requisitos específicos que cada una de las leyes que las regula señale. Así por ejemplo, el artículo 365 del Código de Comercio establece que “La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de alguno de ellos, con la agregación de estas palabras: y compañía”.

¹⁵ Puelma Accorsi, Álvaro, “Sociedades”, Tomo I, Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 86.

¹⁶ Alessandri, R., Arturo; Somarriva U., Manuel; y Vodanovic H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 572-600.

¹⁷ Lyon Puelma, Alberto, “Personas Jurídicas”, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, pág. 57.

b. Domicilio: Al igual que en el caso del nombre, la Ley ha considerado que toda persona jurídica ha de tener un domicilio, obligando a designar uno a los asociados constituyentes de la persona moral de que se trate. Normalmente será una referencia a una comuna.

c. Nacionalidad: Nuestra legislación no contempla la nacionalidad de las sociedades y personas jurídicas en forma general. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio contienen disposiciones a ese respecto. Pero existen disposiciones y leyes especiales que se refieren a sociedades o empresas nacionales y extranjeras.¹⁸

Es por ello que podemos concluir que la nacionalidad es un atributo de la personalidad jurídica, toda vez que ella será necesaria para determinar uno de los aspectos de la normativa que le será aplicable.

d. Derecho al honor: No solo las personas naturales poseen honor y, por ende, el derecho de que éste les sea reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. El honor colectivo de una asociación es independiente del de cada uno de sus miembros, por lo que las personas jurídicas pueden actuar incluso judicialmente para obtener el resguardo de este atributo.

e. Patrimonio: Uno de los elementos que hace atractivo crear una persona jurídica es la virtud de ésta de tener un patrimonio separado e independiente, distinta del de los miembros que la componen. Es tal vez la noción de patrimonio la que hace posible la comprensión en derecho de la persona jurídica.¹⁹

Ejemplo de este desdoblamiento de patrimonios es la norma establecida por el artículo 549 del Código Civil, que en su inciso señala “Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación, no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación.” En consecuencia, no cabe confundir el patrimonio de la persona jurídica con el de las personas naturales o jurídicas que la componen.

f. Capacidad: El artículo 545 del Código Civil, al definir a la persona jurídica, nos indica que es “capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles”. Por lo tanto, al no acotar su capacidad a determinadas esferas de derechos u obligaciones, sólo cabe concluir que su capacidad es amplia, casi tan amplia como la de las personas naturales.

Sin embargo, y para explicar el corolario enunciado en el párrafo anterior, cabe hacer presente que no obstante la amplitud de su capacidad, existe un cúmulo de actuaciones que las personas jurídicas se encuentran impedidas de realizar. Este ámbito denegado a las personas jurídicas, está constituido por todos aquellos derechos que derivan de la naturaleza humana, y que por ende, presuponen a la persona física, como su sujeto único y exclusivo. De este modo, las personas jurídicas son incapaces de ejercer derechos de familia, o derechos patrimoniales derivados de estos últimos. Así, por ejemplo, una sociedad comercial jamás podrá contraer matrimonio, exigir alimentos u otorgar testamento.

g. Responsabilidad: Como contrapartida a la capacidad que ostentan las personas jurídicas, se encuentra el aspecto de su responsabilidad.

¹⁸ Alessandri, R., Arturo; Somarriva U., Manuel; y Vodanovic H., Antonio, Ob. Cit., pág. 576.

¹⁹ Ducci Claro, Carlos, “Derecho Civil, parte general” Tercera edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1988, pág. 150.

Sin embargo, la responsabilidad de las personas jurídicas solo es concebida en nuestro derecho, en el ámbito civil, excluyéndose expresamente la que deriva de los delitos y cuasidelitos penales.

En efecto, la responsabilidad penal es por naturaleza de carácter personal, no pudiendo ésta ser traspasada o atribuida a personas que no sean naturales. Así de categórica es la disposición del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, que en su inciso segundo dispone “La responsabilidad Penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales”. Esta norma ha sido virtualmente transcrita en el artículo 58 del nuevo Código Procesal Penal.

En materia de responsabilidad civil, cabe distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

En el primer caso, vale decir, dentro de la esfera de la responsabilidad civil contractual, no existe diferencia alguna entre la asumida por personas naturales y aquella de la cual responden las personas jurídicas o morales derivada de culpa o dolo incurrido por sus órganos o representantes legítimos.

En materia de responsabilidad civil extracontractual cabe hacer algunas precisiones. Si bien antiguamente se entendió que las personas jurídicas no eran susceptibles de cometer delitos o cuasidelitos civiles, toda vez que jamás podrán tener por objeto el cometer ilícitos, hoy en día la doctrina y la jurisprudencia están contestes en lo contrario: No existe razón alguna que impida a las personas jurídicas responder extracontractualmente. Éstas deben responder siempre de los hechos ilícitos realizados por sus representantes, siempre que actúen dentro de la esfera de sus atribuciones.

Las razones jurídicas positivas de esta conclusión están dispersas en nuestra legislación civil y comercial, pero la disposición más general que la consagra es la parte final del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal que establece que “Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”. Esta norma también ha sido contemplada por el artículo 58 del nuevo Código Procesal Penal.

En consecuencia, las personas jurídicas están obligadas a indemnizar los perjuicios que causen sus representantes o las personas que estén a su cuidado o servicio.²⁰

1.4.3. Finalidad de las personas jurídicas.

La razón de ser de la personalidad jurídica trasciende la idea de que su objetivo es lograr una simple separación de patrimonios entre la sociedad y los socios individualmente considerados, con miras a evitar que estos últimos respondan de sus deudas personales con los bienes aportados para formar el capital social²¹. Afirmar ello sería desconocer la creación de una persona distinta de quienes la componen y de paso, desconocerle casi

²⁰ Alessandri, Somarriva y Vodanovic formulan el siguiente ejemplo: “Supongamos que una empresa tenga a su servicio un chofer para distribuir en un auto los artículos que expende. Si ese agente atropella a un peatón mientras ejecuta su servicio, la empresa responde civilmente. No sucede lo mismo si el gerente de la empresa, mientras se dirige en su auto al correo a depositar la correspondencia de la sociedad, atropella a un individuo. En este último caso no hay una conexión íntima entre el daño y el ejercicio de las funciones propias del gerente”. Alessandri, R., Arturo; Somarriva U., Manuel; y Vodanovic H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 598.

²¹ Lyon Puelma, Alberto, Ob. Cit., pág. 38 y 39.

todos los derechos que nuestra legislación atribuye tanto a las personas naturales, como a las jurídicas.

Efectivamente la separación de patrimonios resulta uno de los beneficios más atractivos a la hora de pensar en la creación de un ente distinto de la persona de su titular, pero no puede pensarse que es el único.

Nuestra constitución política asegura a todas la personas un extenso catálogo de derechos, muchos de ellos de carácter patrimonial, pero otros, de índole social o político, por ejemplo. Estos derechos consagrados por nuestra carta fundamental les son reconocidos a todas las personas, sean naturales o jurídicas.

Es cierto que resulta absurdo concederle a una persona jurídica derecho a la salud²², pero nada obsta a que se tutele el derecho de las personas jurídicas a asociarse sin permiso previo, a desarrollar una actividad económica lícita o a presentar peticiones a la autoridad. Nada impide, tampoco, que se les proteja la inviolabilidad de su domicilio y la privacidad en sus comunicaciones.

Es por ello que la finalidad de las personas jurídicas es obtener un estatus semejante al de las personas naturales en el trato que deben recibir. Evidentemente que al crear un ente diverso a los miembros que concurren a su nacimiento, debemos separar la existencia de este nuevo ser, de la de sus fundadores, lo que implica entre otras cosas la dualidad de patrimonios, pero al reconocerle existencia a las personas jurídicas lo que hacemos es aceptar su calidad de personas.

1.4.4. Su extinción.

Como se señaló, las corporaciones y fundaciones pueden ser desprovistas de su personalidad jurídica mediante resolución del Presidente de la República, en el evento que éste estime que se han cumplido los supuestos enunciados en el artículo 25 del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones. La doctrina ha denominado a esta causal “pérdida de la capacidad jurídica”²³. Sin embargo, esta facultad no rige a las personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro, las que tienen otras causales de extinción.

Es por ello que la sistematización de las causales de extinción de las personas jurídicas presenta algunas dificultades. En palabras de Ferrara, aplicables tanto al derecho italiano, como al nuestro, “fuera de los pocos casos aislados de personas jurídicas, cuya extinción ha sido regulada de varios modos, en lo demás todo está oscilante y abandonado al imperio de los principios”²⁴.

Sin embargo, es posible enunciar dos causas adicionales de extinción aplicables a todo tipo de persona jurídica, a saber, la desaparición de la asociación y la falta de fin.

a. Desaparece la asociación y por ende, la persona jurídica cuando ha desaparecido el sustrato, vale decir, cuando deja de existir la asociación que la motivó, lo que sucederá cuando se cumpla alguno de los supuestos determinados por la ley que la regula. Así por

²² El número nueve del artículo 19 de la Constitución Política del Estado de Chile reconoce el derecho a la protección de la salud.

²³ Lyon Puelma, Alberto, Ob. Cit., pág.290.

²⁴ Ferrara, Francisco, Ob. Cit., pág. 883.

ejemplo, se extinguirá la personalidad jurídica de una sociedad anónima, cuando ésta se disuelva por reunirse todas las acciones en manos de una sola persona.

b. También desaparece cuando los asociados voluntariamente decidan ponerle término; y cuando la asociación pierde su identidad porque es absorbida o se fusiona con otra, o porque se divide en dos o más partes, cada una con personalidad jurídica propia²⁵.

c. Por último, se extingue la personalidad jurídica de una asociación cuando desaparece su objeto. Ello ocurrirá cuando éste se haya consumado, es decir, cuando se haya alcanzado la finalidad para la que fue creada. También se extinguirá cuando su fin se haya tornado imposible, sea en términos absolutos (cuando no se puede lograr por nadie), o bien, relativos (cuando el fin no puede ser conseguido por la asociación, en atención a sus medios). Para finalizar, desaparece una persona jurídica cuando su fin se hace ilícito, pues contraviene a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.

²⁵ Lyon Puelma, Alberto, Ob. Cit., pág.289.

CAPÍTULO II LA EMPRESA EN EL DERECHO

2.1. Concepto económico-comercial de empresa.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española²⁶ asigna numerosos significados al concepto de “empresa”, de los cuales dos de ellos parecen reflejar el sentido que dicho término tiene en la jerga económica-comercial.

En primer lugar, la obra citada indica que empresa es una “casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia”.

Una segunda acepción la caracteriza como una “entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad”.

Ambas definiciones hacen alusión a una entidad que tiene por objetivo el desarrollo de ciertas actividades tendientes a beneficiar económicamente a sus integrantes, a través de la ejecución de ciertos negocios. Sin embargo, si bien es cierto que en algo se acercan a un concepto técnico de empresa, ninguna de estas definiciones representa lo que en la actualidad entendemos por tal.

La explicación a esta diferencia radica en la evolución que han experimentado las prácticas empresariales los últimos años. La industria y el comercio han cambiado sustancialmente, lo que implica una renovación en las estructuras necesarias para desarrollar dichas actividades en forma conveniente. Esta mutación ha supuesto el desarrollo de una más eficiente forma de explotación económica, cual es la empresa tal como la concebimos hoy en día.

Además, el vocablo ordinario de empresa, de la manera como lo consigna el diccionario, pone énfasis en el esfuerzo desplegado en la consecución de un fin, mientras que la idea económica moderna de empresa apunta principalmente a la forma, vale decir, a la estructura mediante la cual se organizan los recursos productivos.

Es por ello que será necesario obviar los conceptos comunes proporcionados por el diccionario, y averiguar el sentido que se le asigna al concepto “empresa”, dentro del ámbito económico-comercial.

El catedrático español Joaquín Garrigues define empresa, esta vez desde una perspectiva económica, como “la organización de factores de la producción (capital, naturaleza y trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada”²⁷. Como se ha expuesto, esta definición, a diferencia de las anteriores, profundiza en la idea de una forma de organizar los diversos factores productivos, en orden a conseguir un objetivo de índole

²⁶ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág. 814.

²⁷ Garrigues, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, reimpresión de la 7ª edición, Ed. Temis, Colombia, 1987, pág. 162.

lucrativo. En consecuencia, cuando hablamos -en este segundo nivel- de empresa nos referimos a una estructura destinada a organizar distintos elementos, sean éstos humanos o materiales, de manera de orientarlos en la búsqueda de una utilidad.

Así entendido, el concepto de empresa abarca un sinnúmero de formas de organizar un negocio. De hecho, si una persona decide comprar un vehículo para transportar manzanas desde el campo, fruta que será vendida en la ciudad a cambio de una comisión o porcentaje de su valor, estará -quizás sin siquiera saberlo- incurriendo en prácticas empresariales. Su negocio será una empresa, que sin duda alguna cumplirá con los requisitos que hemos señalado para éstas.

Con mayor razón constituirá una empresa la reunión de varias personas, mediante un contrato de sociedad, con el objeto de comercializar ciertos productos y obtener un mayor valor en éstos, como resultado de su gestión.

Para el profesor Ricardo Sandoval López la empresa reúne, organiza y combina los factores productivos bajo las siguientes características²⁸:

a. El empresario no aporta los factores productivos, sino que los dueños de los recursos (inversionistas, trabajadores y contratistas) se los proporcionan a éste a cambio de una contraprestación económica.

b. La empresa adquiere los factores productivos en el mercado, al precio que determina el libre juego de la oferta y la demanda.

c. De la misma manera, los bienes o servicios que la empresa produce o presta, serán vendidos en el mercado a los precios que éste determine.

d. La única finalidad de la empresa es el logro de la ganancia máxima en atención a los recursos con los que cuenta. La empresa, por tanto, pretenderá obtener la más amplia diferencia entre los precios de los recursos que adquiere y el valor en que coloca sus productos, bienes o servicios en el mercado.

No obstante lo anterior, el concepto económico-comercial de empresa, a que nos hemos referido, es aplicable a la realidad de los negocios modernos, pero adolece del inevitable defecto de no poder acotarse en términos más o menos exactos sus límites y características. Al menos con la rigurosidad y exactitud que exige el lenguaje jurídico.

Este defecto, sin embargo, no ha sido obstáculo para la regulación que de la empresa han hecho las diversas legislaciones, que se han visto obligadas a reconocerles su existencia y a tratarlas de diversas formas, intentando siempre brindar el máximo de seguridad a su accionar, lo que en cierta forma se contradice con su naturaleza incierta, o más correctamente dicho, inexacta.

Es por ello que a continuación revisaremos el trato que nuestro ordenamiento jurídico le ha dado a la empresa o a los distintos elementos que la componen.

2.2. Concepto jurídico de empresa:

2.2.1. Hacia una noción jurídica de empresa.

²⁸ Sandoval López, Ricardo, "Organización Jurídica de la Empresa Mercantil. Parte General", Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, págs. 135 y 136.

Ante la dificultad de conceptualizar jurídicamente la empresa de un modo suficientemente unitario y comprensivo, y debido a la ausencia de una noción legal que la defina, la doctrina se ha conformado sólo con elaborar teorías que intenten explicarla como un todo, atribuyéndole diversas naturalezas y fundamentos. Las teorías más importantes que al respecto se han desarrollado son las siguientes²⁹:

a. Posición subjetivadora: Esta doctrina homologa la empresa a una persona, y más específicamente a una persona jurídica, ente que estaría dotado de todos los atributos de ésta, como nombre, patrimonio, nacionalidad y domicilio, lo que permite sostener la independencia de la “empresa-persona” respecto del empresario, el cual sólo viene considerado en esta concepción como en “primer servidor de la empresa”³⁰.

Según Font Galán esta posición nace de la mera y superficial observación sociológica del lenguaje metafórico del tráfico, donde se oye decir que “la empresa vende, compra, no responde”³¹.

Sin embargo, la doctrina critica esta teoría por confundir la empresa con el soporte jurídico institucional que la contiene, vale decir, con la sociedad, que es la auténtica persona jurídica. Entender a la empresa como una persona jurídica implica, por lo demás, atender contra las normas constitucionales que consagran a esta última, las que exigen texto legal expreso para acceder a esta calidad.

b. Teoría patrimonialista: Junto con la teoría anterior nace una doctrina que considera a la empresa un patrimonio de afectación, o lo que es lo mismo, un patrimonio autónomo, que por su finalidad, su administración independiente, su nombre propio y su particular forma de representación, se diferencia del patrimonio personal de sus dueños.

No obstante, a esta doctrina se le critica toda vez que el ordenamiento jurídico no le reconoce una verdadera autonomía a este patrimonio, o sea, lo confunde con el conjunto de bienes del empresario. Además, es difícil explicar la existencia de un patrimonio desprovisto de un sujeto jurídico relevante (como por ejemplo el caso de las fundaciones).

c. Concepciones dinámicas: A partir de las críticas formuladas a las teorías anteriores nace una concepción fundada en la actividad desarrollada por la empresa. A la luz de esta concepción, la empresa se encontraría determinada por el conjunto de actos que ésta realiza para conseguir la finalidad para la que fue creada, actividad que sería distinta a la del empresario y a la de los demás elementos que la componen.

La doctrina ha dicho que la actividad crea la empresa, pero no es la empresa. Según Garrigues “concebir a la empresa como actividad es volver al punto de partida y desconocer lo que se quiere definir, porque es precisamente la actividad del empresario y de sus colaboradores la que ha creado la empresa como cosa distinta de esa actividad”³².

Además, tal abstracción carece de un sustento jurídico positivo en nuestra legislación.

d. Teorías espiritualistas o inmateriales: Al igual que la posición anterior, las teorías espiritualistas o inmateriales buscan explicar este fenómeno económico a partir de su aptitud funcional. Sin embargo, para el sector que apoya esta teoría el núcleo central se

²⁹ Al respecto hemos seguido al profesor Juan I. Font Galán. Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), “Derecho Mercantil”, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, págs. 51 y siguientes.

³⁰ Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), Ob. Cit., pág. 51.

³¹ Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), Ob. Cit., pág. 51.

³² Garrigues, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, 4ª edición, Ed. Temis, Colombia, 1987, pág. 142.

encuentra en la organización, entendida como aquella estructura a partir de la cual se orientan los diversos elementos productivos que serán encausados hacia la obtención de una ganancia. De ahí que se conciba a la empresa como la creación inmaterial del empresario, “por cuanto en ella se aquilatan ideas creadoras y esfuerzos intelectuales y materiales, imagen y prestigio, expectativas, clientela, cuota de mercado, capacidad de competencia, calidad en los análisis comparativos de sus productos, premios, estructuras de producción y comercialización, sistemas de financiación y de administración del riesgo, y, en suma, todos los diversos elementos que contribuyen a su funcionalidad y economicidad”³³.

Sin embargo, al igual que las posturas anteriores, las teorías espiritualistas o inmateriales pecan de no contar con apoyo legal y de proporcionar una parcial comprensión de la realidad.

Del fracaso de las teorías anteriores nace una actitud pesimista, que se traduce en la aceptación de la imposibilidad de englobar los diversos elementos que componen la empresa en un único fenómeno. De esta manera, la empresa sería nada más que la sumatoria de una serie de elementos regulados por estatutos jurídicos diversos, que poseen la peculiaridad de coincidir en la búsqueda de un objetivo común.

De acuerdo a esta concepción, que se ha denominado “teoría atomística de la empresa”, en el actual sistema de Derecho positivo, la empresa sólo puede considerarse, desde el punto de vista jurídico, atomísticamente, esto es, descompuesta en la diversidad de sus elementos simples y regulada con arreglo a las normas que a cada uno de éstos corresponda según su naturaleza jurídica³⁴.

No obstante la limitación doctrinal a que nos hemos referido, nuestro Derecho, como muchos otros, se ha visto en la obligación de reconocerle, al menos parcialmente su existencia.

Cabe recordar, a estas alturas a Ascarelli, que en relación al tema sentencia: “El jurista ha de recordar que el elemento jurídicamente decisivo está, sin embargo, constituido por la estructura jurídica formal, y no debe ignorar, ni en su cualidad de legislador, ni en su cualidad de intérprete, el lado funcional y económico de los institutos jurídicos estudiados por él”³⁵.

2.2.2. Tratamiento de la empresa en el Derecho chileno.

Nuestra legislación civil y comercial, que data de mediados del siglo XIX, incorporó la visión que a la sazón se tenía del derecho mercantil y que centraba este particular estatuto jurídico en la actividad profesional que realizaban los comerciantes. Por ello, y con el objeto de determinar quienes son las personas a las que se les aplica esta normativa, nuestra legislación comercial comienza enumerando una serie de actividades calificadas como “actos de comercio”. Por tanto, a la luz de esta normativa, son comerciantes y sus actividades son regidas por el Código de Comercio, todas aquellas personas que celebren los actos enumerados en el artículo tercero del cuerpo legal citado.

Este sistema se desliga de las estructuras que normalmente utilizan los comerciantes para llevar a cabo sus negocios, dándole exclusiva importancia al acto mercantil realizado, en desmedro del sujeto que lo realiza. Por lo mismo, el concepto de empresa como lo

³³ Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), Ob. Cit., pág. 54.

³⁴ Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), Ob. Cit., pág. 55.

³⁵ Ascarelli, Tullio, “Sociedades y Asociaciones Comerciales”, Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1947, págs. 1 y 2.

hemos singularizado en el acápite que precede pierde toda relevancia jurídica. Al menos en principio.

Es por ello que en nuestra legislación no existe una definición general que nos oriente respecto de lo que debe entenderse por empresa. Tampoco existe un cuerpo normativo que la regule en forma sistemática. Aparentemente, el ordenamiento jurídico chileno ha eludido referirse a ésta como fenómeno, sobre todo por lo difuso de su estructura esencial y ha preferido distinguir las diversas formas o mecanismos en que ella puede materializarse, como por ejemplo a través de las diversas manifestaciones de sociedades.

La ausencia de una categoría idónea que abarque e integre en forma unitaria esta realidad económica que es la empresa, trae como consecuencia la descomposición de los distintos elementos que la integran, lo que se traduce en la “pérdida de la unidad y comprensividad sistemática que debe presidir el Ordenamiento Jurídico”³⁶. Dicho de otra forma, la falta de un tratamiento jurídico que permita comprender de una manera sistemática a la empresa nos obliga a entenderla como un cúmulo de elementos, de diversas naturalezas orientados a un fin determinado, de índole económico.

Estos elementos que integran la empresa se regirán por distintos estatutos, en atención a su particular naturaleza. De este modo, los bienes que ésta posea se regularán por el derecho patrimonial privado; de los recursos humanos se ocupará el derecho laboral; la actividad que ésta desarrolle se encontrará regida por el derecho comercial; y de ciertos bienes inmateriales, como por ejemplo, patentes, marcas comerciales y modelos de utilidad, se hará cargo el derecho de propiedad industrial.

Existen otros bienes inmateriales que normalmente poseen las empresas que quedan fuera de todo tratamiento y protección jurídicos. Estos bienes, que comúnmente se denominan “intangibles” (derechos de llave, clientela, productividad, etc.), no pueden ser suficientemente amparados por el Derecho precisamente por no existir una regulación sistemática de la empresa.

2.2.3. Reconocimiento legal de la realidad económica.

Sin embargo, a partir de principios del siglo XX y básicamente por los notorios avances industriales y tecnológicos, la economía comienza a experimentar un radical cambio. Los actos de comercio pasan a ser realizados en volúmenes masivos, lo que implica la necesidad de una organización adecuada para poder satisfacer en forma eficiente y eficaz la creciente demanda de bienes y servicios.

Junto con ello, de la mano de las ideas neoliberales en la economía, nace no sólo en Chile, sino que en todo el mundo occidental, la conciencia de la importancia de la libertad para asociarse en la generación de recursos. Las constituciones políticas comienzan progresivamente a reconocer y a proteger la iniciativa privada para desarrollar negocios y crear industrias.

Como consecuencia de lo anterior, y junto con el nacimiento de este nuevo fenómeno económico llamado “empresa”, la sociedad se ve obligada a protegerse de los efectos colaterales que esta forma de explotación económica produce. De este modo comienzan a ser temas relevantes y dignos de ser tutelados, entre otros, los derechos de los trabajadores, la protección a la libre competencia, el tratamiento tributario de las entidades generadoras de riqueza y las consecuencias de la insolvencia de las empresas.

³⁶ Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), Ob. Cit., pág. 48.

Este fenómeno impulsó a las legislaciones a olvidar ese afán, propio del Derecho, de evitar este concepto equívoco, cual es el de empresa, toda vez que muchas de esas nuevas contingencias colaterales quedaban francamente desamparadas. En el fondo, el Derecho tuvo que reconocer que aquellas organizaciones que -al menos en apariencia- se ajustaban al modelo económico de empresa, debían regirse por un mismo estatuto, con independencia de los ropajes jurídicos que emplearan. De otro modo sería imposible cubrir de manera eficaz sus infinitas manifestaciones.

Debido a las razones expuestas, nuestro legislador se ha visto en la necesidad de echar mano a un concepto de empresa y de regular positivamente algunos de los efectos que ésta produce en la sociedad. Por ello existen algunas normas, preferentemente en materias técnicas específicas que han tenido que referirse a la empresa como tal. Estas normas, precisamente por regular situaciones prácticas de índole económico, comercial o social, han considerado prudente ampliar su ámbito de aplicación amparándose en este concepto jurídicamente difuso, que no encuentra límites en la letra de la Ley.

Lamentablemente, y como ya hemos señalado, la incorporación de este concepto económico de empresa a nuestro Derecho positivo no es general, sino que solamente se encuentra recogido en algunas áreas, normalmente de bastante sensibilidad social, que no han podido ser protegidas de una manera diversa.

2.2.4. Recepción del término “empresa” en la Ley.

A modo de ejemplo, es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico las siguientes disposiciones que, de algún modo u otro, se refieren a la empresa:

a. Uno de los primeros preceptos en nuestra legislación en referirse a la empresa como fenómeno económico es nuestro actual artículo 444 inciso primero del Código de Procedimiento Civil, que al tratar la ejecución compulsiva de bienes señala que “Si la ejecución recae sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre cosa o conjuntos de cosas que sean complemento indispensable para su explotación, podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, ordenar que el embargo se haga efectivo, o en los bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que ésta produzca, o en parte de cualquiera de ellas”.

La norma indicada muestra interés por tipificar una universalidad de cosas que persiguen un fin específico de carácter económico, pero peca en que no singulariza ni acota que debe comprenderse por tal. Sólo da luces respecto de su contenido, pero deja abierta a la interpretación su sentido exacto.

b. Por su parte, la ley 18.175, sobre Quiebras, en sus artículos 124 y siguientes hace lo suyo, permitiendo bajo ciertas condiciones, la venta de una empresa en marcha con la finalidad de continuar con el giro de la misma, haciendo así un esfuerzo por minimizar el costo de dividir sus componentes. Sin embargo, en su tenor literal las normas aludidas se refieren a la venta del pasivo de la quiebra como “conjunto” o “unidad económica”.

Si bien es cierto que no se ha empleado el término “empresa” para abarcar la universalidad económica que constituye, el objeto perseguido es, evidentemente, comprender dentro de los bienes a liquidar la totalidad de los activos y pasivos de un negocio, entendiéndose incorporados no sólo el capital de la persona jurídica que la organiza, sino que también los diversos elementos que la componen, como lo son sus bienes, créditos, estructura, personal y otros haberes, muchos de los cuales son intangibles.

c. Del mismo modo, la legislación tributaria se ha visto en la necesidad de echar mano al concepto de empresa, claramente con la intención de no dejar fuera de su rango de aplicación los tributos que se originen de negocios desarrollados por organizaciones no amparadas por las fórmulas civiles y comerciales de estructuración corporativa.

En tal sentido, el Código Tributario en su artículo 65 inciso segundo establece como base imponible de los impuestos de la Ley de la Renta, en caso de pérdida o inutilización de los libros de contabilidad, el máximo de utilidad tributaria que hayan obtenido “las empresas análogas y similares”. Asimismo, el inciso segundo de su artículo 69 exige la facción de un balance de término de giro a las “empresas que se disuelvan o desaparezcan”.

La Ley de Impuesto a la Renta tampoco define lo que entiende por empresa, pero utiliza este concepto en muchas de sus normas aludiendo a toda forma de organización que genere rentas para sus titulares. De este modo, su artículo segundo habla del “patrimonio de las empresas”; su artículo 14 A a) grava con los impuestos global complementario o adicional, según proceda, “los retiros o remesas que reciban de la empresa”; y su artículo 14 bis establece un beneficio a la reinversión “en otras empresas, incluso en las acogidas a este régimen”.

Por último, el Decreto Ley N° 825, que contiene la Ley de IVA, en su artículo octavo señala que se consideran ventas y servicios los retiros de bienes corporales muebles efectuados por los “empleados de la empresa”.

d. A su turno, el título XV de la ley 18.045, Ley de Mercado de Valores se preocupó de conceptualizar y definir un cúmulo de instituciones que existiendo en la realidad económica, no se encontraban reconocidas por nuestro derecho, quedando de este modo desprovistas de tutela.

En efecto, los artículos 96 y siguientes del cuerpo legal aludido se refieren a los grupos empresariales, a los controladores y a las personas relacionadas, reconociéndoles de esta manera su existencia y su calidad de generadores de consecuencias jurídicas. Así, la norma da un paso más adelante que el resto de la legislación advirtiendo que hay una realidad, que no obstante no existir a los ojos del ordenamiento jurídico, produce efectos o secuelas meritorios de protección legal.

e. El Decreto Ley 1.006, que contenía el Estatuto Social de la Empresa, en forma más audaz que los textos anteriores definió el concepto de empresa señalando que “Constituye empresa, para los efectos de la presente ley, la entidad destinada a la producción o comercio de bienes o a la prestación de servicios que, persiguiendo una finalidad económica y social, se encuentra organizada con el concurso de trabajadores e inversionistas bajo una dirección común”.

Como la misma lo indicaba, esta definición no era general, sino que sólo era aplicable a la normativa que la contenía, por lo que las demás materias quedaron, en consecuencia, desprovistas de un concepto general de empresa. Por lo demás, el Decreto Ley N° 1.006 fue derogado con la promulgación de nuestro actual Código del Trabajo.

f. Por último, la normativa que reemplazó al Decreto Ley N° 1.006, citado, vale decir, nuestro Código del Trabajo en vigencia, por las mismas razones anteriormente expuestas se preocupó por definir el concepto de empresa para referirse a la fórmula en que usualmente se organizan los empleadores para desarrollar un negocio. El artículo tercero del mencionado compendio de normas laborales va más allá que el resto de la normativa citada, en el sentido que define nuestro concepto en análisis como “... toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal

determinada”. No obstante lo anterior, de la misma manera que su predecesor, el mismo precepto advierte que la definición transcrita es sólo para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social.

En un afán proteccionista, nuestra legislación laboral ha querido evitar que las empresas evadan sus responsabilidades en esta materia, mediante la fórmula de funcionar sobre la base de estructuras jurídicas difusas o jerarquizadas que hagan dificultoso para los trabajadores determinar al responsable de las obligaciones nacidas de los contratos de trabajo. Los trabajadores pueden desconocer las estructuras jurídicas asumidas por la empresa en que se desempeñan, pero jamás podrán desconocer a la o las personas que les dan las órdenes y fiscalizan sus tareas. Quién se comporta como jefe, será para todos los efectos legales el jefe.

2.2.5. La empresa unipersonal de responsabilidad limitada.

Capítulo aparte nos merece la reflexión respecto de la ley 19.857, sobre Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, publicada en el Diario Oficial el día 11 de febrero del año 2003, toda vez que si bien no termina con esta dicotomía a que nos hemos referido, da un gran salto en la materia al priorizar al sujeto -la empresa-, por sobre la estructura jurídica que éste presenta.

Es cierto que el texto legal emplea el concepto “empresa” por no poder utilizar vocablos como “sociedad”, “asociación” o “grupo”, pues la esencia de esta figura es la individualidad del sujeto que desea obtener personalidad jurídica, por lo que de haberlos empleado habría caído en un error de lenguaje imperdonable. Sin embargo, creemos que nuestro legislador sin quererlo le reconoció cierta existencia legal a esta realidad económica que es vista por los ojos de la Ley sólo a través de sus ropajes jurídicos.

Pues bien, el artículo segundo de la ley 18.857 indica que la empresa unipersonal de responsabilidad limitada es “... una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular ...”. El artículo 9 señala que “Son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador.”. Y el artículo 11 del mismo cuerpo legal nos dice que “Las utilidades líquidas de la empresa pertenecerán al patrimonio del titular separado del patrimonio de la empresa, una vez que se hubieren retirado y no habrá acción contra ellas por las obligaciones de la empresa.”. De esas normas solo cabe concluir que el empresario que se ha acogido a la ley que nos ocupa pasa a adquirir dos estados en forma simultánea: el de inversionista, esto es, el de una persona que destina parte de sus recursos a un negocio; y el de empresa, o sea, el de una organización que combina el capital y el trabajo con el fin de generar ganancias.

Es por ello que la ley 19.857, casi sin quererlo, lo que hace es separar el estatuto de la empresa, del de su propietario, enfatizando que no pueden confundirse unos con otros, por ser diversos en fundamento y origen.

Debemos reconocer que aún no contamos con un derecho comercial que gire en torno al concepto de empresa, pero es claro que existe la tendencia a presuponer su existencia y regulación, como lo hace la Ley de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. En otras palabras, sin trasladar el objeto normativo de nuestro sistema mercantil, le hemos atribuido una existencia intrínseca a la empresa como la verdadera generadora de efectos jurídicos. Sin embargo, este tema no es menor, y en atención a que constituye uno de los pilares fundamentales de la tesis propuesta, será abordado en profundidad en lo que resta de nuestro trabajo de investigación.

Como dato a considerar, cabe hacer presente que nuestro ordenamiento jurídico, al igual que la mayoría de las legislaciones del llamado “sistema continental”, históricamente ha vinculado la personalidad jurídica a la libertad para asociarse³⁷. De hecho, hasta antes de la promulgación de la ley en comento sólo eran dignatarias de personalidad jurídica aquellas figuras asociativas (reunión de dos o más personas) reguladas por texto legal expreso. Con la dictación de la ley que regula la empresa unipersonal de responsabilidad limitada nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado un elemento que con anterioridad pertenecía exclusivamente a la esfera de la discusión doctrinaria, cual es, la separación entre asociación y personalidad jurídica. Por ahora nos limitamos a acusar su existencia, más adelante lo revisaremos dándole la importancia que se merece.

En todo caso, insistimos que la consagración jurídica de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada ha permitido confirmar la dualidad que existe entre la empresa y sus dueños incluso cuando estas calidades se confunden en una misma persona.

2.3. Reflexiones sobre la opción tomada por el legislador.

Sabemos que nuestro sistema económico actual está sustentado en dos grandes ejes institucionales, a saber, el mercado y la empresa.

Esta última, como generadora de riquezas para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios y de bienes o servicios para los consumidores o usuarios³⁸, ha sido injustamente dejada de lado por nuestra normativa vigente, obviándose su significación y consecuencias en los textos legales.

Sin embargo, las normas a que nos hemos referido reflejan la necesidad de contar, al menos en ciertas materias, con un concepto amplio que englobe a toda forma de organización económica que reúna las características de empresa en su sentido económico, sin embargo el hecho de que éste no se haya consagrado en el derecho chileno nos hace dudar de si es conveniente su tipificación de una manera general en nuestro ordenamiento jurídico.

¿Por qué nuestra legislación no ha definido el concepto de empresa, limitándose únicamente a reconocerle una existencia fáctica y a imponerle cargas y beneficios?

Para Ignacio Arteaga “la discusión de fondo para el derecho es si la empresa es o no una unidad dotada de entidad jurídica, si la empresa propiamente tal puede ser objeto directo de tráfico jurídico, o por el contrario si sólo pueden ser objeto directo de derecho los elementos que la conforman. En el primer caso se estaría reconociendo la existencia jurídica de la empresa y la consecuente aplicación del principio unitario, esto es, la empresa como objeto directo de actos jurídicos y derechos. En el segundo caso, en cambio, no se estaría reconociendo la existencia jurídica de la empresa, sino sólo la de los elementos que la conforman, y sólo estos elementos podrían ser objeto directo de actos jurídicos

³⁷ El artículo 19 N° 15 de nuestra constitución política junto con consagrar el derecho a asociarse sin permiso previo, establece que para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

³⁸ Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador), Ob. Cit., pág. 48.

y derechos, cada uno de ellos según su estatuto jurídico propio, en cuyo caso regiría el principio de la especialidad³⁹.

Parece, por tanto, que nuestra legislación ha elegido adherir al principio de la especialidad y dejar a los intérpretes privados la elaboración de teorías que generalicen el alcance del concepto de empresa.

Sin embargo, las razones de tal decisión no están claras, y aparentemente, se deben únicamente a la lentitud con que el Derecho reacciona ante los fenómenos propios de la realidad social, en este caso, económica. La consagración de una definición general de empresa implicaría reformar de raíz gran parte de nuestra legislación comercial, trasladando al sujeto pasivo de sus normas a un ente distinto, cual es precisamente la empresa.

Por lástima, ni siquiera la doctrina jurídica ha alcanzado un consenso respecto de un concepto de empresa de general aceptación, haciendo, de este modo, más incierto su significado. Los tratadistas coinciden en la mayoría de los elementos que la componen, pero discrepan principalmente con relación a su naturaleza jurídica.

Nos parece que si la empresa existe en la realidad económica, ésta debe ser reconocida como tal en el Derecho. Creemos que no es posible que en un ordenamiento jurídico exista una dualidad entre lo que realmente ocurre y lo que sus normas prevén para el evento que ello suceda. El Derecho debe ser el reflejo de la realidad social y la realidad actual, al menos en lo que concierne al comercio y a la industria, está determinada por las prácticas empresariales.

Nos parece, además, que de existir una definición general que explique que es la empresa dentro del derecho comercial, la legislación necesariamente zanjaría las dudas que en la actualidad existen sobre la naturaleza jurídica de este fenómeno económico, lo que facilitaría, de paso, su tratamiento en las demás ramas del Derecho. Por lo demás, la invertebración jurídica que actualmente existe respecto de la empresa atenta contra la coherencia y funcionalidad necesaria para el derecho mercantil, determinando así la parcelación e incomunicación de sus normas.

De convertirse, la empresa, en un punto de referencia que oriente la elaboración normativa comercial, no solo se estaría consagrando la realidad mercantil de los últimos tiempos, sino que además tal situación permitiría la integración e interpretación de aquellas normas que se han tenido que referir a la empresa como fenómeno.

Por último, estimamos que el derecho comercial moderno exige pasar de ser un Derecho estructurado en torno a la figura del acto de comercio a ser lisa y llanamente un derecho de la empresa, con todo lo que ello implica. Sólo ello nos permitirá ajustar nuestras normas mercantiles a la realidad social que éstas pretenden regular.

³⁹ Arteaga Echeverría, Ignacio, "En busca del concepto jurídico de empresa", artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, editada por la Facultad de Derecho del la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29, N° 3, año 2002, pág. 619 y 620.

CAPÍTULO III LA COLABORACIÓN EMPRESARIA

3.1. Concepto e importancia.

Cuando un empresario decide desarrollar un proyecto en el mercado, puede hacerlo en forma individual, o bien, solicitar ayuda a otros empresarios que estén interesados y dispuestos en colaborar con su proyecto. En este último supuesto, la unión de fuerzas puede llevarse a cabo de múltiples maneras: En efecto, este empresario puede adquirir parte de una empresa en marcha; puede fusionarse con una empresa ya existente; o bien, puede destinar parte de sus actividades a la operación coordinada con otra u otras empresas, sin perder su independencia.

Esta última modalidad, vale decir, la colaboración entre empresas en un proyecto que no absorbe la independencia de sus partícipes, es una de las más modernas manifestaciones de la aplicación del derecho de asociación. En palabras del profesor Fernando Fueyo “El paso de la simple sociedad a las múltiples formas de colaboración, con fuerte carga de solidaridad humana y de lealtad empresaria, es, sin duda, un avance notable y un punto señero en la evolución del tema de la asociación”⁴⁰.

En términos muy generales podemos decir que la colaboración empresaria nace de la necesidad que tienen los agentes económicos de unirse para desarrollar un negocio específico, o bien, para ayudarse en forma recíproca en una determinada actividad de índole comercial o industrial, sin perder ni menoscabar, con ello, las respectivas identidades de los partícipes.

Por consiguiente, cuando hablamos de colaboración empresaria nos referimos a un género que comprende numerosas formas y mecanismos de accionar conjunto, y en algunos casos coordinado, entre dos o más agentes económicos.

Por lo mismo, es posible afirmar que hay colaboración cuando dos empresarios acuerdan coordinar el ámbito de acción de sus respectivos negocios con miras a un beneficio recíproco, ello con independencia del grado de intensidad de la colaboración o de su duración. De este modo existirá colaboración entre empresas cuando dos productores de leche acuerdan de consuno contratar a un único transportista para que se haga cargo de la distribución de su producto. También la hay cuando dos abogados asumen, en conjunto, la defensa en un juicio.

En cuanto a su origen, el fenómeno económico de la colaboración empresaria puede situarse en el período que sucede a la Segunda Guerra Mundial. Pasada la primera mitad del siglo XX y debido principalmente a fenómenos tecnológicos y económicos, el concepto de “empresa” se vio en la necesidad de ser replanteado para poder responder en forma exitosa a los requerimientos de los consumidores. Esta tendencia lisa y llanamente obligó a los empresarios a superar el consagrado comportamiento competitivo, que se basaba en la rivalidad y el conflicto con que antiguamente se ejercía la actividad industrial y sobre todo comercial. En otras palabras, en atención a las nuevas realidades que se venían, los

⁴⁰ Fueyo Laneri, Fernando, “Los Contratos de Colaboración Empresaria”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 15.

empresarios no pudieron sino comprender que “la unión hace la fuerza” y por ende optaron por reservar la rivalidad y la competencia casi estrictamente a la esfera de promoción y diferenciación de sus productos o servicios.

Esta necesidad de adaptarse permitió que la economía diese un vuelco de proporciones en relación a los resultados obtenidos por las empresas que operaban coordinadamente, lo que produjo un evidente cambio en las relaciones comerciales e industriales. Los cambios producidos impulsaron un crecimiento notable de las empresas y sociedades comerciales y en general, de las operaciones que comportaban grandes inversiones de capital. Ello, sumado a factores de competencia y lucha de predominio mercantil, originó lo que podría denominarse la revolución empresarial, en la búsqueda de un adecuado dimensionamiento para alcanzar mayor eficiencia, a través de diversas formas de vinculaciones y uniones entre las empresas⁴¹.

El fundamento de este notable cambio es posible advertirlo en las particulares formas en que se desenvuelve el mercado actual. En efecto, factores como la creciente actividad comercial internacional; la mayor complejidad de los negocios; la vertiginosa y progresiva implementación de nuevas y sofisticadas tecnologías de costos altísimos; y la tendencia a efectuar inversiones de grandes cuantías, entre otros, han motivado al sector empresarial a replantear su rol o papel dentro del mercado, y sobre todo, su relación para con su competencia.

La consecuencia de lo anterior es una fuerte tendencia, sino obligación, de las empresas a unir sus fuerzas con el objeto de mostrar una mayor presencia en el mercado y de paso rebajar sus costos operativos y minimizar o repartir horizontalmente los riesgos inherentes a la gestión empresarial. Marzorati, citando a Jacquemin-Remiche explica lo anterior señalando que “la razón de la cooperación con otra empresa independiente no es, obviamente, duplicar la estructura existente, sino aprovechar mejor la sinergia de dos empresas para un proyecto en común, con la lógica disminución del compromiso financiero y de la diaria responsabilidad en el manejo de la empresa; por lo tanto, hay una ventaja resultante de la unión de fuerzas, aplicadas cada una a lo mejor que saben hacer y para ese proyecto”⁴².

Esta novedosa forma de entender la actividad empresarial se justifica en los requerimientos a que se han visto enfrentadas muchas de las grandes actividades mercantiles, y ello principalmente por los notorios beneficios que la ayuda recíproca proporciona. En términos generales es posible advertir, en la colaboración empresarial, al menos tres grandes beneficios:

a. Permite aprovechar, en forma recíproca, las ventajas comparativas de cada uno de los partícipes, de manera de fortalecer las capacidades particulares de cada uno de sus integrantes, potenciando de esta manera un mejor o más eficiente resultado en la gestión común. De esta manera, se hace posible a las empresas ingresar a nuevos mercados, superando barreras de ingreso; incorporar nuevos conocimientos, técnicas o tecnologías a sus áreas de producción; reducir costos; o bien, generar nuevos negocios, que no podrían ser desarrollados en forma independiente.

b. Además, otorga a las partes la flexibilidad necesaria para asumir una responsabilidad específica dentro de una operación mercantil mayor, sin verse comprometido por

⁴¹ Zaldívar, Enrique; Manovil, Rafael M.; y Ragazzi, Guillermo E., “Contratos de Colaboración Empresarial”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989. págs. 17 y 18.

⁴² Marzorati, Osvaldo J. “Alianzas estratégicas y joint venture”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 36.

las actuaciones de los otros colaboradores. Dicho de otra forma, permite obviar la subordinación propia de las empresas, para obtener una operación administrada en forma conjunta, pero separada en virtud de las especialidades de cada partícipe.

c. Por último, los mecanismos de colaboración permiten a la empresa continuar su gestión en forma independiente, manteniendo el control de la toma de decisiones en lo que respecta a su propio negocio.

Además, existen numerosos beneficios públicos que derivan de la cooperación entre empresas. Siguiendo a Ríos García⁴³, es posible sugerir los siguientes:

a. Son una fuente importante de atracción de capital extranjero, pues permite a los inversionistas transnacionales financiar proyectos manteniendo la flexibilidad que éstos exigen para asumir los riesgos asociados. Esto proporciona seguridad al inversionista, normalmente de países desarrollados, que ha sido entendida como mecanismo para impedir las trabas que tornan rígidos o complicados los movimientos de recursos.

b. Contribuyen a la satisfacción de las necesidades de la colectividad, al mejorar la eficiencia de las empresas y al elevar los niveles de la competencia.

c. Permiten mejorar el desarrollo de la tecnología, lo que hace posible, a su vez, una utilización adecuada y más eficiente de los recursos naturales.

d. Colaboran al fortalecimiento de la política industrial del Estado, al permitirse que se establezcan empresas conjuntas en el área de la investigación y el desarrollo tecnológico.

e. Hacen posible la obtención de desarrollos armónicos entre las distintas regiones del mundo, puesto que generan flujos de capitales y de tecnologías hacia países más alejados, incentivando su desarrollo económico.

3.2. Formas en que se manifiesta.

No obstante no existir límite para el ingenio de los empresarios en el afán de beneficiarse a través de la colaboración recíproca con sus pares, es posible esbozar, a modo meramente ejemplar, algunas figuras a través de las cuales se han materializado jurídicamente éstos esfuerzos. Para tales efectos recurriremos a la nómina elaborada por Fueyo⁴⁴:

- a. El “Joint Venture”;
- b. Los grupos de interés económico del Derecho francés;
- c. Los consorcios del Derecho italiano;
- ch. Las sociedades coligadas y los grupos de sociedades en la legislación brasileña;
- d. Los conglomerados;
- e. Los acuerdos de colaboración;
- f. El contrato de pool aeronáutico;
- g. Los contratos de asociación para la exploración y explotación petrolíferas;

⁴³ Ríos García, Mirians, “Joint Ventures como Forma de Colaboración Empresaria en Chile”. Ed. Cono Sur, Santiago, 2001, pág. 14.

⁴⁴ Fueyo Laneri, Fernando, Ob. Cit., pág. 23.

- h. El contrato de factoring;
- i. El contrato de franchising
- j. Las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas en la legislación argentina;
- k. El contrato de integración vertical;
- l. Dudosamente el “*Keiretsu*”, en la práctica empresarial japonesa;
- ll. El contrato de coedición;
- m. El contrato de exportación de fruta fresca que hace el productor chileno valiéndose de un agente comercializador que conduce la mercadería al hemisferio norte.

Todas las figuras mencionadas cuentan con bastantes elementos en común. Para comenzar, ninguna de las operaciones señaladas se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico chileno, por lo que según hemos visto, se trata de contratos atípicos. Al menos en nuestro Derecho.

En segundo lugar, sin perjuicio de su atipicidad, el listado que precede se refiere en su totalidad a contratos nominados. Son nominados, pese a la falta de consagración legal, pues se trata de figuras conocidas en la esfera comercial y empresarial, a las que se recurre en mayor o menor medida a la hora de pretender un acuerdo de colaboración y que poseen un nombre con el que se les designa⁴⁵.

Sin embargo, la posibilidad de pactar acuerdos de colaboración entre empresarios no se agota en las figuras que hemos mencionado precedentemente. El listado elaborado por el profesor Fueyo contempla las figuras más frecuentemente utilizadas para canalizar el trabajo coordinado entre dos o más agentes económicos, pero nada obsta a que la creatividad de los empresarios -y porqué no de los abogados- dé vida a figuras diversas, destinadas a satisfacer necesidades hasta ahora desconocidas. Hay espacio, en consecuencia, para una infinita gama de otros pactos, que harán su estreno en el mundo de las operaciones comerciales en la medida que aparezca la necesidad y el ingenio suficiente para darles forma.

En tercer lugar, y como consecuencia de su naturaleza atípica, los pactos de colaboración empresarial no dan nacimiento a una persona jurídica distinta de la de cada uno de sus creadores o partes.

El fundamento de esta característica radica en que nuestra legislación concede este beneficio sólo a aquellas figuras asociativas que se constituyan de conformidad a la ley, lo que traduce en que para optar a personalidad jurídica, la agrupación deberá vestirse con los ropajes de algún mecanismo regulado por el derecho civil o comercial, como por ejemplo, las sociedades, las corporaciones o las organizaciones comunitarias. Al tratarse de contratos asociativos no reglamentados por nuestra legislación, los pactos de colaboración empresarial jamás darán nacimiento a una persona distinta de sus partícipes. En todo caso,

⁴⁵ Cabe recordar que la costumbre es fuente de Derecho en nuestra legislación comercial, por lo que las prácticas o usos mercantiles tienen reconocimiento, en silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo (artículo cuarto del Código de Comercio). Al respecto, Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que “El Código (Civil) hubo de considerar la norma consuetudinaria, pues se dio cuenta que la legislación, por más general o casuista que sea, no puede llegar a comprender todas las modalidades que adoptan las relaciones de los hombres.” Alessandri, R., Arturo; Somarriva U., Manuel; y Vodanovic H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 157.

esta materia será revisada con minuciosidad más adelante⁴⁶, por lo que por ahora bastará con enunciar el tema.

Además, los contratos precedentemente enlistados implican un acuerdo entre dos o más partes en la generación de un proyecto de utilidad común. Uno de los conceptos centrales de la cooperación es su objetivo, vale decir, el proyecto que se desarrollará mediante la cooperación de las empresas participantes. Este proyecto común podrá ser de la más variada índole, sin importar el nivel de participación o utilidad que le signifique a cada uno de los partícipes. Cabe agregar que la participación en el negocio objeto del acuerdo de colaboración, jamás podrá significar la pérdida de la identidad de alguna de las partes. Si así fuera estaríamos en presencia de otra figura, distinta a un acuerdo de colaboración empresaria.

Por último, es un elemento común en todos los acuerdos de colaboración empresaria la utilidad o beneficio que cada uno de las empresas colaboradoras espera recibir del proyecto desarrollado en forma mancomunada. Sin embargo, y a diferencia de las sociedades civiles y comerciales⁴⁷, este beneficio no necesariamente debe significar una utilidad apreciable en dinero. Por lo tanto, los acuerdos de no competir en una zona determinada; de abstenerse de un negocio específico o de favorecerse en virtud de una publicidad común, constituyen un beneficio perfectamente plausible, a la hora de cumplir con este requisito.

3.3. Cooperación empresaria, alianzas estratégicas y Joint Venture.

Pese a que no siempre fue un tema pacífico, la doctrina moderna coincide en que la relación entre Joint Venture y colaboración empresaria es de especie a género⁴⁸. Por lo mismo, y como lo hemos expuesto en el acápite anterior, dentro de lo que hemos denominado “colaboración empresaria” existen otras formas de manifestación diversas al Joint Venture.

A su turno, el fenómeno “alianza estratégica” nace de las prácticas económicas y consiste en una manifestación de la colaboración empresaria a través de la cual dos o más empresas acuerdan coordinar parte de su capital, de sus conocimientos tecnológicos, o de su capacidad de investigación y desarrollo con miras a lograr un objetivo común. La alianza estratégica puede tener su origen en múltiples figuras legales, como en un Joint Venture, en otra figura asociativa, o bien, en una simple relación contractual.

Sin embargo, la nota distintiva de las alianzas estratégicas radica fundamentalmente en la relación de competidores que revisten sus partícipes. Dicho de otra manera, la alianza estratégica persigue obtener que dos o más empresas, competidoras entre sí y en igualdad de condiciones, desarrollen proyectos tecnológicos o de investigación en conjunto, compartiendo riesgos, capital, información, estructuras de producción, tecnología y know how, entre otros.

⁴⁶ Al respecto, ver punto 6.3. del capítulo sexto de nuestro trabajo de investigación.

⁴⁷ Nuestro Código Civil establece como requisito esencial en las sociedades la participación en los beneficios que provengan del negocio social. Clarificador es el inciso final del artículo 2.055 que señala que “No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero”.

⁴⁸ Marzorati, Osvaldo J., Ob. Cit., págs. 3 y 4.

No obstante lo anterior, distinguir estas figuras no es tarea fácil en la realidad económica actual, puesto que habitualmente los acuerdos entre empresas se formulan en términos complejos que involucran variadas operaciones que normalmente responden a necesidades económicas y no a modelos jurídicos preestablecidos. Es por ello que nos parece apropiado clasificar las diversas modalidades que adquiere la colaboración empresaria, para lo que seguiremos el modelo sugerido por Kuiper⁴⁹.

Según el tratadista holandés, los acuerdos entre dos o más empresas pueden serlo de tres formas diversas⁵⁰:

- a. Acuerdos de cooperación sin asociación de las empresas;
- b. Asociaciones integrales entre empresas; y
- c. Asociaciones parciales entre empresas.

Las primeras implican un compromiso recíproco de los partícipes de contribuir a un proyecto común de carácter específico. Por lo general en este tipo de acuerdos la relación contractual será sostenida en el tiempo y significará el nacimiento de un cúmulo de obligaciones para las partes.

Sin embargo, este vínculo jamás constituirá una empresa diversa a la de sus partícipes. Así, el pacto celebrado por dos empresarios vecinos de tomar en arrendamiento, en conjunto, un sitio destinado al estacionamiento de sus respectivos clientes cumplirá a cabalidad los requisitos para ser considerado en este grupo, pero evidentemente no constituirá una asociación entre ellos, ni significará la confusión de las empresas que participen en el acuerdo.

Por lo tanto, los acuerdos de cooperación son contratos atípicos destinados a permitir la colaboración entre empresas, sin crear un sujeto de derecho que gobierne el acuerdo. Aquí, los partícipes no establecen mecanismos de gestión comunes, sino que existe un pleno y total respeto a sus particulares independencias. Son, por ende, la manifestación más precaria de la colaboración entre empresarios.

En segundo lugar, las asociaciones integrales entre empresas, tal como su nombre lo dice, consisten en la confusión total de las identidades de dos o más empresas en una sola, que puede ser una de ellas, o bien, una nueva que se crea al efecto.

Este nivel de colaboración coincide con lo que en nuestro ordenamiento jurídico se conoce como “fusión”, que se encuentra tratada no en relación a la empresa, sino que al soporte jurídico que le da forma, esto es, la sociedad. En efecto, el artículo 99 de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas, define a la fusión como “... la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”.

En la fusión -que puede serlo por creación o por incorporación, dependiendo de si la sociedad que absorberá a las otras existía con anterioridad a la operación, o bien, se creó precisamente para esos efectos- la colaboración es total, a tal punto que desaparecen las

⁴⁹ Citado por Marzorati. Marzorati, Osvaldo J., Ob. Cit., pág. 5.

⁵⁰ Los autores argentinos Zaldívar, Manovil y Ragazzi proponen otra clasificación para las modalidades que presentan las variadas formas de agrupación en que se materializa la colaboración entre empresas. Para estos autores los procedimientos de agrupación pueden dividirse en métodos que no alteran las estructuras de las sociedades; métodos que alteran sus estructuras jurídicas internas; y métodos contractuales. Preferimos el modelo sugerido por Kuiper esencialmente por referirse a las empresas y no al soporte jurídico que les dan a estas su sustento. Zaldívar, Enrique; Manovil, Rafael M.; y Ragazzi, Guillermo E., Ob. Cit. págs. 24 a 29.

identidades de sus partícipes. En otros términos, en las asociaciones integrales no existe una actuación conjunta de dos o más empresas, sino que existe la actuación de una única entidad a la que se le han incorporado nuevas fuerzas provenientes de otros entes que desaparecieron precisamente en el proceso de incorporación.

De este modo, la fusión sería una de las formas más completas de colaboración entre empresas, toda vez que permite la integración total y definitiva de dos o más empresas, mejorando su posición en el mercado, disminuyendo costos y protegiéndose de las fluctuaciones de precios⁵¹.

Sin embargo, nosotros creemos que las asociaciones integrales entre empresas no son técnicamente mecanismos de colaboración empresarial, y ello debido a que no cumplen con uno de los requisitos esenciales para que dicha modalidad se configure, a saber, el resguardo de las respectivas identidades de los partícipes del acuerdo. En efecto, en las fusiones una o ambas empresas intervinientes desaparecen, dando lugar a un nuevo sujeto de derecho distinto a los que existían con anterioridad a su creación y que fueron absorbidos.

Por último, hemos señalado que existe una tercera manifestación de la colaboración entre empresas, que consiste en las asociaciones parciales. Existe este tipo de vínculo cuando la cooperación se realiza a través de una nueva empresa que absorbe las actividades realizadas conjuntamente, aún cuando los partícipes siguen siendo económica y legalmente independientes. Hablamos, en este caso, de que la colaboración se ha materializado a través de la constitución de un Joint Venture.

Sin embargo, y como veremos en el capítulo que sigue, existe una modalidad de Joint Venture que no crea un ente con una identidad legal separada e independiente de los “*coventurers*”. Esta modalidad denominada “Joint Venture contractual” o “*unincorporated Joint Venture*” se desarrolla a través de un elaborado planteamiento contractual, que constituye una empresa destinada a desarrollar un proyecto específico, pero como se dijo, carece de una entidad distinta a la de sus integrantes por la cual ésta se administre.

Sin perjuicio de que revisaremos con detención al Joint Venture en lo que resta de nuestro trabajo de investigación, podemos adelantar que éste -en todas sus modalidades- constituye una asociación parcial entre empresas, toda vez que su objeto es la creación de una empresa destinada a desarrollar una tarea específica en beneficio de sus partícipes. Por lo pronto nos interesa dejar en claro que la esencia de este tercer grupo de acuerdos entre empresas radica en la asociación destinada a desarrollar un proyecto conjunto que revestirá interés para sus partícipes.

Resumiendo lo que hemos señalado en este capítulo, y para poder seguir adelante con nuestra investigación sin caer en herméticos problemas terminológicos, trataremos como verdad a priori los siguientes conceptos, los que deberán ser entendidos de la siguiente manera:

a. Alianzas estratégicas: Son contratos a través de los cuales dos o más empresas pactan una serie de compromisos tendientes a obtener un objetivo común, en razón de existir competencia entre sus partícipes.

⁵¹ Marzorati, Osvaldo J., Ob. Cit., pág. 49.

b. Joint Ventures: Son contratos mediante los cuales dos o más empresarios se vinculan para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener de ella una utilidad o la solución de un problema que les afecta⁵².

c. Acuerdos de cooperación empresarial: Son relaciones bilaterales o plurilaterales destinadas a generar algún grado de colaboración entre dos o más empresas, sin crear un sujeto de derecho que gobierne el acuerdo y sin importar la naturaleza de la cooperación.

3.4. La colaboración en la pequeña y mediana empresa.

Aunque parezca a primera vista que los acuerdos de colaboración empresarial están reservados para operaciones de una magnitud considerable, lo cierto es que este fenómeno constituye un recurso que ha sido utilizado con éxito sin importar la cuantía del negocio de interés común, ni mucho menos las facultades de las empresas intervinientes.

En consecuencia, nada obsta a que pequeñas empresas acuerden desarrollar un negocio en forma conjunta, o bien, pacten coordinar -con otras- parte de sus actividades, sin sacrificar con ello sus respectivas independencias. Tal opción, por lo demás, les reportará significativas ventajas que, a un bajo costo, les facilitarán la tarea de subsistir en una economía cada día más exigente y competitiva.

Para el caso de las PYME, vale decir, de las pequeñas y medianas empresas⁵³, la colaboración empresarial constituye una herramienta valiosísima para los efectos de optimizar los escasos recursos humanos y económicos de que estas pueden disponer, mejorando considerablemente la organización, gestión y productividad de las empresas partícipes.

De esta manera, la colaboración entre pequeños y medianos empresarios ayuda a resolver cinco grandes problemas que se presentan en forma habitual en aquellas unidades productivas que por sus ventas, volumen de negocios, o bien, por el número de su personal empleado, no revisten la calidad de grandes empresas:

a. Les permite acceder al sistema financiero, al cual por lo general no podrán recurrir individualmente, por falta de garantías que avalen los créditos requeridos⁵⁴ .;

⁵² Por ahora nos bastará esta definición, sin perjuicio que más adelante desarrollaremos en detalle al contrato de Joint Venture, caracterizándolo no solo en cuanto a sus elementos esenciales, sino que también en atención a sus principales características y modalidades.

⁵³ En nuestro país, para clasificar a las empresas en atención a su tamaño, se ha empleado la variable de las ventas netas. En tal sentido, en los organismos relacionados con su fomento y promoción se ha aplicado el criterio proporcionado por CORFO, en virtud del cual se entiende por microempresa aquella cuyo volumen anual de ventas es inferior a 2.400 unidades de fomento; por pequeña empresa aquella que sus ventas anuales superan las 2.401 unidades de fomento, pero son inferiores a 25.000 unidades de fomento; por mediana empresa aquella que anualmente vende entre 25.001 y 50.000 unidades de fomento; y por gran empresa aquella que realiza ventas anuales superiores a 50.000 unidades de fomento.

⁵⁴ Como consecuencia de la falta de garantías propio de las PYME, esta categoría de empresas se ha visto históricamente en la necesidad de recurrir a la ayuda financiera de prestamistas, solución que es perjudicial para éstas debido al alto costo que dichos capitales traen aparejados.

b. Hace posible aprovechar las ventajas comparativas de otras empresas en relación al diseño y desarrollo de productos y tecnología, lo que les permite reducir sus costos operacionales y ofrecer, a su clientela, bienes o servicios de mejor calidad;

c. Les permite compartir los costos, y por ende, tener acceso a asesorías externas de alto nivel, relativas a implementación de tecnología avanzada; administración; contabilidad; y finanzas, entre otras, imposibles de asumir en forma particular;

d. Mejora significativamente las capacidades de los partícipes del acuerdo de colaboración en la compra de materias primas, posibilitando -de este modo- el acceso al comercio mayorista a precios y en condiciones preferentes. Además, les permite reducir los costos de transporte y gestión en dichas operaciones; y

e. Les permite ofrecer sus productos o servicios en mercados más extensos, imposibles de abordar en forma individual, lo que les otorga la posibilidad de competir -en condiciones similares- con empresas de mayor envergadura.

En Chile, las pequeñas y medianas empresas representan un componente importante en relación a nuestra realidad productiva. En efecto, al menos en nuestro país, casi un 50% del sector laboralmente activo trabaja en este tipo de empresas⁵⁵. Sin embargo, distinta es la situación relativa a las ventas que estas generan (23,7% en 1997)⁵⁶, que si bien es cierto que no se trata de una cifra para nada despreciable, estas no se condicen con su importancia a nivel de presencia y ocupación.

Es por ello que, desde el año 1991, existe -en nuestro país- una política explícita de apoyo a las PYME, que entre los múltiples instrumentos utilizados para su fomento, es posible observar una serie de medidas dirigidas a fomentar la asociatividad entre ellas. Tales medidas han sido canalizadas a través de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO)⁵⁷.

En esta materia, la CORFO ha implementado los PROFO o Proyectos Asociativos de Fomento, en virtud de los cuales el Estado coopera en el financiamiento de un conjunto de acciones, emprendidas por un grupo integrado inicialmente por al menos cinco empresas, destinadas a lograr metas comunes al grupo, mediante su accionar en forma conjunta. En este sentido, el instituto nombrado, a través del Servicio de Cooperación Técnica, ha promovido el empleo de algunas figuras asociativas destinadas a minimizar las deficiencias propias de las PYME, entre las que destacan las cooperativas de ahorro, crédito y garantía; los Joint Venture; las centrales de abastecimiento; y las asociaciones de comercialización.

Tal política obedece a un reconocimiento de la necesidad de la pequeña y mediana empresa de asociar su actuar productivo a otra u otras de su misma condición, a objeto de poder competir exitosamente en el mercado nacional e internacional.

Es por ello que la colaboración empresaria no solo constituye un mecanismo deseable a la hora de optimizar los recursos productivos en la pequeña y mediana empresa, sino que - hoy en día - ha pasado a ser una herramienta indispensable para que éstas puedan competir en condiciones igualitarias con aquellas empresas que, por sus volúmenes de producción,

⁵⁵ Según estudios del Departamento de Información Social de MIDEPLAN realizados en 1996, el 47,73% de la población laboralmente ocupada se desempeña en pequeñas y medianas empresas.

⁵⁶ Fuente: CORFO sobre la base de información del Servicio de Impuestos Internos.

⁵⁷ La Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) es un organismo del Estado chileno fundado en 1939 con el objetivo de promover el desarrollo industrial y productivo nacional.

son capaces de acceder a beneficios inalcanzables para los pequeños oferentes de bienes y servicios.

3.5. Reconocimiento, regulación y protección de la colaboración empresaria en Chile.

Hemos señalado con insistencia que en nuestro país no existe una legislación especial que se haga cargo de la cooperación empresaria, ni mucho menos, de los vehículos jurídicos por los cuales ésta habitualmente se materializa, vale decir, de los contratos de colaboración entre empresas.

Sin embargo, y aunque el Derecho chileno no regule estas formas modernas de asociación, lo cierto es que siempre habrá espacio para la creación de figuras asociativas en virtud de la autonomía de la voluntad de las personas, evidentemente en la medida que se respeten la moral, el orden público y la seguridad del Estado⁵⁸. En consecuencia, si una persona desea asociarse a otra u otras deberá hacerlo de acuerdo a alguna de las figuras que actualmente existen, o bien, podrá agruparse de cualquier otro modo en virtud de la libertad contractual que le concede la Constitución Política de la República, con la única limitación indicada. Esta facultad, que se ha denominado doctrinariamente “*numerus apertus* de las formas de asociación”, recoge la voluntad contractual de las partes, dándole a ésta plena fuerza legal.

No cabe referirnos en este momento a las figuras asociativas reguladas por la Ley, sino que, por el contrario, parece necesario ahondar en los contratos de colaboración empresario de naturaleza atípica.

Teniendo siempre presente la libertad de asociación que nos garantiza nuestra Carta Fundamental, y en especial, la libertad contractual que inspira toda nuestra legislación civil, es indubitable que no existen límites para que los empresarios se relacionen de la manera que les parezca con sus pares, en miras a la obtención de beneficios económicos.

En efecto, tal como lo señalamos en el capítulo relativo a los contratos, nuestra legislación civil y comercial no establece un catálogo de los actos jurídicos que de ser celebrados por las partes gozarán del privilegio de ser una ley para estas. Nuestro ordenamiento jurídico se limita a tipificar y regular algunos de ellos, entregando al ingenio de las personas el derecho a obligarse creando la figura que mejor interprete sus particulares intereses comerciales o industriales. Esta peculiaridad, que no es más que una consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, se traduce en una amplísima facultad de obligarse incluso a través de contratos distintos a los concebidos por la Ley.

En tal sentido, la libertad contractual es, quizás, la manifestación más concreta del principio de la autonomía de la voluntad, que inspira nuestro derecho civil patrimonial, y consiste en el derecho a elegir si deseo o no celebrar un contrato; y en el evento que lo desee, el contenido del contrato y la persona con la cual lo celebraré.

Si a ello sumamos la libertad que contamos para asociarnos sin permiso previo, no podemos sino concluir una infinita gama de posibilidades de modalidades sobre las cuales construir acuerdos de colaboración empresaria.

⁵⁸ El artículo 19 N° 15 de nuestra Constitución Política de la República reconoce el derecho de asociarse sin permiso previo y establece como único límite a este derecho aquellas asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

Sin embargo, la ausencia de una normativa que regule los mecanismos de colaboración trae aparejada, al menos en una primera lectura, la inexistencia de normas que suplan la voluntad de las partes para el evento que se generen conflictos no previstos por los partícipes, durante la vida del acuerdo de colaboración. En tal caso, el derecho poco ayudaría a resolver los inconvenientes a los que las partes se verán enfrentadas debido a su falta de previsión.

Es por ello que los contratos que se refieran a colaboración deberán ser minuciosos a la hora de detallar todas y cada una de las eventuales alternativas de derechos y obligaciones que se quieran establecer para regular la eficacia del acuerdo y despejar toda posibilidad de sorpresas durante su vigencia.

No obstante lo anterior, en nuestro Derecho la normativa legal ausente da paso a la normativa contractual con pleno vigor⁵⁹. En otras palabras no hace falta ley expresa que consagre el contrato de colaboración que se desee celebrar. Basta el acuerdo de voluntades destinado a obtener el fin perseguido.

Estas ideas fueron recogidas en las Conclusiones que expidió la Comisión N° 1 y que aprobó el Pleno de las II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, de abril de 1991. “Los contratos de colaboración empresaria atípicos están regidos: a) por las normas imperativas, que incluyen los “*standards*” de moral, buena fe e impedimento para obrar abusivamente; b) por la autonomía de la voluntad; c) por las normas generales, en cuanto sean compatibles con la finalidad y la economía del contrato. Los usos sólo son relevantes cuando se adecuan a criterios valorativos”⁶⁰.

Además, la ausencia de norma expresa que hemos descrito no obsta a que la interpretación de los contratos de colaboración se someta a las normas que establecen los artículos 1560 y siguientes de nuestro Código Civil, que hace prevalecer la intención de los contratantes por sobre el texto expreso de sus cláusulas⁶¹.

Por último, cabe hacer presente que la posibilidad de echar mano a los contratos de colaboración empresaria nace de derechos consagrados por la Constitución Política de la República, y por ende, su acceso y ejercicio se encuentran protegidos por ella. Como consecuencia de lo anterior, nadie podrá desconocer su existencia, ni impedir que los empresarios se asocien a través de este particular género de contratos, estén regulados o no por la letra de la Ley.

⁵⁹ Fueyo Laneri, Fernando, Ob. Cit., pág. 18.

⁶⁰ Documento citado por Fernando Fueyo Laneri y que corresponde a parte de las conclusiones obtenidas en el marco de las II Jornadas de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, realizadas los días 18, 19 y 20 de abril de 1991, que tuvo como tema “Los contratos de dominación y colaboración empresaria”. Fueyo Laneri, Fernando, Ob. Cit., pág. 18.

⁶¹ Como ya lo hemos sugerido, en nuestro ordenamiento jurídico la ausencia de norma jurídica expresa que regule un contrato no es sinónimo de “vacío” o “laguna” legal. Existen principios y directrices precisamente destinados a cubrir la falta de anticipación o previsión propia de un sistema legal codificado. Por lo demás, el artículo N° 73 inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República, en concordancia con el inciso segundo del artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales consagra lo que se ha denominado “principio de inexcusabilidad del poder judicial”, en virtud del cual reclamada la intervención de los tribunales de justicia, no podrán, estos, excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión. En consecuencia, de no existir norma expresa los tribunales deberán recurrir en última instancia a los principios generales del Derecho y a la equidad natural.

3.6. La experiencia de la Comunidad Europea.

Aunque el derecho comparado no es fuente de Derecho chileno y por lo mismo, no nos vincula positivamente, resulta oportuno, a estas alturas, revisar a grosso modo la experiencia de algún sistema legislativo que sí contemple y reglamente algunos tipos de mecanismos de colaboración empresaria.

Dada la importancia económica que tiene, esbozaremos a continuación algunas consideraciones relativas al tratamiento que se le ha dado a los acuerdos de colaboración empresaria en la Comunidad Europea. Tal tarea -creemos- nos ayudará a sistematizar instituciones que existen en nuestro país, pero que su fuente no son los textos legales, sino que nacen de la aplicación práctica de la autonomía de la voluntad. Por lo demás, la creciente relación comercial que nuestro país sostiene con esta coalición económica, hace indispensable hoy en día observar su comportamiento en relación a la recepción institucional de las nuevas tendencias del derecho mercantil.

Pues bien, la Comunidad Europea -hoy en día Unión Europea- es muchísimo más que un mero acuerdo económico entre los países que la integran. En efecto, cuando se suscribió el Tratado de Roma, el día 25 de marzo de 1957, acuerdo que dio inicio a este progresivo pacto de integración, los seis países que originalmente suscribieron el tratado⁶² buscaron alcanzar los siguientes objetivos: la supresión de las barreras comerciales entre los países miembros; el establecimiento de una política comercial común con respecto a terceros países, no pertenecientes a la Comunidad; la coordinación de las políticas agrícolas, económicas y de transportes; la eliminación de aquellas medidas, públicas o privadas, que restringieran la libre competencia, y asegurar la libertad de movimiento de capitales, trabajo y mano de obra entre los países firmantes.

Sin embargo, este acto inicial sería sólo el comienzo de un impresionante proceso de coalición política y económica entre los países del norte⁶³. En el fondo, lo que comenzó siendo una suerte de tratado de libre comercio ha pasado a ser una compleja red de acuerdos supranacionales que en muchas materias desplazan a las normativas internas de los países que la integran, privilegiando –de este modo- al grupo, por sobre las naciones participantes.

Este acuerdo, en consecuencia, da lugar a una serie de regulaciones vinculantes para los países de la Comunidad, la que actualmente cuenta con un parlamento orientado a la generación de normas jurídicas para el acuerdo y tribunales creados para la solución de los conflictos, entre otros órganos comunitarios.

Tal vez el paradigma del nivel de integración del que nos referimos lo constituye la aplicación -a principios del año 2002- de una moneda única, válida en todas las naciones adherentes al Tratado de Roma⁶⁴.

⁶² Los firmantes del histórico acuerdo fueron Christian Pineau por Francia, Joseph Luns por los Países Bajos, [Paul Henri Spaak](#) por Bélgica, [Joseph Bech](#) por Luxemburgo, Antonio Segni por Italia y [Konrad Adenauer](#) por la República Federal de Alemania.

⁶³ En efecto, el preámbulo del tratado que instituyó la Comunidad Económica Europea afirmaba que los estados signatarios estaban “*determinados a establecer los fundamentos de una unión sin fisuras más estrecha entre los países europeos*”, lo que daba una clara señal del objetivo político de integración progresiva entre los países miembros, perseguido por el acuerdo.

⁶⁴ Nos referimos al “Euro”, moneda que desplazó a la que antiguamente tenían los países integrantes de la Comunidad Europea.

Es -quizás- debido a lo anterior, que el tema del Derecho dentro de la Comunidad no es simple, y ello al menos en un doble sentido: En primer lugar, debido al sistema que regula los efectos de su normativa para los estados que la integran; y luego, en atención a las consecuencias que puede acarrear la infracción de sus normas.

En efecto, ciertas normas que dictan órganos de la Comunidad imponen u obligan a los estados miembros a introducir cambios en sus legislaciones internas, pero son obligatorias en cada país cuando ocurren tales reformas. Tal es el caso de las llamadas directrices de la Comunidad Europea. Otras, como el Tratado de Roma, tienen vigencia cuando entran en vigor como tratado internacional⁶⁵. Ahora, en relación a las consecuencias derivadas de la infracción de la normativa comunitaria, el sistema jurídico de la Comunidad contempla tribunales propios, competentes para conocer de las denuncias derivadas de dicha infracción.

Los acuerdos de colaboración empresaria, y en particular el Joint Venture, han sido minuciosamente tratados desde el punto de vista comunitario, sin embargo, su recepción a sido, en su mayoría, centrada en torno a la problemática del derecho de la libre competencia. En ese sentido, se ha señalado acertadamente que “a la Comisión no le interesa la vestidura legal que adquiere la Joint Venture, y únicamente le preocupan sus efectos competitivos”⁶⁶. Sin embargo, la sola referencia a estas manifestaciones de colaboración empresaria ha permitido -al menos- el reconocimiento expreso de su existencia y, en muchos casos, la consagración de definiciones que se hagan cargo de sus principales características y consecuencias, sean éstas económicas o jurídicas.

En una primera etapa de madurez de la normativa de la Comunidad el debate se centró en la compatibilidad que existía en los acuerdos de colaboración y lo dispuesto por lo artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, que se refieren a la libre competencia dentro de la Comunidad⁶⁷. En tal sentido, las normas citadas proscriben aquellos acuerdos entre empresas que produzcan mermas a la libre competencia, no obstante establecer casos en que se justificaría una exención o una autorización⁶⁸.

⁶⁵ Puelma Accorsi, Álvaro, “Sociedades”, Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 48.

⁶⁶ Miquel Rodríguez, Jorge, “La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 63.

⁶⁷ El artículo 85 del Tratado de Roma comienza señalando que “*s erán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos*”.

⁶⁸ Por su parte, el numeral tercero del artículo 85 del Tratado de Roma establece que “*No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a. impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b. ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*”.

Sin embargo, el 21 de septiembre de 1990 entra en vigencia el Reglamento 4.064/1989 sobre control de concentraciones, normativa que tuvo por objeto delimitar, dentro del contexto de la protección de la libre competencia, el rol positivo y negativo que producen los pactos de colaboración empresarial en el sistema económico comunitario. En este sentido, el texto indicado se preocupó por distinguir la alianzas cooperativas de las concentrativas, catalogando -a estas últimas- como contrarias a la libre competencia⁶⁹.

La gran virtud de este cuerpo normativo la constituyó su preocupación por conceptualizar las diversas formas en que se manifiesta la colaboración entre empresas, distinguiéndolas en atención a las diversas intensidades que –en definitiva- permiten distinguir unas de otras.

Por último, la colaboración empresarial ha sido incorporada a la normativa comunitaria dentro del contexto del fomento al desarrollo de la actividad empresarial e industrial dentro de la coalición. En este sentido los órganos de la Comunidad han comprendido la importancia de la actividad conjunta de las empresas para el fortalecimiento de las economías de las naciones, lo que se ha traducido en una política de incentivo a la colaboración, al menos en la pequeña y mediana empresa. Un ejemplo de esto último lo constituye la Decisión de la Comisión de fecha cinco de noviembre de 1997, por la que se aprueba un mecanismo de apoyo a la creación de empresas conjuntas transnacionales para las PYME⁷⁰ dentro de la Comunidad.

En consecuencia, sin referirse directamente a ellos, la normativa de la Comunidad Europea se ha visto obligada a regular algunos de los efectos producidos por los acuerdos de colaboración empresarial. Tal necesidad se funda en que algunas legislaciones internas de países de la Comunidad han considerado y reglamentado tales figuras, por lo que actualmente constituyen una realidad no sólo fáctica, sino que también jurídica, que no puede dejarse de lado a la hora de proteger los intereses económicos de la Unión Europea.

En todo caso, el tratamiento que la Comunidad Europea le concede a las formas de colaboración que nos ocupan ha sido sólo tangencial, en el sentido que sólo ha delimitado sus efectos y consecuencias en las áreas más sensibles para la economía del bloque, lo que no obsta a que en el futuro podamos acceder a un detallado y minucioso tratamiento y reglamentación de sus formas más consagradas por los usos mercantiles actuales.

⁶⁹ Para tales efectos el artículo tercero del Reglamento (CEE) Num. 4064/89 Del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el Control de las Operaciones de Concentración entre Empresas definió lo que se entiende por concentración, que se entiende por control y que conductas no importan concentración de empresas.

⁷⁰ El anexo de la Recomendación 96/280/CE de la Comisión definió a la PYME (pequeña y mediana empresa) como aquella que: - emplee a menos de 250 personas; - cuyo volumen de negocios no supere los 40 millones de ecus, o cuyo activo total no supere los 27 millones de ecus; - y respete el criterio de independencia.

CAPÍTULO IV LA EMPRESA CONJUNTA (JOINT VENTURE)

4.1. Concepto.

El Joint Venture es una forma de asociación interempresaria, que se materializa formalmente por la vía de un contrato, y que en la práctica se manifiesta como un vehículo de cooperación empresarial que actúa como tal en el ámbito mercantil. Dicho de otra manera, constituye un mecanismo, que a través de la colaboración estratégica entre dos o más empresas, persigue aprovechar la sinergia producida por actuar conjuntamente en una misma dirección, conservando, en lo demás, la independencia de sus partícipes.

Su nombre proviene de la expresión anglosajona “*joint adventure*”, vale decir, “aventura conjunta”, que en palabras de Sánchez Domínguez “de ello se colige que dicha expresión no busca aludir al tipo de relación existente entre los partícipes, sino al riesgo que implica el proyecto de inversión que asumen las partes⁷¹”.

En los países de habla hispana normalmente se encuentra denominado de alguna otra manera, especialmente por su parecido a otras instituciones consagradas en dichas naciones a través de las prácticas mercantiles y económicas. Es por ello que muchas veces se habla de “consorcio”, de “pacto de colaboración empresarial”, o bien, de alguna otra forma que refleje esa característica de unión para realizar un negocio, esencial en el Joint Venture. En realidad, actualmente el Joint Venture no consiste en una figura contractual determinada, “sino que constituye un fenómeno jurídico, un hecho constituido por una verdadera malla o red de contratos debidamente coordinados en orden a la consecución de un mismo objetivo económico.”⁷².

Originalmente constituyó una forma de posibilitar inversiones extranjeras directas en países donde las legislaciones consagraron restricciones, permitiendo que las multinacionales pudieran actuar asociadas a empresas locales⁷³. En efecto, cuando ingresó por primera vez a países como el nuestro, el Joint Venture fue utilizado únicamente para ser un vehículo de inversión extranjera, y ello a través de la técnica de vincular dos o más empresas, normalmente de nacionalidades diversas, con el objeto de desarrollar un negocio en forma conjunta. Por lo mismo, al menos en cuanto a su aplicación práctica, el contrato que nos ocupa ha sido fuente de vinculación de potencias económicas extranjeras, con empresarios nacionales que ya han incursionado en alguna actividad económica con algún grado de éxito.

Actualmente se ha diversificado su finalidad, constituyéndose para bastantes otros propósitos, entre los cuales cabe destacar, el superar barreras de ingreso; acceder a

⁷¹ Citado por Fernando Fueyo. Fueyo Laneri, Fernando, “Los Contratos de Colaboración Empresarial”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 24.

⁷² Tala Japaz, Alberto, “El Contrato Internacional de Joint Venture como instituto jurídico reactivo a los Procesos de Nacionalización”, artículo incluido en la Gaceta Jurídica N° 199, 1997, pág. 9.

⁷³ Villegas, Carlos Gilberto, “Tratado de las sociedades”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pág. 435.

economías de escala; completar y aunar conocimientos y técnicas; procurar la protección recíproca de los partícipes; y disminuir costos de producción o de transporte.

La doctrina ubica al origen del Joint Venture en el derecho anglosajón, como una de las formas de organización en que se manifestaron las aventuras marítimas de colonización, primero, y comercio, después, de ultramar. En estos casos el Poder Real otorgaba el derecho exclusivo a estas empresas denominadas “*merchant adventures*”, para desarrollar dicha actividad. Sin embargo, de ellas básicamente se extrajo el nombre y la idea de la reunión de intereses para el desarrollo de un negocio específico.

También se ha dicho que el origen del Joint Venture se encontraría en la “*comenda*”, institución del medioevo italiano. Este negocio, que a su vez proviene del mandato, consistía en la reunión de dos o más “inversionistas”, quienes encomendaban a un comerciante la ejecución de un negocio concreto, pero prolongado en el tiempo. Nacen, asimismo, de esta institución el contrato de asociación o cuentas en participación y la sociedad en comandita.

Por su parte, la expresión “*Joint Venture*” fue acuñada en 1808 por la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses⁷⁴. Con ella se pretendió aludir a asociaciones sin connotación societaria, limitadas en cuanto a su alcance y duración.

Sin embargo, el concepto Joint Venture y la institución tal como se conoce en nuestros días es fruto de la elaboración jurisprudencial de los tribunales superiores de los Estados Unidos de América. En 1890 la Corte Suprema norteamericana dictaminó que las “*partnerships*” (sociedades de personas) no podían estar integradas por personas jurídicas⁷⁵. Por ello, para realizar negocios conjuntos las “*corporations*” (sociedades de capital) tuvieron que recurrir a formas de vinculación diversas a las societarias. De esta manera, amparándose en la libertad contractual y en el derecho de asociación las empresas estadounidenses de finales del siglo diecinueve crearon lo que hoy en día llamamos Joint Venture⁷⁶.

Una última etapa en el desarrollo del Joint Venture ha sido ubicada por la doctrina en el período que sucede a la Segunda Guerra Mundial. Concluidas las acciones bélicas en Europa nace una necesidad de reconstrucción y de cooperación comercial e industrial inmediata, la que unida al apogeo económico de los Estados Unidos se traduce en la introducción en Europa de recursos americanos. Principalmente motivados por la ausencia de garantías para avalar el cumplimiento de dichas obligaciones crediticias, los inversionistas norteamericanos impusieron una fórmula de participación y colaboración en los riesgos: el Joint Venture.

⁷⁴ Velásquez Cabello, Francisco Javier, “El contrato de Joint Venture”, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1997, pág. 17.

⁷⁵ Esta tesis de los tribunales estadounidenses se fundó en la doctrina *ultra vires*, que impedía que sociedades de capital fueran socias de sociedades de personas por entender que se vulneraba la limitación en el objeto. Miquel Rodríguez, Jorge, “La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 94.

⁷⁶ En relación al origen del Joint Venture, Torres Zagal señala que “Nace el joint venture en lo jurídico como una creación jurisprudencial a fines del siglo XIX y en el siglo XX adquiere reconocimiento legal. Así en Inglaterra en la Partner Ship Act de 1890, -Proyecto de Sir Pollok- y en Estados Unidos en la Uniform Partner Ship Act y en la Uniform Limited Partner Ship Act 1914 basados en el Common law y hoy adoptados en la mayoría de los Estados Unidos. El joint venture adquiere difusión y aplicación después de la Segunda Guerra mundial en Europa y Estados Unidos, con gran aplicación a la industria extractiva, obras de envergadura y en especial en la industria petrolera en los países árabes, por sus bondades y seguridades para adaptarse eficazmente a la inversión coparticipada (por ejemplo en los contratos Kuwait -B.P. Gulf Oil y ENI- Libia de septiembre de 1972). Torres Zagal, Oscar Andrés, “Comentarios Jurídicos Sobre El Contrato De Joint Venture” artículo incluido en la Gaceta Jurídica, N° 163, 1994, pág. 12.

Teniendo presente su origen y naturaleza esencialmente atípica, en la que no es posible delimitar dogmáticamente su contenido, la doctrina ha esbozado numerosas definiciones, permitiéndonos de algún modo intuir sus rasgos propios, que diferencian al Joint Venture de otras instituciones similares. Creemos que las que nos ayudarán a comprender su naturaleza son las siguientes:

1. Fernando Fueyo define al Joint Venture como “una asociación de dos o más entes jurídicos que se unen para llevar a cabo operaciones comerciales, y aún civiles, de gran envergadura económico-financiera, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades, y soportándose los riesgos correspondientes según convenios que se establecen entre ellas y que, por consiguiente, pueden ser de contenido variable”⁷⁷.

2. Francisco Javier Velásquez, citando a Bunge, nos dice que el Joint Venture es “un mecanismo destinado a la ejecución de un negocio transitorio en donde las partes evitan formas asociativas, se trata de agrupamientos de empresas, en los cuales la unión de las partes tiene un propósito específico, fuera del cual permanecen libres para desarrollar todo tipo de negocios, inclusive aquellos que presentan un grado de competencia con el proyecto en conjunto ejecutado”⁷⁸.

3. Por su parte, Alejandra Ríos García nos indica que es “una forma asociativa sui generis 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”⁷⁹.

4. Rowley, citado por Le Pera lo define señalando que es “una asociación de dos o más personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad”.

Pese a que la definición elaborada por Fueyo parece ser la más completa y comprehensiva, consideramos la última definición la más apropiada para entender la naturaleza de esta figura, toda vez que junto con ser sencilla, explica sus tres elementos esenciales, a saber, que se trata de una asociación o agrupación de personas; que tiene por objeto realizar una única empresa comercial; y que dicha actividad se realiza para obtener un beneficio:

a. Es la reunión de dos o más personas: Como figura asociativa que es, pretende vincular económicamente a dos o más personas. En la práctica se unen habitualmente grupos o intereses económicos, sin embargo basta que se reúnan personas (naturales o jurídicas) para que nos encontremos frente a un Joint Venture.

b. Su objeto es la realización de una única empresa comercial: se refiere al carácter específico del proyecto que se pretende desarrollar. Si se desea llevar a cabo una gestión comercial permanente y generalizada, lo normal será que se haga uso de otras formas de agrupación, como lo son las sociedades.

c. Finalidad de obtener beneficios: El interés que tienen los partícipes de un Joint Venture será siempre de índole económico. No obstante lo anterior, la doctrina ha sido conteste en entender este beneficio en forma bastante más amplia que en el caso de las sociedades, y por ende ha permitido que el provecho o beneficio sea incluso una abstención

⁷⁷ Fueyo Laneri, Fernando, “Los Contratos de Colaboración Empresaria”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 25.

⁷⁸ Velásquez Cabello, Francisco Javier, Ob. Cit., pág. 19.

⁷⁹ Ríos García, Mirians, “Joint Ventures como Forma de Colaboración Empresaria en Chile”. Ed. Cono Sur, Santiago, 2001,

por parte del copartícipe. Es por ello que se habla de beneficios, que es un concepto económico y no de utilidades, que es un concepto jurídico⁸⁰.

Habiendo conceptualizado al contrato que nos ocupa, y antes de extendernos más en relación a lo que el Joint Venture es, nos parece útil abordar sus principales características. Tal labor nos ayudará a diferenciar nuestra institución de otras figuras de carácter asociativo, como lo son las sociedades, las asociaciones, las corporaciones y las organizaciones comunitarias. Para esto, hemos seguido en parte la estructura sugerida por Torres Zagal⁸¹.

1. Es un contrato: Consiste en un acuerdo de voluntades de dos o más empresarios orientado a la realización de un negocio específico, con el fin de obtener una utilidad. Como tal genera derechos y obligaciones para las partes intervinientes⁸².

Formalmente el Joint Venture puede manifestarse bajo formas societarias o a través de una estructura contractual simple y única. En el primer caso nuestro contrato estará integrado por numerosos y complejos actos jurídicos dependientes unos de otros y dirigidos a un objetivo único.

2. Es una figura ad hoc: Está destinado a un proyecto único y específico y no al desarrollo de una actividad comercial permanente. Esta característica es la que distingue al Joint Venture de las figuras más conservadoras del derecho comercial.

3. Requiere de una contribución: Al igual que en la mayoría de las figuras asociativas, para que haya un Joint Venture los partícipes o “coventurers” deben efectuar una contribución a la aventura común. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre sobre todo respecto de las sociedades, en el caso del contrato de Joint Venture la contribución se entiende en un sentido más amplio que el de “aporte” a que se refieren los artículos 2082 y siguientes de nuestro Código Civil. Acá se ha estimado que la contribución puede ser en dinero, en bienes, en industria, en tecnología o en cualquier otro tipo de recurso que reporte utilidad al negocio, como los intangibles, por ejemplo. Es más, las prácticas comerciales han permitido que la contribución incluso sea el abstenerse de desarrollar una actividad determinada⁸³.

4. Su finalidad es la búsqueda de una utilidad común: El Joint Venture es un contrato oneroso, pues tiene por objeto la utilidad de todos los contratantes. Sin embargo, este objetivo encuentra ciertos matices en el contrato que nos ocupa, puesto que más que perseguir una “utilidad” -que es un concepto consagrado en el Derecho- busca obtener una ventaja económica en términos amplios. En consecuencia, el objetivo de la Empresa

⁸⁰ A la luz de lo que prescribe el artículo 1.440 de nuestro Código Civil, no cabe duda que el Joint Venture es un contrato oneroso, pues tiene por objeto la utilidad de todos los contratantes. El hecho de que el beneficio obtenido sea la abstención de uno de los coventurers de realizar un acto o de participar en un negocio no cambia la situación, puesto que el concepto de “beneficio” aquí empleado debe ser entendido en términos económicos, vale decir, como una ventaja o utilidad para el partícipe. Por lo demás, esta utilidad puede serlo directamente en el proyecto conjunto, o bien, indirectamente, en beneficio de los negocios particulares de la empresa participante del pacto.

⁸¹ Torres Zagal, Oscar Andrés, “Comentarios Jurídicos Sobre El Contrato De Joint Venture” artículo incluido en la Gaceta Jurídica, N° 163, 1994, págs. 13 y 14.

⁸² Al respecto, ver punto 6.1. del capítulo sexto del presente trabajo de investigación.

⁸³ De la misma manera como ocurre en cuanto a la finalidad de obtener beneficios, en relación a la contribución que cada partícipe debe hacer al Joint Venture, ésta debe ser entendida siempre en términos económicos. Así, una empresa puede contribuir al proyecto conjunto tanto con una suma de dinero, como con una marca comercial, e incluso con un conocimiento específico en alguna materia (know how) o con una posición en un mercado. En síntesis, la flexibilidad y tolerancia que existe en esta materia en el contrato de Joint Venture lo convierten de por sí en una figura particular y distinta a otras reguladas por nuestro actual derecho mercantil.

Conjunta no debe ser traducido como la búsqueda de un mero incremento patrimonial, sino que debe entenderse como la persecución de una mejora en la situación económica de las empresas que adhieren al acuerdo de colaboración.

5. Consecuencialmente, y como reflejo o contrapartida de lo señalado en el numeral anterior, obliga a los “*coventurers*” a participar de las pérdidas del negocio conjunto.

6. Genera deberes fiduciarios entre los partícipes del Joint Venture. Por ser una forma de colaboración empresaria, las empresas participantes deben compartir conocimientos y experiencias, por lo que la confianza recíproca durante la vida del contrato, será requisito esencial del mismo⁸⁴.

7. Crea una recíproca facultad para representar y obligar al otro (mutual agency): Uno de los rasgos más particulares del Joint Venture dice relación con su administración. Normalmente cada partícipe en el contrato tiene la facultad para obligar al otro frente a terceros, dentro del contexto del Joint Venture, incluso a los ocultos o secretos. Esta característica se deriva directamente de la falta de personalidad jurídica de esta institución, lo que implica que frente a terceros no existe un órgano que la obligue válidamente.

La constitución de una estructura organizativa que asegure un igual poder de control de los partícipes en la ejecución del contrato es de especial trascendencia en los contratos de Joint Venture. Normalmente se crea un órgano denominado “Comité de Gestión”, el que será conducido o gobernado en forma paritaria por los partícipes del acuerdo.

8. Implica necesariamente el control conjunto del negocio. Esta característica es la que distingue al Joint Venture de otras formas de colaboración empresarial. Además, en la Empresa Conjunta, el manejo de la gestión empresarial, así como la dirección del proyecto es compartido por los partícipes en atención al rol que cada uno cumpla en el negocio.

9. Se busca expresamente convenir en una relación de colaboración que excluya toda relación social: No obstante se suele canalizar el Joint Venture a través de una sociedad que le sirve de instrumento, la voluntad real de los “*coventurers*” será siempre la de escapar de la rigidez y de las ataduras propias de las sociedades.

De todo lo expuesto, es posible a estas alturas tener una noción más o menos concreta del concepto y de las características del contrato de Joint Venture. Sin embargo, nos falta revisar a nuestra figura desde una perspectiva dinámica, vale decir, a través de un ángulo funcional u operacional que nos permita acercarnos a una visión más pragmática de su esencia, la que como ya hemos señalado con insistencia, tiene una existencia más económica que jurídica.

4.2. Funciones.

Hemos señalado ya que la doctrina ha encontrado numerosas dificultades al conceptualizar al Joint Venture, precisamente como consecuencia del origen fáctico o inspirado en prácticas mercantiles que nuestra institución presenta. De esta manera, resulta didáctico a estas alturas analizar cuáles han sido las funciones que los actores económicos le han asignado al Joint Venture dentro de la esfera mercantil. Dicho de otro modo, creemos oportuno preguntarnos ¿Qué han pretendido buscar los empresarios al unir fuerzas por la vía de un Joint Venture? y ¿Qué beneficios han obtenido de ello?

⁸⁴ Al respecto, ver lo señalado en el punto 5.3.2. del capítulo quinto de nuestra tesis.

Estas interrogantes pueden ser resueltas revisando los usos que, al menos en países como el nuestro, se le ha dado a la operación de Joint Venture. De este modo es posible advertir, al menos, cuatro funciones frecuentes:

a. Como instrumento de inversión extranjera: El Joint Venture aparece en Chile y en Latinoamérica como un conducto por el cual inversionistas de países industrializados han confiado capitales a empresarios locales, para la consecución de un negocio específico.

Por esta vía se logra unir fuerzas de dos empresarios: un inversionista interesado en obtener la mayor rentabilidad posible a sus capitales; y un operador local, conocedor del mercado local y de sus necesidades, que ejecutará el negocio en base a su experiencia en el rubro de que se trate.

Advirtiendo la rigurosidad de las normativas sobre inversión extranjera, los inversionistas de países desarrollados se han sentido cómodos al amparo de una relación contractual flexible y -porque no decirlo- conocida, que les permita mantener la tranquilidad necesaria para continuar inyectando capitales en las naciones históricamente receptoras de dichas inversiones. El Joint Venture será atractivo para el inversionista en la medida que su aporte le permita obtener el control de la administración del negocio.

Si bien esta función es cronológicamente la primera en manifestarse, trataremos de demostrar que actualmente dista de ser la más importante.

b. Como mecanismo de ejecución de proyectos puntuales y específicos: En este sentido, el Joint Venture permite que empresas que, en forma independiente, no son aptas para asumir los costos, o bien, no cuentan con la experiencia o capacidad necesarios para participar eficientemente en un proyecto, complementen sus fuerzas para ofrecer un producto o servicio atractivo para el mercado.

Desde esta perspectiva, el Joint Venture permite el desarrollo de proyectos o negocios que no habrían sido posibles de realizar en forma independiente. En palabras de Velásquez "Los Joint Ventures son utilizados en forma masiva en el sector de la industria manufacturera con el objeto de lograr la compatibilidad de los productos fabricados por distintas empresas, aumentando así su atractivo y competitividad"⁸⁵.

c. Como herramienta de cooperación: Esta función hace posible que dos o más empresas asuman fases específicas dentro de un proyecto común, canalizado y coordinado a través del Joint Venture, el cual hará las veces de sustrato formal y organizacional del negocio que se pretende llevar a cabo. En este caso, la colaboración interempresaria puede darse básicamente en dos niveles:

Entendida en forma horizontal: Los Joint Ventures operan en forma horizontal cuando están integrados por empresas competidoras en un mismo rubro de actividad comercial, industrial o de servicios⁸⁶. En este sentido, la colaboración obtenida se presta para obtener ventajas respecto de otros competidores o para dificultar el acceso a una eventual competencia.

Sin embargo, en esta línea cooperativa no es poco frecuente que el resultado violente las normas sobre la libre competencia. En todo caso, no todo acuerdo de colaboración horizontal será naturalmente monopólico, sino que tal calidad dependerá del contexto y de las finalidades que persiga o pretenda perseguir el pacto.

⁸⁵ Velásquez Cabello, Francisco Javier, Ob. Cit., pág. 27.

⁸⁶ Sandoval López, Ricardo, "Contratos Mercantiles", Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 638.

Son, por tanto, manifestaciones de colaboración horizontal los acuerdos de coordinación de producción, de precios o de mercado y las organizaciones profesionales.

Como mecanismo de cooperación vertical: En este caso, los “*coventurers*” entregan al Joint Venture la realización de actividades correspondientes a una fase anterior o posterior a la que desarrollan, con el objeto de disminuir costos o hacer más eficiente el proceso productivo en el cual participan. Empleado con esta intención el acto de colaboración, las empresas partícipes pueden ser competidoras entre sí, o bien pertenecer a diversas etapas en la elaboración de un producto o prestación de un servicio.

La colaboración vertical, por consiguiente, constituye un mecanismo eficiente para desarrollar un proyecto industrial complejo, que -por su naturaleza- requiera de altos niveles de tecnología, como ocurre por ejemplo en la fabricación de equipos computacionales. En este caso, el trabajo conjunto a través de un Joint Venture permitirá potenciar las ventajas comparativas de cada una de las empresas, compartiendo su *know how* sobre la base de un pacto de estricta confidencialidad y lealtad.

Por lo mismo, constituyen casos frecuentes de colaboración en sentido vertical los contratos de concesión, de agencia y de distribución; los agrupamientos de empresas independientes; y las asociaciones de coordinación productiva⁸⁷.

En esta línea, el vínculo entre las empresas traerá aparejado atractivas ventajas económicas derivadas de la reducción de costos de producción, por concepto de delegación en investigación, infraestructura y desarrollo de tecnología.

d. Como elemento de concentración de competencias: Se produce cuando las empresas partícipes entregan parte de su actividad o giro al Joint Venture, que, administrado por un comité integrado por representantes de dichas empresas, asumirá estas diversas actividades orientadas a la consecución de un objetivo de carácter específico.

4.3. Diferencias respecto de otras formas de colaboración empresaria.

En el punto 3.3. del capítulo precedente concluimos que el Joint Venture constituye una especie del vasto género “colaboración empresaria”. Por consiguiente, existen numerosas otras expresiones de colaboración entre empresas, diversas a la figura que nos ocupa.

Dijimos, asimismo, que la libertad contractual faculta al empresario para idear sus propios mecanismos de colaboración, concluyendo -de este modo- que eventualmente pueden existir tantas formas de colaboración entre empresas, como empresarios creativos haya en este mundo.

Sin embargo, y como la idea de este acápite es caracterizar al Joint Venture en base a las diferencias que éste observa respecto de figuras similares en apariencia, nos ocuparemos únicamente de comparar al pacto de colaboración que nos ocupa con las

⁸⁷ En relación a los métodos verticales y horizontales de colaboración empresaria, hemos seguido de cerca a Le Pera en su ensayo denominado “Joint Ventures y otras formas de cooperación entre Empresas Independientes”. Le Pera, Sergio, “Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresaria”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, págs. 201 a 220.

figuras más relevantes consagradas en nuestro derecho comercial o aplicadas actualmente en los usos mercantiles modernos.

4.3.1. Respeto del contrato de sociedad.

Si bien el contrato de sociedad constituye un mecanismo para estructurar jurídicamente un negocio o empresa de carácter lucrativo, nada obsta a que el pacto social sea empleado como un instrumento de colaboración empresarial. En este sentido los socios serán, a su vez, empresas, y el objeto de la compañía será el desarrollo o la ejecución de un negocio de interés compartido.

Entendida de esta última manera, no cabe duda que la sociedad será un contrato de colaboración empresarial, puesto que -como se expuso en el capítulo que aborda el tema- ésta comprende cualquier acuerdo entre dos o más empresas tendiente a obtener beneficios recíprocos para sus partícipes.

Pues bien, hemos dicho que en un Joint Venture concurren dos o más empresas; de alguna manera ponen algo en común⁸⁸; proponen un objeto (de carácter específico); crean estructuras de administración; y establecen cuotas de participación en las utilidades y en las pérdidas, por lo que a primera vista pareciera no haber diferencias entre éste y un contrato de sociedad.

Esto, en realidad, no es así y en opinión de Tala Japaz⁸⁹, existen al menos seis elementos que los distinguen:

a. En el Joint Venture, los partícipes, expresamente desechan la idea de constituirse como sociedad, por lo que faltaría un elemento fundamental, cual es la voluntad o intención de los contrayentes de recurrir a la figura regulada por los códigos Civil y de Comercio;

b. El contrato de Joint Venture no constituye una persona distinta de la de sus fundadores. Como consecuencia de ello, el Joint Venture carecerá de los atributos que las leyes franquean a las personas jurídicas, como el patrimonio, el nombre, un domicilio, etc. Esto no obsta, sin embargo, a que la sociedad instrumental creada para estructurar el pacto de colaboración, la posea;

c. Además, y como consecuencia de lo anterior, los partícipes de un Joint Venture serán dueños en comunidad tanto de los bienes que éstos aporten, como de aquellos que el consorcio genere como resultado de su gestión. Dicho de otra manera, no teniendo el Joint Venture un patrimonio, los bienes destinados a ejecutar el proyecto deseado serán de dominio exclusivo de los partícipes;

d. Tampoco habrá, en el Joint Venture, derecho a limitar la responsabilidad de los partícipes al monto de los aportes, como ocurre en algunas sociedades comerciales. Tal limitación se concede, por expreso mandato de la Ley sólo a aquellas sociedades que deseen acogerse a dicho beneficio, para lo que deberán cumplir una serie de requisitos formales establecidos específicamente para dichas figuras;

e. Al no haber, en el contrato de Joint Venture, órganos dotados de una estructura legalmente reconocida, sus administradores técnicamente son mandatarios de todos los

⁸⁸ Al respecto corresponde revisar lo señalado en relación al requisito de contribuir a la aventura común, que hemos tratado con motivo de las características del Joint Venture, al final del punto 4.1. de este capítulo.

⁸⁹ Tala Japaz, Alberto, Ob. Cit., pág. 15.

participes y por ende, deben cumplir con las formalidades y obligaciones previstas para el contrato de mandato;

f. Por último, señala el profesor Tala que "... no hay un interés social o corporativo distinto a la sumatoria de los intereses de cada uno de los venturers. En realidad, sólo existe dicha sumatoria de intereses individuales y no un interés corporativo conjunto"⁹⁰.

4.3.2. Respetto de la asociación o cuentas en participación.

Los artículos 507 y siguientes de nuestro Código de Comercio se hacen cargo de la asociación o cuentas en participación⁹¹, figura que como dichas normas lo indican consiste en "un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida".

La asociación o cuentas en participación constituye un buen ejemplo de contrato de colaboración empresaria, en cuanto implica un acuerdo entre dos o más comerciantes (que bien pueden entenderse empresas); tiene por objeto la ejecución de una o muchas operaciones mercantiles; y hace partícipes a sus asociados de las ganancias o pérdidas que el negocio genere.

Por su parte, y al igual que en el contrato de Joint Venture, la participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades, no constituye una persona jurídica y, por tanto, carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio. Sin embargo, como veremos, difiere esencialmente del Joint Venture, al menos en los siguientes aspectos:

a. En primer lugar, la participación es un contrato típico, puesto que está regulado expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, en particular, por el Código de Comercio chileno. Por lo tanto, los derechos y obligaciones que nacerán de esta figura estarán regulados por las normas que las partes se autoimpongan mediante el contrato suscrito y por las disposiciones del párrafo 12 del título VII del libro II de nuestro Código de Comercio.

El Joint Venture, por el contrario, es un contrato atípico que, por carecer de una normativa que se haga cargo de su regulación, se rige por la autonomía de la voluntad y por los principios generales del Derecho, en especial, aquellos que se refieren al ámbito contractual.

b. En cuanto a la administración, en la asociación o cuentas en participación, la gestión del negocio siempre debe ser ejecutada por uno sólo de sus asociados, quien lo hará en su propio nombre. La administración del Joint Venture normalmente corresponde a un comité de gestión, compuesto por representantes de todos sus partícipes. Este comité u órgano de administración y control tomará las decisiones de acuerdo a las facultades y formas que en el propio contrato se determinen.

c. En cuanto a la responsabilidad frente a terceros, en la participación existe sólo un responsable a la vista de quienes se relacionan con la organización. En efecto, por mandato expreso de la Ley, los terceros sólo tienen acción contra el administrador, por lo que el resto de los asociados en ningún caso podrán ser requeridos por los acreedores de la

⁹⁰ Tala Japaz, Alberto, Ob. Cit., pág. 15.

⁹¹ Nuestro Código de Comercio se refiere a la asociación o cuentas en participación denominándola asimismo "participación", por lo que emplearemos ambos conceptos para aludir a la figura de marras.

asociación. En el Joint Venture, en cambio, la responsabilidad por los actos ejecutados por éste corresponde a todos los “*coventurers*”, quienes responderán ilimitadamente de las obligaciones válidamente contraídas por el pacto.

d. Por último, la asociación o cuentas en participación difiere del Joint Venture en que este último tiene por objeto la realización o desarrollo de un único proyecto o negocio. Esta limitación no existe en la participación, la que puede ser perfilada para la realización de múltiples operaciones mercantiles, con la clara intención de mantener el negocio en el tiempo.

4.3.3. Respetto de las fusiones de empresas.

Aunque su finalidad es variada, las fusiones de empresas, que en nuestro Derecho están tratadas como fusiones de sociedades, constituyen un mecanismo bastante frecuente de colaboración empresaria. En efecto, mediante esta figura, dos o más empresarios, cuyos negocios se encuentran organizados bajo los ropajes de una sociedad, pueden acordar un mecanismo de colaboración recíproca tan estrecho que implique la desaparición de una de ellas, o de ambas, con el objeto de desarrollar un negocio de interés común.

En ese entendido, la fusión constituirá un instrumento eficaz de colaboración, pero distará de ser un Joint Venture, entre otras, por las siguientes razones:

a. La fusión de empresas tiene como elemento esencial la desaparición de al menos una de las sociedades que participan en el proceso, lo que significa la pérdida de su independencia y de su existencia legal. La gran ventaja del Joint Venture, en cambio, consiste en la posibilidad de desarrollar un proyecto en forma conjunta, sin perder esa anhelada autonomía.

b. Como consecuencia de lo anterior, la administración de las empresas fusionadas pasará a manos del directorio de la compañía absorbente o de aquella que se cree para tales efectos, órgano que estará compuesto por representantes de las sociedades adherentes en proporción a sus porcentajes de participación en el acuerdo. Hemos dicho ya, que el Joint Venture es administrado por sus partícipes en calidad de mandatarios de los demás “*coventurers*” y que dicha administración puede ser entregada a un equipo ad-hoc creado para dirigir el negocio.

c. Por último, la fusión constituye un mecanismo destinado a conseguir una reestructuración societaria –que repercute en la reorganización de las empresas vinculadas-. Por lo tanto, el resultado de una fusión será siempre una sociedad tradicional, que tendrá todas las diferencias, con el Joint Venture, indicadas precedentemente.

4.3.4. Respetto de los acuerdos de cooperación empresaria.

Una tercera manifestación -relevante para nuestros intereses- de la colaboración empresaria la constituyen los acuerdos de cooperación empresaria, que según se expuso, consisten en una relación entre dos o más empresas destinada a obtener colaboración entre dos o más empresas, sin crear un sujeto de derecho que gobierne el acuerdo.

Señalamos en su oportunidad que en los acuerdos de cooperación existe colaboración empresaria destinada a obtener un beneficio concreto para sus partícipes. Sin embargo, en estos acuerdos no existen mecanismos de gestión común, puesto que no existe un negocio o empresa común que administrar, sino que simplemente hay un interés -compartido por dos o más empresas- en beneficiarse de algún acto o contrato concreto que implica un beneficio

recíproco, pero que no constituye un negocio o proyecto que los partícipes desarrollarán, según sus ventajas y experiencia⁹². Es por ello que, como indicamos en su oportunidad, constituyen la manifestación más precaria de la colaboración entre empresarios.

Precisamente a la inversa, es de la esencia del contrato de Joint Venture la realización de una única empresa comercial, de carácter complementario a la de sus partícipes.

4.3.5. Respetto de las agrupaciones de colaboración del Derecho argentino.

Pese a la amplitud del concepto, la idea de una “agrupación de colaboración” es susceptible de ser acotada recurriendo a las reglas que la legislación argentina ha previsto para ella. En efecto, la ley 22.903, de 1986 introdujo a la ley de sociedades comerciales argentina algunas novedades relativas a la colaboración empresaria, consagrando expresamente esta particular modalidad.

El artículo 367 de la normativa citada señala que las sociedades constituidas en la República y los empresarios domiciliados en ella “pueden, mediante un contrato de agrupación, establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades”.

A partir de esa norma es posible concluir que las agrupaciones de colaboración son acuerdos entre dos o más empresarios -individuales o colectivos-, de carácter permanente que tienen la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.

Pues bien, no obstante a su parecido con los contratos de Joint Venture, es posible advertir numerosas diferencias entre ambas instituciones:

a. Señalamos que el Joint Venture tiene por objeto una única empresa comercial, que consistirá en la ejecución o desarrollo de una obra, proyecto o negocio específico y concreto. A la inversa, la finalidad de las agrupaciones de colaboración consiste en facilitar o desarrollar, de manera prolongada en el tiempo, determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.

b. En segundo lugar, existe una notable diferencia íntimamente relacionada con el punto anterior y que se refiere al plazo de duración del proyecto canalizado a través del acuerdo de que se trate. El Joint Venture existirá mientras dure la ejecución del proyecto específico emprendido, mientras que las agrupaciones de colaboración se pactan para desarrollar una plataforma de colaboración estable y sostenida en el tiempo.

c. En relación a su administración, de modo similar a lo que ocurre en las sociedades, en las agrupaciones de colaboración empresaria la dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas naturales designadas en el contrato o en un acto posterior. En el caso del Joint Venture, la administración naturalmente radica en todos sus partícipes, sin

⁹² Un buen ejemplo de acuerdo de cooperación se da cuando dos o más comerciantes, cuyos establecimientos se encuentran próximos, deciden comprar o tomar en arrendamiento un inmueble cercano para destinarlo a estacionamiento de su respectiva clientela. También constituye un acuerdo de cooperación la iniciativa de elaborar publicidad conjunta, por parte de dos o más empresas de distintos dueños.

embargo, normalmente se creará un comité de gestión destinado a convertir al consorcio en un organismo prácticamente gobernable.

d. Por último, y debido a la finalidad concebida por la legislación argentina a la hora de su creación, las agrupaciones de colaboración tienen un carácter “mutualista”, vale decir, el resultado de la operación obtenida a través de ellas solo puede tener por destino a los empresarios partícipes. Por el contrario, el Joint Venture persigue siempre fines lucrativos, aunque dicho ánimo de lucro consista en la búsqueda de una mera ventaja económica.

De lo expuesto sólo cabe concluir que el contrato de Joint Venture es una figura sui generis, que posee su propia individualidad y características, y que como tal, difiere de muchas otras formas de colaboración empresarial, reguladas o no por las diversas legislaciones.

4.4. Formas o modalidades del Joint Venture.

El Anexo II de la Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, de fecha 05 de noviembre de 1997, que aprueba un mecanismo de apoyo a la creación de empresas conjuntas (Joint Ventures) transnacionales para las PYME en la Comunidad Europea señala que el concepto de “empresa conjunta” debe entenderse en sentido lato, es decir, como toda forma de consorcio, asociación o empresa conjunta en sentido estricto, que forma parte de la industria, servicios, comercio o artesanía.

Teniendo presente la amplitud de este concepto y la dificultad que existe para conceptualizar al Joint Venture, sobre todo, para delimitar sus características esenciales, los autores han planteado numerosos criterios para su clasificación, sin embargo creemos que los que mejor delimitan las diversas modalidades en que esta figura se presenta son las siguientes:

a. De acuerdo a su estructura jurídica es posible distinguir al Joint Venture contractual o *unincorporated Joint Venture*; y al Joint Venture societario o *Joint Venture corporation*.

Los primeros operan amparados únicamente por el contrato de Joint Venture, sin necesidad de un soporte o sustento formal que le sirva de instrumento. Éstos se rigen única y exclusivamente por lo que se ha pactado en el contrato respectivo, por lo que su redacción debe tener presente este evento y prever todos los posibles aspectos que tengan o puedan tener incidencia en la existencia o en la vida de la asociación.

En este caso no existe la intención de formar un nuevo sujeto de derecho, sino que únicamente se pretende crear, de común acuerdo, una estructura que permita la ejecución del negocio que se pretende ejecutar. En tal sentido, Alejandra Ríos García, citando a Marzorati señala que “es 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 si denotan la existencia de una nueva empresa, a la que los venturistas contractualmente se adhirieron⁹³”.

Esta especie de Joint Venture genera una relación asociativa que da nacimiento a una empresa, sin llegar a dar origen a una nueva persona jurídica⁹⁴.

⁹³ Ríos García, Mirians, Ob. Cit., pág. 60.

⁹⁴ Sandoval López, Ricardo, “Contratos Mercantiles”, Ob. Cit, pág. 636.

Por su parte, el Joint Venture societario opera en la vida jurídica a través de una figura societaria, la que constituye un mero instrumento para los propósitos finales del Joint Venture. Esta sociedad se encargará de la ejecución y la administración de la empresa conjunta o negocio que motivó el pacto de colaboración. Dicho de otro modo, la sociedad le proporciona una apariencia y una organización societaria al Joint Venture, pero el control y la toma de decisiones dentro de la misma quedará en manos y bajo las condiciones que libremente acuerden sus partícipes.

A diferencia del Joint Venture contractual, en esta modalidad se hace indispensable la creación de órganos destinados a tomar las decisiones de administración y a controlar su funcionamiento.

b. Dependiendo de si los aportes de las partes consisten, respectivamente, en inversión de capital, o bien, en aportaciones de tecnología, know-how o capacidad de organización, la doctrina distingue entre *equity* y *non equity Joint Ventures* ⁹⁵.

Los *equity Joint Ventures* son aquellos en que existe una equivalencia en la naturaleza de las contribuciones aportadas a la Empresa Conjunta, de manera que éstas se miran como igualmente necesarias para conseguir el objetivo de la colaboración.

Hablamos de *non equity Joint Venture*, en cambio, cuando no existe una igualdad o coincidencia entre las aportaciones.

En el primer caso usualmente se recurrirá a la creación de una sociedad instrumental; en el segundo, la organización por lo general, se basará en un único instrumento de carácter contractual. Es por ello que la doctrina tiende a confundir a los *equity Joint Ventures* con los Joint Ventures societarios y a los *non equity Joint Ventures* con los Joint Ventures de índole contractual.

c. Según su grado de participación existen Joint Ventures dominados, independientes y participativos.

En el primer caso, el Joint Venture se concibe para coordinar una operación o negocio que será controlado por sólo una de sus partes. Consecuencialmente, las demás empresas adherentes al Joint Venture asumirán una tarea específica dentro del pacto, pero no tendrán ingerencia en el rumbo o destino del negocio.

Normalmente esta modalidad se presenta entre empresas que pertenecen a un mismo grupo económico, pero que tienen una estructura y administración independientes.

En segundo lugar, hablamos de que un Joint Venture es independiente cuando ninguna de las empresas partícipes se encuentra en una posición superior respecto de las otras. No existe, por consiguiente, un control del negocio por parte de uno de los partícipes, sino que el negocio se ejecutará en forma dividida y en términos igualitarios.

Por último, Sandoval López incluye en esta categoría al Joint Venture participativo, señalando que es aquel en que sus miembros están todos comprometidos en su gestión e interesados en el buen fin de la nueva empresa o emprendimiento común ⁹⁶.

d. En atención a su ámbito de desarrollo es posible distinguir entre Joint Venture instrumental y Joint Venture operativo.

El Joint Venture lo es en su modalidad instrumental "cuando constituye un medio para los efectos de realizar determinados contratos o conjuntos de contratos internacionales

⁹⁵ Al respecto, ver lo señalado por Jorge Miquel. Miquel Rodríguez, Jorge, Ob. Cit., pág. 51.

⁹⁶ Sandoval López, Ricardo, "Contratos Mercantiles", Ob. Cit, pág. 639.

en una obra de envergadura, de manera tal que todos los interesados deben negociar conjuntamente con la empresa que oficia de líder en el país huésped, como coordinadora, y con los organismos o entes oficiales del país huésped estableciéndose lo que en derecho anglo-americano se denomina una no profit society cuya función sólo es la de organizar relaciones entre empresas co-ventures⁹⁷.

Dada su naturaleza mediática, esta modalidad de Joint Venture finaliza -por consecución de su objeto- al momento en que se perfecciona el negocio.

A su turno, el Joint Venture es operativo cuando “consiste en la asociación de dos o más empresas para llevar a cabo la realización de obras civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiera, dividiéndose entre ellas las tareas según sus capacidades y posibilidades, soportando los riesgos correspondientes según lo estipulado al respecto”⁹⁸.

El objeto de esta clase de Joint Venture, por tanto, es precisamente la explotación del negocio mismo por parte de dos o más empresas organizadas para este efecto.

e. Según la relación que exista entre el ámbito de las actividades propias del Joint Venture y la de sus partícipes, se distinguen los Joint Venture horizontales, verticales y conglomerados.

En los primeros el pacto de colaboración opera en la misma fase económica desarrollada por las empresas partícipes.

En segundo lugar, el Joint Venture se relaciona en forma vertical con sus asociados cuando tiene por objeto la ejecución de negocios que comprometen una fase anterior o posterior del proceso productivo desarrollado por estos.

Por último, se dice que el Joint Venture constituye un conglomerado cuando actúa en una esfera económica diversa a la de las empresas participantes.

f. Para finalizar, la doctrina agrega otras clasificaciones, como por ejemplo, Joint Ventures locales e internacionales o Joint Ventures entre particulares; entre particulares y el Estado; y entre estados, pero referirnos a ellas sólo nos alejaría del tema que nos ocupa.

4.5. El Joint Venture como figura asociativa (Joint Venture societario).

Señalamos con anterioridad que, dependiendo de su estructura jurídica, el Joint Venture puede ser contractual o societario. En este último caso, el Joint Venture se materializa a través de una estructura societaria que le sirve de instrumento para la consecución de sus fines y que le permite establecer, dentro de un marco jurídico, su particular mecanismo de administración y de toma de decisiones.

El Joint Venture societario da lugar a una organización visible para los terceros, existiendo -para sus partícipes- un metaestatuto que determinará sus verdaderas reglas internas, relativas a la administración y a la repartición de las utilidades y de los riesgos, entre otras.

⁹⁷ Torres Zagal, Oscar Andrés, Ob. Cit., pág. 15.

⁹⁸ Sandoval López, Ricardo, Ob. Cit., pág. 637.

Tal forma de estructurar el proyecto implica una suerte de simulación lícita que pone en franca contradicción al contrato de sociedad -que será el acto visible para quienes se relacionen con el Joint Venture- y el acto oculto o pacto de colaboración, que determinará las verdaderas condiciones de funcionamiento interno del negocio emprendido. Serán, por tanto, materias reguladas por el metacontrato de Joint Venture la administración de la empresa conjunta, el valor asignado a los votos, el reparto de utilidades, la distribución de las tareas, la participación en los riesgos y pérdidas, la responsabilidad de los directores, entre muchas otras⁹⁹.

Sin embargo, la coexistencia de un acto visible y de uno oculto no tiene por objeto defraudar a quienes se relacionen con el Joint Venture corporation, sino que sencillamente constituye la única posibilidad de los “*coventurers*” de escapar de la rigidez propia de las sociedades tradicionales, en cuanto a sus relaciones internas. En este caso existirá -únicamente para los partícipes del acuerdo de colaboración- un estatuto que los rige y que posee una jerarquía superior al de la sociedad instrumental que asuman.

Por su parte, la sociedad instrumental le servirá a la empresa conjunta para ordenar su funcionamiento interno y para presentar al exterior una apariencia unitaria, respaldada por el ordenamiento jurídico. En palabras de Esteban de la Rosa, la existencia de una sociedad instrumental “permite dotar de autonomía al proyecto frente a terceros, necesidad especialmente sentida en las Joint Ventures de carácter concentrativo, logra limitar la responsabilidad de los participantes, siempre que se opte por una forma societaria que atienda esta finalidad, comporta la existencia de una contabilidad separada, que proporciona una mejor transparencia y mejor idea sobre evolución de la actividad de la Joint Venture, facilita el recurso a la financiación externa y habilita, por último, una caja de tesorería única, de especial interés cuando la Joint Venture cuenta con numerosos centros operacionales”¹⁰⁰.

No obstante lo expuesto, y teniendo presente la necesidad de contar con una sociedad destinada a instrumentalizar el acuerdo de colaboración, cabe referirnos ahora a la forma en que se materializan los Joint Ventures societarios en nuestro País.

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas¹⁰¹ establece una gran cantidad de normas de orden público, las que no pueden ser alteradas por las estipulaciones estatutarias. Dichas disposiciones normalmente tienen por objeto proteger a los accionistas minoritarios de aquellos que cuentan con importantes porcentajes en la compañía, puesto que estos últimos son quienes, en definitiva, toman las decisiones que vincularán a la persona jurídica. Es por ello que la forma de insertar un Joint Venture dentro de la estructura societaria asumida, será a través de pactos de accionistas.

⁹⁹ Al respecto Tala Japaz señala que “En efecto, ya señalamos cómo por ejemplo en el Joint Venture se pudo estipular repartir menos del 30% de las utilidades. También es posible que hayan existido acuerdos parasociales en relación con la emisión de votos o ponderación de votos o adopción de decisiones más allá o a despecho de la junta de accionistas. También pueden haber estipulaciones que modifiquen el régimen de responsabilidad de los directores, y particularmente en el tema del arbitraje. En esta última materia, el arbitraje del Joint Venture no es solamente jurisdiccional, sino que en múltiples ocasiones se instituye un arbitraje de administración, debiendo por ejemplo el árbitro decidir si un negocio se hace o no, o si se hace de una manera u otra. Ello, como ha resuelto recientemente la jurisprudencia chilena, no es compatible con el estatuto de orden público de las sociedades anónimas, en donde la administración radica en un directorio elegido y responsable, pero no en un tercero extraño”. Tala Japaz, Alberto, Ob. Cit., pág. 12.

¹⁰⁰ Esteban de la Rosa, Fernando, “La Joint Venture en el comercio internacional”, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 45.

¹⁰¹ Ley N° 18.046, publicada en el Diario Oficial el día 22 de octubre de 1981.

Por su parte, los pactos entre accionistas de caracteres amplios y permanentes fueron generalmente considerados en el pasado como ilícitos¹⁰². Nuestra legislación actual los reconoce expresamente, al menos los dos de mayor uso y relevancia práctica. En efecto, el artículo 14, inciso segundo de nuestra Ley de Sociedades Anónimas manda a que “Los pactos particulares entre accionistas relativos a cesión de acciones, deberán ser depositados en la compañía a disposición de los demás accionistas y terceros interesados, y se hará referencia de ellos en el Registro de accionistas. Si así no se hiciere, tales pactos se tendrán por no escritos”. A su vez, los artículos 98 y siguientes de la Ley de Mercado de Valores¹⁰³ reconoce y regula los acuerdos de actuación conjunta, señalando que son “una convención entre dos o más personas que participan simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma”.

A diferencia de los estatutos de la compañía, que obligan a todos los accionistas, presentes o futuros, los pactos de accionistas tienen fuerza obligatoria sólo para aquellas personas que consintieron en ellos. Es por ello que para garantizar su eficacia, estos pactos suelen tener incorporada una cláusula de “*first refusal right*”, que obliga al accionista que desea retirarse de la compañía a ofrecer su paquete accionario a otros que hayan adherido al pacto.

En relación a la jerarquía que poseen los pactos de accionistas respecto de los estatutos de la sociedad, hay que distinguir a aquellos accionistas que suscribieron el pacto, respecto de aquellos que no lo hicieron. Para los accionistas ajenos al pacto priman siempre los estatutos de la compañía, puesto que éste no les será oponible. Para los accionistas que adhirieron al pacto, éste los regirá por sobre lo que señalen los estatutos, sin embargo, no debe olvidarse que el pacto de accionistas no puede regular materias reservadas a los estatutos.

Ahora bien, dentro de las cláusulas lícitas que pueden darse dentro del contexto de un pacto de accionistas, existen tres que nos permiten modelar las primeras líneas de un Joint Venture societario:

a. En primer lugar, el pacto de actuación conjunta a que se refiere el artículo 98 de la Ley de Mercado de Valores.

En virtud de un pacto de actuación conjunta un grupo de accionista puede convenir comprometer el voto de los directores de la compañía en orden a la persecución de una finalidad predeterminada en el acuerdo. Si bien es cierto que dicha facultad debe siempre quedar subordinada al interés social, esto no obsta a que las decisiones del directorio apunten a conseguir, asimismo, los objetivos buscados por el Joint Venture.

b. En segundo lugar, suma importancia tienen las cláusulas de limitación a la libre cesión de acciones.

Nuestro derecho civil y mercantil se funda en el principio de la libre circulación de los bienes, lo que necesariamente repercute en la libre cesibilidad de las acciones o cuotas en que se divide una sociedad anónima. Sin embargo, la Ley de Sociedades Anónimas acepta los acuerdos en contrario en la medida que estos no sean ocultos a los accionistas que no participan del pacto o de terceros.

¹⁰² Puelma Accorsi, Álvaro, “Sociedades”, Segunda Edición, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 453.

¹⁰³ Ley N° 18.045, publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre de 1981.

Este pacto será de extraordinaria importancia en el desarrollo de un Joint Venture, debido a la naturaleza fiduciaria de nuestra figura, que muchas veces requiere para su éxito de suma reserva y confidencialidad. Además, la venta de acciones puede significar el traspaso del control de la compañía, lo que podrá traducirse en la pérdida del interés por el negocio por parte de algunos de los “coventurers”.

c. Por último, normalmente los *Joint Venture corporation* recurren a cláusulas de arbitraje.

En relación a los mecanismos para solucionar los conflictos que se produzcan debido a la operación de la sociedad y del Joint Venture, fundamental es la inserción de una cláusula de arbitraje. Esta cláusula proporcionará al menos tres grandes beneficios a la empresa conjunta:

Permitirá que el conflicto a solucionar no se publicite por la vía de su conocimiento por parte de los Tribunales Ordinarios de Justicia;

Hará posible que quien decida un eventual conflicto en la ejecución del negocio conjunto posea la idoneidad necesaria para resolverlo adecuadamente. Si la empresa conjunta consiste en un negocio de gran complejidad, es posible que los conflictos que de éste se deriven no sean susceptibles de ser resueltos por una persona que no posea determinados conocimientos.

Por último, permitirá anticipar la ley y la jurisdicción aplicable en el evento que el Joint Venture sea de naturaleza internacional, vale decir, que las partes participantes sean de diversas nacionalidades.

4.6. Consagración y regulación del Joint Venture en Chile.

Al ser, el Joint Venture, un contrato innominado o atípico no existe un cuerpo legal propio que regule de manera expresa su forma, sus características, sus efectos y su extinción, por lo que para determinar cuales van a ser las normas que lo rijan, habrá que recurrir a los principios comúnmente aceptados, que nos señalarán las reglas aplicables a cada caso, y que son las siguiente¹⁰⁴:

a. En primer lugar habrá que recurrir a la autonomía de la voluntad, vale decir, a las estipulaciones que las propias partes se autoimpongan, siempre que dichas estipulaciones no sean contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres;

b. A falta de estipulación expresa, habrá que echar mano a las reglas generales de los contratos;

c. Por último, y a falta de las anteriores, el contrato se regirá por las normas establecidas para los contratos nominados que más se asemejen al contrato de Joint Venture.

Ahondando más aún en este tema, Alejandra Ríos García hace presente que “la relación contractual de Joint Venture es una relación compleja, de manera que es posible distinguir e identificar dentro de ella diversos lazos contractuales que se producen entre las

¹⁰⁴ Abeliuk Manasevich, René, “Las obligaciones”, tercera edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 85.

partes”¹⁰⁵. Por lo mismo, la autora distingue diversas relaciones, las que se pueden calificar de mandato, de sociedad, etc. Cada uno de estos contratos -que en su total conforman un Joint Venture- pueden ser regulados por la normativa que les corresponde, aplicándole al todo las normas particulares de cada uno de sus elementos.

De acuerdo a las normas anteriores, la dificultad en la aplicación de una normativa supletoria para nuestro contrato de Joint Venture nace precisamente cuando las partes no han sido previsoras de las eventuales consecuencias o conflictos que puedan surgir de la aplicación o ejecución del referido contrato.

En aquel caso habrá que ver cual es la figura nominada más parecida a la nuestra, con el objeto de aplicarle sus reglas particulares. Sin embargo, en nuestro particular caso, este proceso de “calificación” no siempre es beneficioso para las partes y ello precisamente porque al recurrir al Joint Venture, las partes lo que hacen es huir de las demás figuras asociativas actualmente existentes, por lo que al aplicarles reglas a las que no quisieron someterse, lo más probable que se logre que desaparezcan las ventajas que se tuvieron en mente a la hora de optar por un Joint Venture, como instrumento de alianza empresarial.

Creemos que aplicar, por analogía, a los Joint Venture las normas que rigen a contratos similares, o bien, relativos a actos jurídicos que están presentes en nuestra figura, constituye un error. Nuestro sistema de interpretación contractual se inspira en un modelo subjetivo, en el cual lo esencial es la intención que tuvieron las partes para concurrir a su celebración, cuando ella es conocida.

Es cierto que el contrato de Joint Venture constituye un acto jurídico atípico, sin embargo, ese acto jurídico tiene una existencia fáctica -incluso tiene un nombre en las prácticas mercantiles- que lo hace diferenciarse de otras figuras parecidas. Por lo mismo, nos parece que aplicar al Joint Venture normas de contratos similares o de actos que se manifiestan, en parte, en su estructura, resulta no sólo errado, sino que además peligroso para quienes decidieron elegir la figura que nos ocupa. Si un empresario, teniendo un enorme abanico de posibilidades para estructurar su negocio, decidió recurrir a un contrato atípico, precisamente fue para huir de las figuras más conservadoras que regula nuestra legislación comercial.

¹⁰⁵ Ríos García, Mirians, Ob. Cit., pág. 140.

CAPÍTULO V ASPECTOS FUNCIONALES DEL JOINT VENTURE

5.1. Motivaciones para celebrar un Joint Venture.

Quizás la vía más eficaz de estudiar, de forma dinámica, el contrato de Joint Venture, sea mediante la respuesta a la pregunta ¿qué buscan dos o más empresarios al unir fuerzas mediante esta figura? o, dicho de otra forma, ¿cuáles son las motivaciones que hacen atractivo el uso del contrato asociativo que nos ocupa?

Pues bien, de la misma manera como existen numerosas manifestaciones en que se presenta el Joint Venture, es posible advertir bastantes niveles de incentivos que favorecen la colaboración empresaria a través de una empresa conjunta. Por razones de orden didáctico, agruparemos los beneficios en tres grandes grupos.

5.1.1. Ventajas administrativas.

La coordinación de intereses por la vía de la creación de una Empresa Conjunta implica la renuncia a toda forma asociativa sometida a la rigurosidad de la ley. Hemos dicho que nuestra legislación no condiciona el derecho de asociación a la circunstancia de estructurar la agrupación al amparo de un modelo regulado por la ley. Sin embargo, la existencia de normas expresas determina el nacimiento de una persona jurídica, lo que podrá lograrse sólo si la asociación se encuentra constituida de conformidad a la ley.

Pues bien, esta organización, sin personalidad jurídica, que nace del pacto de colaboración y que no está sometida al cumplimiento de requisitos legales para su existencia y validez, posee precisamente por aquella circunstancia las siguientes peculiaridades:

a. Concede altos niveles de flexibilidad en la estructura y administración de la organización. Al no existir reglas que determinen la forma en que debe estructurarse administrativamente un Joint Venture, los partícipes de la Empresa Conjunta tienen la libertad de autodeterminarse de la manera que más convenga al particular negocio que se desea emprender. Esta característica, además, permitirá que los “*coventurers*” asuman tareas y responsabilidades específicas dentro del proyecto objeto de la agrupación, que serán llevadas a cabo coordinadas por el acuerdo marco;

b. Hace posible desarrollar un proyecto o negocio en un plano de estricta confidencialidad, toda vez que la creación de un Joint Venture no requiere de publicidad alguna. De esta manera, empresas que deben rendir cuentas y explicaciones solo a sus dueños, pueden operar con mayor sigilo, sorprendiendo así al mercado.

c. Mantiene incólumes las respectivas identidades de sus partícipes, permitiendo - de este modo- que las empresas que integran el consorcio continúen desarrollando sus actividades normales en forma paralela a la Empresa Conjunta. Además, al mantener su identidad, la empresa partícipe seguirá ejerciendo el control de la toma de decisiones en lo

que respecta a su negocio en particular, lo que implica una independencia en las respectivas administraciones; y

d. Permite aprovechar las ventajas comparativas de cada una de las empresas participantes del acuerdo. El hecho de que las empresas partícipes del acuerdo mantengan su independencia y autonomía hace posible que estas entreguen a la Empresa Conjunta sus particulares fortalezas, lo que en definitiva se traducirá en un mejor resultado en la gestión común. En efecto, en el Joint Venture, cada empresa se hará cargo de una parte del proyecto que será precisamente aquella que es conocida y manejada con éxito por ésta. Esto permitirá que los “*coventurers*” entreguen al proyecto común, además de su trabajo concreto, su experiencia en el negocio, su clientela, su red de contactos, la posición de su marca en el mercado y sus resultados en el desarrollo de técnicas o de tecnología útiles para el negocio compartido.

5.1.2. Ventajas económicas.

La cooperación empresaria y consecuentemente el Joint Venture, implica la unión de dos o más fuerzas económicas, lo que de suyo constituye una ventaja comercial importante, puesto que al duplicar las estructuras productivas existentes, los partícipes de la alianza ven aumentada su infraestructura, su capacidad y su presencia en el mercado.

Sin embargo, los mayores beneficios de la colaboración empresaria canalizada a través de los Joint Ventures no se obtienen por la multiplicación de los recursos -humanos, naturales y económicos- destinados a un proyecto, sino que se logran gracias a la sinergia resultante de la unión. Efectivamente, la alianza entre dos o más empresas importa un crecimiento en sus capacidades productivas, pero además significa el nacimiento de un sujeto más poderoso en el mercado, capaz de negociar en mejor pie con proveedores, de emplear mejores canales de publicidad, de mejorar sus redes de distribución y de incursionar con mejores resultados en nuevos mercados.

Es por ello que creemos que las principales ventajas económicas del contrato de Joint Venture son las siguientes:

- a. Importa una reducción de los riesgos inherentes a la operación, lo que en definitiva se traduce en un aumento en la seguridad y viabilidad del proyecto conjunto;
- b. Permite disminuir los costos de producción y de comercialización de los productos elaborados por la empresa conjunta. Además, hace posible obtener notables reducciones en los costos de publicidad, distribución y de personal calificado;
- c. Permite el ingreso a nuevos mercados, que no eran posibles de abordar en forma independiente. Asimismo, hace posible ampliar los mercados existentes, ofreciéndoles nuevos servicios o productos;
- d. Hace posible ampliar la capacidad de negocios de las empresas, mediante el aumento de los recursos económicos derivados de la asociación;
- e. Permite incorporar nuevas tecnologías al proyecto, lo que se traducirá en una mejor oferta al mercado. Además, fomenta la investigación y desarrollo de nuevos productos, proyectos o tecnologías;
- f. Facilita el acceso al financiamiento extranjero;

g. Permite aprovechar las ventajas comparativas del socio local, tales como conocimiento del mercado, experiencia exitosa en el área de que se trate, acceso a la influencia del operador local y habilidad en la gestión común; y

h. A los inversionistas extranjeros, además les permite acceder a los canales de distribución de la empresa local.

5.1.3. Ventajas de orden macroeconómico.

Además de las ventajas expuestas, los Joint Venture benefician a la economía en general, puesto que importan la creación de un sujeto económico mayor, con una más destacada presencia en el mercado. En tal sentido, la creación de Empresas Conjuntas favorece la implementación de una plataforma tecnológica que exige a los competidores mejorar su desempeño, bajo el riesgo de perder su lugar en el mercado.

Están en esta categoría, por tanto, los siguientes beneficios políticos, sociales o macroeconómicos:

a. Constituyen una fuente de atracción de capitales foráneos. Los Joint Venture comenzaron a implementarse en Latinoamérica como instrumento de inversión extranjera. Hoy en día mantienen esa naturaleza que permite seducir a financistas provenientes de naciones industrializadas;

b. Permiten mejorar el desarrollo de la tecnología, lo que incide directamente en el mejoramiento de la eficiencia de las empresas, elevando así los niveles de la competencia;

c. Colaboran con el fortalecimiento de las políticas industriales de las naciones en vías de desarrollo, lo que sumado al incentivo de la investigación y el progreso tecnológico permiten avanzar hacia el desarrollo; y

d. Permiten abrir mercados internacionales que por sus dimensiones, son difíciles de acceder para los pequeños productores.

En consecuencia, la razón por la que dos empresarios deciden unir sus respectivas potencialidades a través de un Joint Venture se explica en el resultado que probablemente obtendrán de la gestión conjunta. En efecto, una atractiva proyección económica del negocio basada en la sinergia producida por la acumulación de dos fuerzas aliadas, sumada a una más eficiente y económica administración de los recursos comprometidos, son incentivos suficientes para atraer el interés del más conservador de los empresarios. Por lo demás, colateralmente tal opción beneficiará -sin duda- a la economía general del país en que se llevará a cabo la operación conjunta.

5.2. Administración de la Empresa Conjunta.

En general, la falta de reglas legales o contractuales expresas que se refieran a la administración de una asociación determina el derecho de todas las partes de participar en ella. Del mismo modo ocurre en el Joint Venture, contrato que como hemos señalado con insistencia, no tiene una regulación explícita en nuestro ordenamiento jurídico.

Sabemos, además, que el contrato de Joint Venture no da nacimiento a una persona jurídica distinta de las personas que concurren a su otorgamiento. Es por ello que la gestión propia del consorcio, así como la facultad de tomar decisiones que lo vinculen válidamente,

corresponde naturalmente a todos y a cada uno de sus asociados. Dicho de otra manera, si el Joint Venture está integrado por tres empresas independientes, representantes de esas tres empresas deben concurrir conjuntamente en los actos que éste celebre.

Sin embargo, y dada la naturaleza de la actividad comercial y empresarial moderna, en la práctica es imposible concebir una asociación en la que todos intervengan en su manejo. Por el contrario, la tendencia es designar un administrador capacitado para tales efectos, sea o no, miembro de la organización, con el objeto de que sólo él se haga cargo de la dirección empresarial. Una administración compartida en los hechos se opone a una gestión ágil y eficiente, en que las decisiones puedan fluir oportunamente y en una única dirección.

No obstante lo anterior, es sumamente usual en los Joint Ventures que por su especial naturaleza, sus partícipes quieran dividirse la administración de acuerdo a sus particulares conocimientos que tengan sobre el negocio proyectado. De esta manera, cada parte puede “tomar a su cargo una parcela del proyecto y, por ende, gerencias con competencias específicas sobre ciertas áreas¹⁰⁶”. Esto se debe a que los Joint Ventures permiten pactar reglas muy específicas al respecto. Es debido a lo anterior que la estructura de administración más básica y precaria que puede darse en esta forma de asociación será la de una facultad recíproca para representar y obligar al resto de los “*coventurers*”. Esta figura suele denominarse “*mutual agency*”, y consiste en una serie de mandatos, en virtud de los cuales cada partícipe está facultado para obligar al resto, en las áreas o materias que, de acuerdo al pacto, le corresponden. Por lo tanto, respecto de las relaciones con terceros, cada uno de los partícipes aparecerá con personería suficiente para representar válidamente al Joint Venture en el ejercicio de su rol o tarea en la asociación.

Sin embargo, normalmente las operaciones de Joint Venture constituyen complejos negocios, en los cuales las decisiones tomadas por alguno de los asociados incidirán inevitablemente en el éxito o fracaso del proyecto conjunto. Por lo mismo, se suele emplear sistemas más sofisticados de administración, que tienen por objeto lograr que tales decisiones pasen por el conocimiento y la discusión de representantes de la totalidad de los integrantes del Joint Venture. En tal sentido, se ha optado por crear sistemas de administración inspirados en el modelo concebido para las sociedades anónimas, el que a su vez se inspira en las estructuras propias de un estado democrático.

Tal como ocurre en las sociedades anónimas, en los Joint Ventures coexistirán dos órganos destinados a dirigir los destinos de la asociación: Por una parte, existirá una administración general, tendiente a trazar las grandes líneas del proyecto, y por otra, una administración de ejecución u operativa, destinada a materializar las decisiones tomadas por la primera.

Según Tala Japaz¹⁰⁷, el primer órgano administrativo es una entidad análoga al directorio de las sociedades anónimas, el que para nuestros efectos toma el nombre de “Comité Directivo”. Este comité se integra por representantes de cada uno de los “*coventurers*” en proporción a su participación en el pacto, vale decir, con tantos directores como relevancia tenga el aporte del partícipe en el proyecto o negocio que se ha decidido

¹⁰⁶ Ríos García, Mirians, “Joint Ventures como Forma de Colaboración Empresarial en Chile”. Ed. Cono Sur, Santiago, 2001, pág. 150.

¹⁰⁷ Tala Japaz, Alberto, “El Contrato Internacional de Joint Venture como instituto jurídico reactivo a los Procesos de Nacionalización”, artículo incluido en la Gaceta Jurídica N° 199, 1997, pág. 13.

emprender¹⁰⁸. Pues bien, este órgano tendrá la labor de dictar las líneas generales o políticas del proyecto que guiarán a la gerencia en cuanto a la dirección que los negocios deberán llevar.

El segundo órgano encargado de la administración del consorcio consiste en un símil del gerente general de las sociedades anónimas. Este órgano, normalmente ostenta el título de “Director Operativo” y tiene por función la ejecución de las decisiones tomadas por el Comité Directivo. Es posible, además, que existan tantos directores operativos como áreas de gestión se establezcan dentro del Joint Venture¹⁰⁹. Sin embargo, todos estos “Directores de Área” deberán subordinarse a una única gerencia, que en definitiva, será la que encabece la coordinación de la gestión propia del Joint Venture.

Ahora bien, estos mecanismos de administración a los que nos hemos referido encuentran su origen y fundamento en las prácticas empresariales, las que a su vez nacen de las necesidades que un proyecto conjunto implica. Por lo mismo, no existen reglas que coarten la libertad o el ingenio de los empresarios en su afán de encontrar un sistema más eficaz, atendidos sus particulares requerimientos.

Es por ello que existen infinitas otras formas de estructurar la administración de un Joint Venture, lo que dependerá entre otras cosas del proyecto conjunto a emprender, de la distribución del control del acuerdo y de la capacidad o interés que tengan los “*coventurers*” en participar en la administración del negocio. Así, existen a lo menos otras dos fórmulas comúnmente utilizadas para los efectos de administrar el consorcio:

a. Es posible que la función propia del Joint Venture sea la de coordinar las actividades de sus partícipes, en orden a conseguir el objetivo buscado por el acuerdo. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando el negocio conjunto consista en la realización de una obra que pueda ser ejecutada por partes y que cada parte -que será de cargo de cada uno de los “*coventurers*”- no necesite de la intervención simultánea de los demás asociados. En tal evento lo normal será que se cree un “Comité de Gestión” destinado exclusivamente a repartir las competencias de cada uno de los partícipes y a coordinar sus específicas tareas, de manera de orientar la empresa conjunta a la consecución de su objetivo.

b. Por su parte, si el proyecto que se ejecutará a través del Joint Venture es sostenido en el tiempo -por ser de carácter operativo, por ejemplo- requerirá de una estructura de administración más estable que resista una gestión prolongada en el tiempo. Según Velásquez, este sistema emplea un tipo societario sin fines de lucro, -“*no profit joint company*”-, con fines instrumentales adaptado a los especiales requerimientos del Joint Venture, excluyendo la titularidad de ésta sobre los aportes que los *partners* hayan efectuado para la ejecución del emprendimiento¹¹⁰. Esta forma de estructurar la administración conjunta se ha denominado “sociedad órgano” debido a que recurre a una

¹⁰⁸ Con relación a la participación de los *coventurers* en la administración del Joint Venture, Ríos García señala que “en las asociaciones de colaboración las aportaciones de las partes no se valúan económicamente, sino funcionalmente. Aun cuando una parte se comprometa tan sólo a realizar una pequeña parte de la actividad (sobre la cual tiene mayor conocimiento que las demás partes) ella se estima tan importante como las de las demás, por cuanto sin ella la actividad se encuentra incompleta y el fin no es logrado”. Ríos García, Mirians, Ob. Cit., pág. 148.

¹⁰⁹ De este modo, si se constituye un Joint Venture entre una empresa constructora, una empresa de administración y un inversionista para la construcción y posterior explotación de un aeropuerto, es probable que se creen tres direcciones de operación: Una destinada a velar por la construcción de la obra, una segunda orientada a la puesta en marcha y operación del recinto y una tercera tendiente a organizar los recursos asignados al proyecto y a conseguir el financiamiento adicional.

¹¹⁰ Velásquez Cabello, Francisco Javier, “El contrato de Joint Venture”, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1997, pág. 80.

forma societaria con el fin de organizar la administración de la Empresa Conjunta, sin perjuicio de desestimar todas las demás facultades o características de las compañías.

En síntesis, no existen reglas que nos obliguen a estructurar la administración del Joint Venture de una u otra manera. La eficiencia, el sentido común y la naturaleza del negocio a emprender podrán aconsejarnos respecto del mecanismo más idóneo para tales efectos. Dicho de otra manera, el empleo de algunos de los modelos enunciados precedentemente no es obligatorio, pero constituye la aceptación de mecanismos que ya han sido probados con éxito en la empresa conjunta.

5.3. Control conjunto y deberes fiduciarios en el Joint Venture.

5.3.1. El control conjunto como requisito esencial del Joint Venture.

En el lenguaje del derecho de sociedades, cuando nos referimos al “control” aludimos a dos fenómenos distintos:

Por un lado, hablamos de los mecanismos de fiscalización y vigilancia existentes en una estructura societaria destinados a detectar posibles fallas en los aspectos tácticos o logísticos derivados de su funcionamiento.

Sin embargo, también nos referimos al control, cuando queremos aludir al poder de decisión dentro de la compañía. En este segundo sentido emplearemos el término, en lo que sigue a continuación.

Pues bien, la idea del control en las sociedades, así como en toda otra forma de asociación con fines lucrativos, es un asunto de hecho que escapa del ámbito normativo, sin perjuicio de generar consecuencias de relevancia jurídica. Ascarelli lo definió como “la posibilidad de uno o más sujetos de imponer su propia voluntad a la junta”¹¹¹, y consiste en el poder de decisión sobre los destinos de la entidad de que se trate.

En los Joint Ventures, el control del acuerdo es esencialmente conjunto. Dicho de otra manera, para que se verifique esta forma de colaboración empresaria ninguno de los “*coventurers*” puede tener la facultad de imponer a los demás la dirección del negocio conjunto. Si esto ocurriera nos encontraríamos frente a otra forma de vínculo comercial, distinta de una Empresa Conjunta. En palabras de Le Pera, “tenga o no la facultad de administrar la operación y obligar a los copartícipes, un joint venturer debe tener alguna forma de control y dirección sobre el proyecto, aunque delegue el ejercicio de ese control en los demás partícipes”¹¹².

Esta característica está íntimamente ligada al carácter *intuito personae* de la figura en estudio y deriva de la naturaleza de colaboración, propia del Joint Venture. En el fondo, en la Empresa Conjunta -tal como ocurre en las sociedades de personas- debe existir una estrecha relación entre propiedad y gestión. Por lo demás, cabe hacer presente que no

¹¹¹ Nos referimos a Tullio Ascarelli, cuya obra “Personalità giuridica e problemi delle società” es citada por Jorge Miquel. Miquel Rodríguez, Jorge, “La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 186 y 187.

¹¹² Le Pera, Sergio, “Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresaria”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 76.

es necesario que el control conjunto se ejerza de manera efectiva. Basta que exista la posibilidad de que ello ocurra, por lo tanto, la preferencia de uno de los partícipes por no involucrarse en la toma de decisiones o en la gestión del negocio no significa que esta característica desaparezca.

Sin embargo, este rasgo esencial de la Empresa Conjunta, cual es el control conjunto del acuerdo, puede convertirse en un gran problema a la hora de dirigir el negocio compartido hacia la consecución del fin perseguido por el pacto. En efecto, usualmente el control conjunto se obtiene a través de una composición equilibrada del órgano de administración del Joint Venture. En otras palabras, las grandes decisiones se toman con el consenso de todas las partes, lo que implica el derecho de veto de la totalidad de los “*coventurers*”, respecto de los acuerdos propuestos por el resto.

De este modo, las personas que comparten el control, aunque no puedan por sí solas adoptar decisiones, sí pueden bloquear las que tomen los otros¹¹³, lo que puede poner en peligro el funcionamiento del acuerdo, produciéndose la ingobernabilidad de la organización. En este aspecto, el Joint Venture se asemeja mucho a las sociedades colectivas, en las que casi todas las decisiones de alguna relevancia deben tomarse por la unanimidad de sus integrantes.

Es por ello que el problema clave en los acuerdos de colaboración, y en particular en los Joint Ventures, no es tanto configurar el control conjunto, sino que más bien se traduce en establecer mecanismos eficientes de solución de situaciones de bloqueo.

5.3.2. El deber de fidelidad en la Empresa Conjunta.

Una de las características distintivas del Joint Venture es su naturaleza *intuitio personae*, que se refleja en la elevación a requisito esencial del pacto, la persona de los demás partícipes. Sin embargo, en la Empresa Conjunta no basta esta atención a la persona y se exige, además, que los “*coventurers*” se comporten en el marco de un estricto apego a la confianza.

Este deber de fidelidad nace, de la mano con el desarrollo de los Joint Ventures, en el derecho societario estadounidense, de la institución profundamente arraigada en el *common law*, como es el *trust*¹¹⁴, o deber de confianza. Esta exigencia obedece precisamente a la naturaleza de contrato de colaboración empresaria propia de nuestra figura. En efecto, por el acto de colaborar, las empresas participantes de un Joint Venture se verán obligadas a compartir sus conocimientos y experiencia, lo que en términos prácticos se traduce en la necesidad de que exista una estricta confianza entre ellas. Si la confianza desaparece el proyecto a desarrollar se hará imposible de ser ejecutado.

Además, la existencia de estos deberes fiduciarios es imprescindible para una adecuada ejecución del negocio conjunto, puesto que como señalamos en el acápite precedente, el control y la administración del Joint Venture son siempre compartidos y por ende de no haber una base de absoluta confianza, el negocio sencillamente no podría llevarse a cabo.

¹¹³ Miquel Rodríguez, Jorge, Ob. Cit., pág. 195.

¹¹⁴ Miquel Rodríguez, Jorge, Ob. Cit., pág. 212.

Pues bien, este requisito de confianza, en términos prácticos se traduce en la existencia de cuatro deberes concretos¹¹⁵:

a. En primer lugar, todos los “*coventurers*” deben cumplir con un deber de estricta lealtad. Esta obligación va más allá de lo que prescribe la norma que establece la buena fe contractual, a que se refiere el artículo 1.546 de nuestro Código Civil¹¹⁶. En efecto, no basta con ejecutar el contrato de buena fe, los partícipes además deben guardar reserva de la información obtenida a través de su participación en la empresa conjunta.

b. Existe un segundo deber que consiste en la obligación de proporcionar información verdadera a los demás miembros del pacto de colaboración. La utilidad práctica de la colaboración empresarial llevada a cabo a través de un Joint Venture solo puede ser obtenida mediante la absoluta transparencia y veracidad de la información relativa al negocio que desarrollaran los demás “*coventurers*” y ello debido a que cada partícipe se hará cargo de una parte de un negocio que constituye un todo.

c. Además, para los “*coventurers*” existe el deber de rendir cuenta de los beneficios obtenidos de la gestión o negocio común.

d. Por último, existe el deber de no competir en las áreas comprendidas por el Joint Venture, salvo que expresamente se autorice tal situación. Dijimos en su oportunidad que, dependiendo de la relación que exista entre el ámbito de las actividades propias del Joint Venture y la de sus partícipes, éste puede ser horizontal o vertical. Cuando el Joint Venture es horizontal este deber se traduce en la obligación de competir de manera leal.

Sin embargo, la existencia de un pacto intrínseco de confianza no se agota en el cumplimiento de los deberes anteriormente señalados, y existe, además, un cúmulo de prohibiciones para los “*coventurers*”. Al respecto Sandoval señala que los partícipes de un Joint Venture deben tener prohibido obtener beneficios que no estén autorizados en el acuerdo; dañar el negocio de las otras empresas o entidades que forman parte de la alianza; ejercer influencia indebida; abusar de la información confidencial obtenida gracias al acuerdo conjunto; obtener ventajas indebidas derivadas de la posición dominante o privilegiada en que se encuentre un determinado miembro de la asociación; y excederse en los poderes concedidos para actuar por la asociación de que se trate¹¹⁷.

Es por todo lo anterior que los deberes fiduciarios no sólo son un requisito del contrato de Joint Venture, sino que constituyen un elemento esencial del mismo, sin lo cual nuestra figura carece de toda validez.

5.3.3. Solución de los conflictos entre los partícipes del Joint Venture.

En todo contrato existe la posibilidad de que surjan conflictos entre las partes como producto de su aplicación práctica. Cuando el contrato genera derechos y obligaciones sostenidas en el tiempo y las partes que lo suscriben no son dos, sino que más, la probabilidad de que se generen conflictos entre los contratantes aumenta considerablemente.

¹¹⁵ En esta materia hemos seguido de cerca a Sandoval. Sandoval López, Ricardo, “Contratos Mercantiles”, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 632 y 633.

¹¹⁶ El artículo 1.546 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 que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”.

¹¹⁷ Sandoval López, Ricardo, Ob. Cit., pág. 633.

En los Joint Venture existe -además- un tercer elemento proclive al nacimiento de desencuentros entre quienes lo suscriben: El control conjunto esencial para que se configure esta particular modalidad de colaboración entre empresarios. En efecto, al no existir la posibilidad de uno o más de los “*coventurers*” de imponer su propia voluntad a los demás en la dirección del negocio conjunto, se corre el riesgo de que se produzcan situaciones de bloqueo, lo que evidentemente atentará contra un actuar fluido y coordinado en la consecución de los fines de la organización, tornándola prácticamente ingobernable. Este problema normalmente nace cuando la Empresa Conjunta es integrada por un número par de socios, puesto que en este caso o se produce un consenso entre ellos o se llega a un empate que genera el bloqueo de la decisión discutida¹¹⁸ y, por ende, una paralización de la actividad conjunta.

Es por ello que además de los mecanismos clásicos de solución de conflictos propios de las demás formas de asociación con fines lucrativos, la Empresa Conjunta deberá contemplar un sistema eficiente que impida que los desacuerdos relativos a la dirección del negocio conjunto se transformen en la imposibilidad de que éste pueda ser desarrollado en términos eficientes y competitivos.

Debido a lo anterior, las prácticas mercantiles internacionales -pues la ley nada dice al respecto- han aconsejado el empleo de variados mecanismos tendientes a imponer un orden que permita, al Joint Venture, desenvolverse adecuadamente en atención a su naturaleza empresarial. Tales mecanismos, si bien no son de la esencia de los contratos de colaboración empresarial, adquieren un estatus similar, toda vez que sin ellos el acuerdo existe, pero carece de un sustento coherente que le permita subsistir adecuadamente para lograr el cumplimiento de sus fines.

Pues bien, normalmente se descarta la decisión jurisdiccional para resolver los problemas de bloqueo y ello, en primer lugar, por la confidencialidad que, con frecuencia, adquieren las decisiones estratégicas de las empresas, y además por la lentitud que, por lo general, las instancias judiciales ofrecen.

Habitualmente se recurre a tres diversos mecanismos para la solución de conflictos originados de situaciones de bloqueo: el voto de calidad, el voto de una persona externa o el recurso del arbitraje¹¹⁹.

El voto de calidad permite que, en caso de desacuerdo, uno de los “*coventurers*” tenga la posibilidad de imponer su voluntad por sobre la de su socio, lo que por lo general se establece en forma alternativa y rotatoria por períodos previamente establecidos en el acuerdo.

La segunda fórmula, vale decir, el recurso al voto de una persona externa al Joint Venture para que dirima los conflictos surgidos de la dirección del negocio conjunto, constituye una suerte de arbitraje interno y opera usualmente mediante la designación de un tercero como administrador, cuya posición queda vacante hasta que se produce el bloqueo, interviniendo -por tanto- solo en caso que su voto dirimente sea requerido.

Por último, es frecuente observar que las situaciones de bloqueo queden entregadas -de previo y común acuerdo entre los partícipes del pacto de colaboración- a la decisión

¹¹⁸ Evidentemente puede ocurrir que en un Joint Venture integrado por cuatro empresas, tres de ellas voten a favor de una decisión y una en contra. La situación de bloqueo no se produce en ese caso, sino que sobreviene cuando la voluntad de una mitad de los *coventurers* es contraria a la de la otra.

¹¹⁹ Sobre el particular hemos seguido a Jorge Miquel. Miquel Rodríguez, Jorge, “La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 344 y siguientes.

de un árbitro. El arbitraje, por ser un método de solución de conflictos internacionalmente reconocido, es el mecanismo que goza de mayor aceptación en la resolución de diferendos sociales. Por lo general se recurre a “un foro neutral, tal como la Cámara de Comercio Internacional, la American Arbitration Association u otro tribunal de reconocida trayectoria y de cierta predicción de sus decisiones para finiquitar diferencias irreconciliables entre los venturistas. A veces, también se pacta la utilización de las reglas de la UNCITRAL para dirimir las diferencias”¹²⁰.

En todo caso, las opciones señaladas no son las únicas susceptibles de ser pactadas en un acuerdo de colaboración empresarial, la autonomía de la voluntad permite establecer infinitas otras fórmulas destinadas a conciliar los intereses de los partícipes del acuerdo, en atención a sus particulares requerimientos.

Por último, también es posible acordar la coexistencia de dos o más de estos mecanismos para que operen en forma alternativa, estableciendo *ex ante* cual de ellos aplicar a la solución de un determinado conflicto e incluso establecer la aplicación de uno de ellos para decidir sobre cual de los sistemas previstos deberá emplearse.

5.4. Responsabilidad civil de los Joint Ventures frente a obligaciones con terceros. Cesación de pago de obligaciones asumidas por éste.

Cuando en Derecho hablamos de “responsabilidad civil” nos referimos al efecto que conlleva el incumplimiento de una obligación cuando de ello se sigue daño patrimonial¹²¹. Esta obligación incumplida dará lugar a su sustitución por una nueva obligación resarcitoria de los perjuicios patrimoniales causados.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico son responsables civilmente de sus actuaciones que causen perjuicio a terceros, todas las personas naturales excepto aquellas que la ley declara incapaces¹²². También lo son las personas jurídicas, toda vez que son capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles.

Respecto de estas últimas, las personas jurídicas responden de todas las obligaciones contraídas en su nombre por sus representantes, si éstos han obrado dentro de los límites de su mandato¹²³. De igual modo, las personas jurídicas pueden incurrir en delitos y cuasidelitos civiles, por lo que también les corresponderá indemnizar el daño causado. Esta responsabilidad extracontractual o aquiliana de las personas jurídicas, puede provenir del hecho propio o del hecho de aquellos terceros que estuviesen a su cargo o a su cuidado. Responderán personalmente de los daños que cause su actividad, cuando ésta se ha ejecutado por la o las personas que las representen, mientras hayan obrado en el ejercicio de sus funciones. Responderán, esta vez del hecho ajeno, cuando el daño lo

¹²⁰ Marzorati, Osvaldo J. “Alianzas Estratégicas y Joint Venture”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, págs. 135 y 136.

¹²¹ Rodríguez Grez, Pablo, “Responsabilidad Extracontractual”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 20.

¹²² El artículo 1.447 de nuestro Código Civil enumera una lista de personas que no son capaces de obligarse por un acto o declaración de voluntad y que por lo mismo no son responsables por sus actos. Asimismo, el artículo 2.319 del mismo cuerpo legal hace lo suyo con relación a la capacidad para cometer delitos y cuasidelitos civiles.

¹²³ Ducci Claro, Carlos, “Derecho Civil. Parte General”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pág. 152.

hayan producido sus dependientes, mientras éstos estén a su cuidado y bajo su servicio. Sin embargo, cesa esta responsabilidad si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho¹²⁴.

Sin embargo, cabe ahora preguntarse si son civilmente responsables las asociaciones que carecen de personalidad jurídica, puesto que no caben ni en uno ni en otro de los grupos antes mencionados. Respondiendo eso podremos determinar con facilidad el estatuto de responsabilidad aplicable al contrato de Joint Venture, que es lo que en realidad nos interesa a estas alturas.

El párrafo 12 del Título VII del Libro II de nuestro Código de Comercio consagra y regula una forma de agrupación de personas, con fines lucrativos, denominada “asociación o cuentas en participación”. Dijimos en su oportunidad que esta figura difiere radicalmente del contrato de Joint Venture, pero posee tres elementos en común, a saber, que es una agrupación de personas; que no da nacimiento a una persona jurídica distinta de sus asociados; y que tiene por objeto una operación de carácter mercantil.

Ocurre que los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio se hacen cargo de esta figura, regulando entre otras cosas, la responsabilidad de la asociación frente a terceros. En efecto, el artículo 510 del cuerpo legal referido hace responsable de los actos de la participación al gestor o administrador, señalando que “los terceros sólo tienen acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecen de ella contra los terceros”.

No obstante lo anterior, creemos que la regla establecida para la asociación o cuentas en participación no puede extrapolarse a otras formas de agrupación carentes de personalidad jurídica, puesto que constituye una norma de excepción que altera las reglas generales sobre la materia y que encuentra su explicación en la particular naturaleza del contrato al que accede, en que el gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación. En consecuencia, nos parece que la norma del artículo 510 del Código de Comercio no constituye un principio al cual deban ceñirse las demás asociaciones sin personalidad jurídica, cuando no están reguladas -al menos en aquella materia- por la ley.

Es por lo señalado precedentemente que creemos necesario reformular la pregunta que nos hemos hecho y tratar de responder una nueva interrogante: ¿Cuál es el estatuto de responsabilidad que rige a las asociaciones sin personalidad jurídica, que no se encuentran reguladas en los textos legales? o lo que para nuestros efectos es lo mismo, ¿Cómo responden los Joint Ventures frente a obligaciones con terceros?

Pues bien, para resolver nuestro conflicto debemos hacer una doble distinción:

a. En primer lugar, debemos determinar si nos encontramos frente a un Joint Venture contractual -que no genera una persona jurídica- o si, por el contrario, el acuerdo de colaboración se encuentra estructurado sobre la base de una sociedad instrumental, como ocurre en los “*Joint Ventures corporation*”.

b. Además, debemos saber el origen de la responsabilidad, vale decir, si el daño ocasionado proviene del incumplimiento contractual por parte del Joint Venture, o bien, de un delito o cuasidelito civil cometido por el consorcio.

La primera distinción nos liberará de la tarea de determinar el régimen de responsabilidad que regula a los Joint Ventures societarios, toda vez que al aparecer ante los ojos de terceros como una sociedad mercantil dotada de personalidad jurídica, esta

¹²⁴ Al respecto, ver artículo 2.320 inciso final de nuestro Código Civil.

particular estructura de colaboración empresarial se registrá precisamente por las normas que ya indicamos para las personas jurídicas.

Por lo tanto, nos resta determinar qué ocurre con los Joint Ventures de índole contractual. En éstos aplicaremos la segunda distinción, es decir, revisaremos su particular régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales y de la comisión de delitos y cuasidelitos civiles por parte de los éstos o de su personal.

En el primer caso, es decir, en relación a la responsabilidad contractual, o sea, derivada del incumplimiento de un contrato, la regla es simple: Las asociaciones que carecen de personalidad jurídica son lisa y llanamente irresponsables, toda vez que son incapaces de contraer válidamente obligaciones. Lo que ocurrirá en esta circunstancia es que se obligará cada uno de sus partícipes en forma independiente, o bien, mancomunadamente, lo que se traducirá en que la responsabilidad recaerá sobre aquel o aquellos asociados que consintieron con su voluntad a la celebración del acto jurídico.

En el segundo caso, vale decir, cuando la obligación del Joint Venture deriva del hecho de que éste ha cometido un delito o cuasidelito civil en contra de un tercero al que le ha producido daño, el tema se torna más complejo.

En nuestro país la doctrina mayoritaria estima que las asociaciones sin personalidad jurídica carecen de responsabilidad, correspondiéndole ésta sus asociados. En efecto, en palabras de Alessandri y Somarriva estas agrupaciones “carecen, lógicamente, de responsabilidad por los hechos de sus miembros: los actos colectivos de una corporación que no tiene existencia legal obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente”¹²⁵.

¹²⁶

Nosotros sostenemos la tesis contraria, al menos en parte. Efectivamente, creemos que no corresponde imputarles responsabilidad por el hecho propio a aquellas agrupaciones desprovistas de personalidad jurídica, pues tal responsabilidad recaerá sobre la empresa partícipe que ha cometido el acto ilícito de que se trate. Téngase presente que la representación que posee el operador respecto de su tarea en la Empresa Conjunta se materializa técnicamente a través de un mandato, lo que lo faculta para comparecer por ésta en el desempeño del negocio. No obstante, tal representación no autoriza al mandatario para cometer delitos o cuasidelitos, por lo que si los cometiese jamás podrá alegar que lo hizo en cumplimiento del encargo¹²⁷.

Sin embargo, estimamos que sí les cabe responsabilidad extracontractual en el hecho de aquellas personas que estuviesen a su cargo. En efecto, el artículo 2.322 de nuestro Código Civil establece una presunción de responsabilidad en virtud de la cual los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas

¹²⁵ Alessandri R., Arturo y Somarriva U., Manuel, “Curso de Derecho Civil Tomo IV. Fuentes de las obligaciones”, Ed. Nascimento, Santiago, 1942, pág. 872.

¹²⁶ Tal conclusión es extraída, por los autores citados, del inciso final del artículo 549 de nuestro Código Civil, que refiriéndose a las corporaciones, establece que “*Si una corporación no tiene existencia legal según el artículo 546 (que desconoce la personalidad jurídica de las fundaciones o corporaciones que no se han establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República), sus actos colectivos obligan a todos y cada uno de sus miembros solidariamente*”.

¹²⁷ Así por lo demás lo sostiene Stitckin, quien señala que “con arreglo al artículo 2.316 (del Código Civil), es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”. En consecuencia, la responsabilidad extracontractual es de carácter personal y no pasa a otras personas, aunque medie entre ellos alguna relación contractual lícita. Stitckin Branover, David, “El Mandato Civil”, Tercera Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1975, pág. 383.

funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista¹²⁸. En este supuesto basta que el autor del ilícito trabaje para una persona y que el hecho delictual o cuasidelictual se haya cometido en el ejercicio de sus funciones.

Recordemos que, en su oportunidad, dijimos que el Joint Venture no constituye una persona jurídica, pero sí da nacimiento a una empresa en sentido económico, lo que se traduce en la existencia de una estructura jerarquizada orientada a la consecución de un fin de carácter lucrativo. Pues bien, las empresas, así como las cárceles, los hospitales y los colegios generan un vínculo disciplinario y consagran medidas encaminadas a regular el comportamiento interno de quienes residen en ellos¹²⁹. Por tanto, el hecho de que la ley los obligue a responder por sus dependientes nos parece de toda justicia, puesto que quien crea un riesgo debe responder por las consecuencias que de ello provengan. Dicho en otros términos, la finalidad perseguida por la norma del artículo 2.322 del Código Civil, es hacer responsables a las empresas por los daños que cause su actividad, producidos por cualquier persona que de éstas dependan, tengan o no su representación¹³⁰.

A mayor abundamiento, en el derecho comparado esta extensión del vínculo de dependencia se ha fundado, entre otras, en la teoría de la “titularidad empresarial”¹³¹. En palabras de Zelaya, conforme a esta doctrina “es el explotador, operador o titular de una empresa o actividad industrial, organizada profesionalmente en el mediano y largo plazo, el que mejor puede controlar los riesgos típicos a dicha actividad, disminuir su frecuencia y asegurarse de distribuir socialmente el costo del accidente inevitable que causa daños a la víctima inocente a través del sistema de precios o del seguro de responsabilidad civil”¹³². Por lo mismo, lo que interesa es la titularidad u operación de la actividad empresarial y no el dominio de los bienes que le permiten orientar la actividad a la consecución de una ganancia.

En consecuencia, la Empresa Conjunta responderá de todos los delitos y cuasidelitos civiles perpetrados por el equipo humano que se desempeñe para ésta, y ello porque la actividad de sus dependientes será en el desarrollo del quehacer propio de la organización, o bien, porque la propia ley le exige el deber de vigilancia. Por lo mismo, la responsabilidad se tiene sólo mientras los dependientes estén a su cuidado y bajo su servicio, y cesa si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho. Sin embargo, aun así responderá el Joint Venture cuando sus dependientes cometieron el hecho en el ejercicio de sus respectivas funciones, mientras no pruebe que las han ejercido de un modo impropio que el empleador no tenía medio de prever o impedir, haciendo uso del cuidado ordinario, y la autoridad competente.

¹²⁸ El artículo 2.322 de nuestro Código Civil “emplea una terminología anticuada al hablar de “amos” –para referirse a los empleadores- y “criados y sirvientes” –para referirse a los dependientes-. Pero el sentido de la ley no ofrece dudas”. Rodríguez Grez, Pablo, Ob. Cit., pág. 227.

¹²⁹ Rodríguez Grez, Pablo, Ob. Cit., pág. 213.

¹³⁰ Al respecto, la doctrina en forma unánime ha señalado que técnicamente es incorrecto hablar de “responsabilidad por el hecho ajeno”, toda vez que la responsabilidad que acaece será siempre de carácter personal y consiste en el descuido en la obligación de vigilancia que debe tener toda persona respecto de aquellos que se encuentran a su cuidado –en el caso del artículo 2.320 del Código Civil-, o de aquellos que para éste trabajan –en el supuesto del artículo 2.322-.

¹³¹ Zelaya Etcheagaray, Pedro, “La Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho de su Dependiente”, artículo incluido en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 90 N° 3, Santiago, 1993, pág. 145.

¹³² Zelaya Etcheagaray, Pedro, Ob. Cit., pág. 146.

Para terminar, nos queda solamente determinar dónde se hará efectiva la responsabilidad del Joint Venture dada su particular naturaleza y estructura.

Al respecto podemos afirmar que al no constituir, el Joint Venture, una persona jurídica distinta de las personas que lo integran, esta organización carece de los atributos propios de las personas morales, y por ende, de patrimonio. Por ello dijimos en su oportunidad que los bienes del Joint Venture pertenecen, en definitiva, a sus partícipes.

Sin embargo, si partimos de la base de que el Joint Venture es responsable en términos civiles (al menos en las hipótesis del artículo 2.322 del Código Civil) ¿En qué bienes se hará efectiva esa responsabilidad?

Pues bien, al no tener patrimonio el Joint Venture, es evidente que la responsabilidad frente a terceros derivada de la actuación del acuerdo de colaboración pasará directamente a los partícipes, y por consiguiente, en sus bienes se hará efectivo el “derecho de prenda general de los acreedores”¹³³. Pero, ¿responderán los asociados en forma solidaria?

El artículo 2.058 del Código Civil chileno establece la solidaridad, para los socios de una compañía declarada nula, en todas aquellas obligaciones para con terceros que deriven de las operaciones sociales, siempre que ésta existiere de hecho.

Nosotros compartimos la tesis de que no es aplicable la norma precedentemente indicada al contrato de Joint Venture y ello porque el artículo 2.058 impone una sanción a las sociedades declaradas nulas destinada a proteger a los terceros que de buena fe contrataron con éstas, suponiendo la validez del pacto social. Dicho de otra forma, la disposición busca impedir la elusión de las responsabilidades de una sociedad nula, en perjuicio de sus acreedores; lo que significa una consagración del principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo (o culpa).

Por el contrario, sostenemos que en el caso de las asociaciones atípicas sin personalidad jurídica debe estarse a la reglamentación existente para el cuasicontrato de comunidad, establecida por el párrafo tercero del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil¹³⁴. De acuerdo a aquella reglamentación, no habiéndose estipulado solidaridad, los comuneros son obligados al acreedor por partes iguales, sin perjuicio del derecho de cada uno de estos de exigir a los demás que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que corresponda¹³⁵.

Ahora bien, además de lo anterior cabe mencionar que a los “*coventurers*” no le es posible limitar su responsabilidad hasta la concurrencia de los aportes que han introducido a la organización, puesto que dicho beneficio está reservado a aquellas figuras asociativas constituidas de conformidad a la ley, y en las cuales se haga expreso reconocimiento a tal limitación de responsabilidad, lo que además debe quedar consignado en el acto constitutivo.

¹³³ La doctrina nacional ha denominado metafóricamente “derecho de prenda general” al principal efecto de toda obligación y que consiste en el derecho que tiene el acreedor de exigir su ejecución forzada. Con este fin es posible perseguir todos los bienes del deudor, raíces o muebles, presentes o futuros, excepto los inembargables. Alessandri R., Arturo y Somarriva U., Manuel, Ob. Cit., pág. 729.

¹³⁴ Tal postura es posible encontrarla en Álvaro Puelma al tratar la sociedad sin personalidad jurídica. Puelma Accorsi, Álvaro, “Sociedades”, Tomo I, Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 145 a 194.

¹³⁵ En las relaciones internas entre los comuneros la contribución a los gastos y la repartición de los frutos que produzca la cosa común se deben efectuar en proporción a las cuotas de derechos que cada comunero posea. Al respecto ver artículos 2.309, 2.310 y 2.311 de nuestro Código Civil.

Sin embargo, sí es posible observar un fenómeno de limitación de responsabilidad y ello ocurrirá debido a que el contrato de Joint Venture es un contrato de coordinación de aportes corporativos segmentados horizontal o verticalmente, en orden a un fin económico común. Según Alberto Tala, cada partícipe hace su negocio individual, meramente coordinado con el de los demás “*coventurers*”, en términos tales que la intervención de un venturer presupone la ejecución de la tarea correspondiente al venturer anterior y al mismo tiempo es presupuesto de la ejecución de la tarea del venturer siguiente. Si un venturer falla en esta cadena, el siguiente sencillamente no interviene y por ello no experimenta una pérdida¹³⁶.

5.5. Joint Venture y libre competencia.

El Joint Venture nació, tal como lo concebimos hoy en día, como un instrumento destinado a fortalecer la capacidad de las empresas, con el objeto de participar en mejores condiciones en el mercado. De esta manera, por la vía de un acuerdo de colaboración, dos o más empresas pueden lograr aumentar su eficiencia sobre la base de duplicar su infraestructura, su experiencia o su tecnología, o bien, de minimizar sus costos.

Nuestra legislación, por su parte, se inspira en un modelo de libertad económica en el cual las empresas poseen la más amplia autonomía para realizar todos los actos que les permitan conseguir el fin económico buscado¹³⁷. Así, mientras la actividad económica que desarrolla el Joint Venture sea lícita y se respeten las normas legales que regulan la actividad que éste ejecuta, no debieran haber impedimentos jurídicos que coarten su desempeño.

Sin embargo, normalmente los efectos económicamente deseables del Joint Venture llevan consigo consecuencias negativas para los demás actores económicos, en especial para los consumidores y para las otras empresas que compiten con el consorcio por un lugar en el mercado. Dicho de otra manera, toda concentración de esfuerzos empresarios que tiendan a una actuación conjunta o regulada por ellos mismos, puede apreciarse como un riesgo, pues abre la vía para la reducción de la libre competencia en el mercado¹³⁸.

Efectivamente, y aun cuando no sea el efecto buscado por el acuerdo de colaboración, muchos Joint Ventures limitan la barrera que impone nuestra legislación sobre la materia, toda vez que con frecuencia vinculan a empresas que revisten características de competidoras entre sí, logran crear a un sujeto muchísimo más poderoso, o bien, organizan a agentes económicos capaces de cubrir todo el espectro de una cadena productiva.

Pues bien, la defensa a la libre competencia en nuestro país se encuentra regulada por el Decreto Ley N° 211, de 1973, el que fue modificado por el Decreto Ley N° 2.768, de fecha 5 de julio de 1979 y se encuentra refundido en el Decreto Ley N° 511, publicado en el Diario Oficial del día 27 de octubre de 1980. Este conjunto de normas define lo que

¹³⁶ Tala Japaz, Alberto, Ob. Cit., pág. 14.

¹³⁷ El gran principio que regula esta materia está dado por el inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas “*el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”.

¹³⁸ Zaldívar, Enrique; Manovil, Rafael M.; y Ragazzi, Guillermo E., “Contratos de Colaboración Empresaria”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989. pág. 120.

debemos entender por “libre competencia”, sanciona las conductas que atentan contra ella y establece cuales son los organismos encargados de velar por su correcta aplicación.

A lo anterior cabe agregar una reciente modificación introducida por la Ley N° 19.911, publicada en el Diario Oficial correspondiente al día 14 de noviembre de 2003.

En tal sentido, el artículo tercero del Decreto Ley N° 211, de 1973, modificado según se expuso, sugiere que debe entenderse por prácticas atentatorias contra la libre competencia el ejecutar o celebrar, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia en las actividades económicas¹³⁹.

Por su parte, el inciso segundo del precepto citado enumera -de manera meramente ejemplar- una serie de conductas que estima derechamente atentatorias contra la libre competencia, estableciendo duras sanciones para el caso que se incurra en alguna de ellas¹⁴⁰.

Es por ello que con frecuencia ocurrirá que, los acuerdos de colaboración empresarial y en particular los Joint Ventures, incurran en prácticas que vulneren la libre competencia, en el desarrollo de sus negocios. Sin embargo, al no existir una normativa que regule todos los posibles casos que pueden darse al respecto, han sido los órganos creados por el Decreto Ley N° 211, los que han sentado las pautas que nos llevarán a determinar si existe, o no, una actitud anticompetitiva por parte del Joint Venture.

Al respecto, podemos afirmar que si bien la barrera de la licitud en esta materia es más bien difusa, existen ciertos signos que delatan el actuar competitivamente desleal de los pactos de colaboración y que, de verificarse en la práctica, seguramente gatillarán la actividad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. A ese respecto, la modificación del Decreto Ley N° 211, por parte de la ley N° 19.911 contribuyó a explicitar las conductas atentatorias contra la libre competencia, pero sin duda no agotó las posibles hipótesis de situaciones que quedan comprendidas dentro de los ilícitos sancionados por la referida normativa¹⁴¹. Dado lo anterior, nos parece que un Joint Venture atenta contra la libre competencia en los siguientes casos:

a. Cuando los “coventurers” desarrollen actividades económicas por las que compitan entre sí. El hecho de ser competidores en el mercado, hace que las empresas participantes

¹³⁹ El inciso primero de la norma aludida señala que *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 17 K de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”*.

¹⁴⁰ Por su parte, el inciso segundo del artículo tercero del actual Decreto Ley N° 211, establece que *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen, o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran. b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*.

¹⁴¹ El artículo tercero, inciso segundo del Decreto Ley N° 211, al enunciar la serie de acciones consideradas como atentatorias contra la libre competencia señala que *“Se considerarán, entre otros...”*. Esta expresión utilizada por el precepto en comento sugiere que la lista que sigue tiene sólo una función ejemplar, que no agota la totalidad de las conductas susceptibles de ser sancionadas de conformidad a la normativa.

del acuerdo puedan fijar sus precios en desmedro de los consumidores, haciendo desaparecer el equilibrio natural que existe en la economía;

b. Cuando los partícipes del Joint Venture, en forma individual, controlen una gran parte del mercado. Si ello ocurre se producirá un monopolio en el cual los consumidores (demandantes) quedarán entregados a las reglas que arbitrariamente fije el consorcio; y

c. Cuando el desempeño de la Empresa Conjunta tenga incidencia en el precio o en la calidad de los productos desarrollados por ésta. Dicho de otra manera, si el desequilibrio producido por el exceso de demanda frente a una oferta escasa se traduce en un aumento en los precios o en la calidad de los productos, habrá sin duda una actitud monopólica atentatoria contra la libre competencia.

Afortunadamente no siempre la constitución de un Joint Venture será sinónimo de un atentado a la libre competencia. La colaboración empresaria, en general, tiene bastantes efectos positivos para la competencia, como por ejemplo, permite que se desarrollen proyectos que las empresas en forma individual no serían capaces de ejecutar, tanto por razones económicas, como por motivos de deficiencia técnica. Además, mejora la eficiencia de las empresas y les permite aprovechar mejor sus recursos. En síntesis, y empleando las palabras del Tribunal Supremo estadounidense, “la Joint Venture tiene, desde el punto de vista de la competencia, frente a otras formas de concentración -como la fusión-, la ventaja de que crea un nuevo sujeto competidor en vez de eliminarlo¹⁴²”.

Por lo tanto, para determinar si la creación de un consorcio debe ser condenada, habrá que mirar sus efectos generales y calificar tal situación en términos integrales y racionales. Esto significa determinar, caso por caso, cuales son sus efectos beneficiosos para la economía y cuales son aquellos que ponen en riesgo la libre competencia de los demás agentes económicos. Si las ventajas son mayores que los eventuales efectos negativos que el pacto puede llegar a producir creemos que se debe permitir su desarrollo.

Por último, cabe hacer presente que de acuerdo a la normativa vigente que rige esta materia, y dada la gran variedad de acuerdos que pueden haber detrás de un Joint Venture, las empresas partícipes del pacto de colaboración jamás tendrán la seguridad de como responderán los órganos fiscalizadores frente a su actuar en relación a la libre competencia. Es por ello que las empresas que deseen celebrar acuerdos de colaboración a través de un Joint Venture, y que teman caer en prácticas monopólicas, tienen la posibilidad de consultar respecto de los efectos del pacto ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁴³.

5.6. Tratamiento tributario de la Empresa Conjunta.

Sin perjuicio de no constituir una persona jurídica, el Joint Venture siempre da nacimiento a una empresa en sentido económico, toda vez que configura una organización de factores de la producción (capital, naturaleza y trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada¹⁴⁴.

Por lo tanto, al participar en un proceso productivo, el consorcio deberá adquirir bienes y contratar servicios que sean necesarios para llevar a cabo el negocio conjunto, el que

¹⁴² Citado por Miquel Rodríguez. Miquel Rodríguez, Jorge, Ob. Cit., pág. 58.

¹⁴³ Ver artículo N° 17 C, 2) del Decreto Ley N° 211, de 1973.

¹⁴⁴ Garrigues, Joaquín, “Curso de Derecho Mercantil”, Tomo I, reimpresión de la 7ª edición, Ed. Temis, Colombia, 1987, pág. 162.

podrá derivar en utilidades o arrojar pérdidas para los “*coventurers*”¹⁴⁵. Esta característica de ente generador de riquezas, hace que nuestra figura deba insoslayablemente pasar por los mecanismos de fiscalización y eventual recaudación tributaria.

Pues bien, debido a la naturaleza contractual atípica del Joint Venture, el tratamiento tributario que esta figura recibe en nuestro país no se encuentra consignado por la vía legislativa. Es por ello que el Servicio de Impuestos Internos chileno ha asumido la responsabilidad de definir su rol como entidad generadora de renta y de otros emolumentos gravados con los demás tributos que consigna nuestra legislación.

Si el Joint Venture está constituido a la sombra de una sociedad instrumental, será esta sociedad el rostro visible de la Empresa Conjunta y, por tanto, el sujeto pasivo de la obligación de declarar y pagar los impuestos que se deriven de la actividad desarrollada por el consorcio.

En cambio, si el Joint Venture se funda en un acto contractual (unincorporated Joint Venture), jamás tendremos presente a una persona jurídica que canalice las operaciones de la Empresa Conjunta, sino que observaremos diversos sujetos que ejecutan individualmente actividades distintas pero coordinadas hacia un fin común¹⁴⁶.

Es por ello que el análisis que sigue se refiere únicamente al Joint Venture contractual, que es en el fondo, el que presenta dificultades en su aplicación e interpretación en materia tributaria.

Ahora bien, la primera resolución administrativa que se refirió de manera directa al contrato que nos ocupa la encontramos en la circular N° 143, de 1972, dictada por el servicio público mencionado. En esta normativa se consideró que la operación de Joint Venture es una asociación de intereses, en que participan dos o más personas, y que no genera efectos tributarios. Sin embargo, también se señaló que nuestra figura reviste las características de una comunidad, lo que implica que el tratamiento jurídico que el Joint Venture recibe corresponde al de un capital de riesgo sin personalidad jurídica.

De esta manera los socios o “comuneros” fueron considerados solidariamente responsables de los tributos que de la operación de Joint Venture se originen, salvo que cada una de las partes se encuentre singularizada en cuanto a su participación, tanto en las ganancias como en las pérdidas, en dicho contrato¹⁴⁷.

Esta primera opinión del Servicio de Impuestos Internos se ha mantenido vigente hasta la fecha, no obstante, haberse desarrollado con mayor extensión los efectos prácticos de la figura de Joint Venture. Así por lo demás se desprende del oficio N° 4.270, de 1999 de la Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Directos.

Tratándose, entonces, de un capital de riesgo, cualquiera sea la forma o estructura que los socios pacten deben necesariamente iniciar actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, señalando detalladamente -en el formulario correspondiente- las

¹⁴⁵ Ríos García, Mirians, Ob. Cit., pág. 173.

¹⁴⁶ Ríos García, Mirians, Ob. Cit., pág. 174.

¹⁴⁷ El artículo 6 de nuestra Ley sobre Impuesto a la Renta (D.L. 824), señala que “*En los casos de comunidades cuyo origen no sea la sucesión por causa de muerte o la disolución de la sociedad conyugal, como también en los casos de sociedades de hecho, los comuneros o socios serán solidariamente responsables de la declaración y pago de los impuestos de esta ley que afecten a las rentas obtenidas por la comunidad o sociedad de hecho. Sin embargo, el comunero o socio se liberará de la solidaridad, siempre que en su declaración individualice a los otros comuneros o socios, indicando su domicilio y actividad y la cuota o parte que les corresponde en la comunidad o sociedad de hecho*”.

partes intervinientes, el domicilio en el que operarán, el porcentaje de participación y la persona natural que los representará, cuya delegación de facultades debe necesariamente otorgarse por medio de instrumento público. Este último requisito no es exigido de manera expresa por el Servicio, pero será necesario para las actuaciones que efectúe el mandatario ante los bancos e instituciones públicas.

Además, teniendo presente que el Joint Venture es un contrato en que las partes son empresas que generan rentas, y que por ende, tributan o debieran tributar en primera categoría, el impuesto que se aplicará y cobrará a las operaciones que se ejecuten en el contrato de Joint Venture quedarán gravadas con el impuesto que corresponda a la actividad de cada una de las empresas participantes del acuerdo de colaboración, lo que será de cargo y responsabilidad de cada una de ellas.

Sin embargo, a raíz de una consulta formulada por las empresas Enap y Chile-HuntOilCompany, el Servicio de Impuestos Internos contestó mediante oficio ordinario N° 257 de 23 de enero de 1989, de la Subdirección Normativa¹⁴⁸, que el criterio es considerar al Joint Venture como una aplicación del contrato de mandato, por el que una de las empresas que integran la asociación, entrega a otra la calidad de “operador”, con el objeto de desarrollar un determinado negocio. “Así, el operador administra el negocio en virtud de un mandato que le confieren los demás asociados. Los asociados o partícipes contribuyen al negocio en determinada proporción y se reparten las utilidades en la misma medida sin que exista entre ellos sociedad”¹⁴⁹.

En idéntico sentido, el oficio ordinario N° 1.909, de 16 de junio de 1989¹⁵⁰ autorizó la operación en Chile de un Joint Venture constituido por Enap y Maxus Chile Inc. señalando que la operación conjunta “no genera efectos tributarios para la asociación que al efecto se crea, debiendo concluirse que cada partícipe mantiene su calidad de contribuyente individual, toda vez que cada uno de ellos realiza su actividad por separado”. Sin embargo, el Servicio exigió que cada uno de los “coventurers” llevara contabilidad separada, sin perjuicio de que se llevara, además, una contabilidad que consignara los movimientos de la Empresa Conjunta.

Por último, y pronunciándose ahora en relación al Impuesto al Valor Agregado, por oficio N° 4.232, de 29 de noviembre de 1982¹⁵¹, el Servicio de Impuestos Internos dictaminó que los Joint Ventures “no obtienen resultados de relevancia tributaria, limitándose a la obtención de un producto determinado y logrando la utilidad las partes de dicha asociación, por separado. En consecuencia, el Joint Venture no es contribuyente de IVA”.

Debido a lo anterior es posible concluir que la postura del Servicio de Impuestos Internos es considerar al Joint Venture como un sujeto irrelevante en términos tributarios, puesto que su rol es sólo representar a las empresas partícipes en la administración de un negocio o en la ejecución de una obra¹⁵². Por lo tanto, quienes generan los

¹⁴⁸ Citado por Marmolejo González. Marmolejo González, Crispulo, “La Colaboración Empresarial a través de los Contratos de Joint Venture”, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad Central, Santiago, 1996. págs. 68 y 69.

¹⁴⁹ Marmolejo González, Crispulo, Ob. Cit. pág. 68.

¹⁵⁰ Citado por Mirians Ríos A. Ríos Araya, Mirians, Ob. Cit., pág. 177.

¹⁵¹ Citado por Mirians Ríos A. Ríos Araya, Mirians, Ob. Cit., págs. 178 y 179.

¹⁵² Cabe hacer presente que nuestro Código Civil, en su artículo 1.448 señala que “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

ingresos tributables serían los mandantes, vale decir, las empresas que han acordado la colaboración recíproca.

No obstante lo anterior, hemos señalado que el Joint Venture constituye una entidad que opera como tal en la escena comercial, y por lo tanto, es administrado y estructurado sobre la base de los conceptos normales de cualquier otra empresa. En tal sentido, el Joint Venture es obligado a llevar contabilidad separada de la de sus partícipes. Además, se recomienda consultar al Servicio de Impuestos Internos respecto de su particular forma de imputar sus resultados entre los “*coventurers*”, puesto que como ya hemos indicado, la atipicidad del Joint Venture permite moldear su contenido de múltiples maneras, haciendo que cada consorcio sea distinto de los demás.

Para finalizar, vale la pena recalcar que los pronunciamientos del Servicio de Impuestos Internos han sido escasos y dirigidos a absolver casos puntuales que han sido sometidos a su conocimiento. Es por ello que nos parece inapropiado extraer de estas aisladas resoluciones, conclusiones generales que pretendan zanjar de una manera determinante las discusiones o posibles nuevas interpretaciones que puedan darse sobre la materia.

CAPÍTULO VI CONSECUENCIAS DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL JOINT VENTURE

6.1. El Joint Venture como contrato atípico.

6.1.1. ¿Es el Joint Venture un contrato?

Siendo consecuentes con lo expuesto en el capítulo I de nuestro trabajo de investigación, parece claro que cuando hablamos de un Joint Venture nos referimos a un contrato innominado o atípico, y ello no tanto porque no cuenta con un nombre en la legislación, sino porque carece de una reglamentación expresa en los códigos o en leyes especiales¹⁵³.

Sin embargo, y aunque tenemos la plena seguridad que el Joint Venture no se encuentra reglamentado en la legislación chilena, cabe preguntarse ahora si estamos realmente en presencia de un tipo determinado de contrato, con sus propios requisitos de validez. En otras palabras, a estas alturas nos corresponde determinar si el conjunto de actos que constituyen una operación de Joint Venture tiene la naturaleza jurídica de un contrato, o bien, consiste en un negocio complejo diverso, que escaparía de una estructura contractual.

De conformidad a las diversas formas en que, señalamos, se manifiestan los Joint Venture, podría decirse que su denominación no alude a un contrato específico, sino que hace referencia a diversas formas de colaboración en el desarrollo de un negocio. En efecto, al referirnos al Joint Venture señalamos que desde un punto de vista formal, éste puede manifestarse básicamente bajo dos aspectos diversos, a saber, como una convención mediante la cual los partícipes acuerdan realizar un negocio específico y puntual (Joint Venture contractual), o bien, a través de la creación de una sociedad que hará las veces de instrumento canalizador de los acuerdos conjuntos (Joint Venture societario). Dijimos, además, que en este último caso los elementos propios de colaboración interempresarial normalmente se manifiestan a través de pactos de accionistas que exteriorizan la verdadera intención de las partes de crear un vínculo de índole, paradójicamente, no societario.

Ahora bien, es evidente que al menos en la segunda hipótesis referida, vale decir, en el Joint Venture societario, el efecto deseado se logra u obtiene mediante la consecutiva celebración de varios actos jurídicos, algunos de ellos reglamentados por la ley. En términos prácticos, podemos advertir en nuestra figura a lo menos tres contratos distintos:

a. El acuerdo preliminar o *Joint Venture agreement* que es el acto en virtud del cual dos o más empresarios deciden desarrollar un proyecto en forma conjunta, estableciendo la estructura jurídica sobre la cual se llevará a cabo el acuerdo, la definición de los objetivos

¹⁵³ Por lo mismo, consideramos más correcto hablar de atipicidad, toda vez que hay contratos dotados de algún nombre, consagrado por el repetido empleo, y que sin embargo son atípicos, puesto que carecen de reglamentación legal particular. López Santa María, Jorge, "Los Contratos", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo I, pág. 129.

buscados y una serie de otras cláusulas destinadas a preestablecer los puntos conflictivos del Joint Venture que se celebrará, como lo son el control y la administración del pacto, la repartición de las utilidades o la solución de los conflictos;

b. El contrato social que creará la plataforma o instrumento visible para terceros. Normalmente se utilizará una sociedad anónima cerrada, contrato que en nuestra legislación se encuentra regulado por la ley N° 18.046;

c. Un pacto de accionistas que regulará las relaciones internas entre los “*coventurers*”, interpretando su real voluntad; y

d. Los recíprocos mandatos que se conferirán a los partícipes de la Empresa Conjunta para la ejecución del negocio.

En consecuencia, resulta que no parece descabellado postular que nuestro contrato de Joint Venture, al menos a la luz del ordenamiento jurídico chileno, no constituye una particular categoría contractual, sino que consiste en un negocio u operación comercial o industrial compuesto de simultáneas relaciones contractuales orientadas a la consecución de un fin determinado de carácter específico.

Creemos que el Joint Venture, cualquiera sea la modalidad en que se manifiesta sí constituye un contrato específico y determinado, que nace de la libertad contractual. Es, en consecuencia, un contrato atípico que encuentra su origen en la propia voluntad de las partes contratantes y que no se encuentra regulado como tal por el derecho chileno. En otras palabras, nos parece que el Joint Venture no pierde su naturaleza jurídica contractual por el hecho de materializarse por la vía de la creación consecutiva de otras figuras jurídicas, sean o no contractuales.

Por lo demás, y como veremos a continuación, sea el Joint Venture un contrato, o bien, un negocio compuesto de una serie de contratos relacionados, las consecuencias derivadas de su existencia, aplicación e interpretación serán idénticas.

6.1.2. Consecuencias de la “importación” de Joint Ventures a nuestro país.

Al ser, la Empresa Conjunta, un contrato de origen foráneo, cuya naturaleza y contenido no se encuentra normado ni siquiera en su país de origen¹⁵⁴, es perfectamente posible que dicha operación sea subsumida por formas jurídicas reglamentadas por la ley chilena. Dicho de otra forma, puede ocurrir que dos empresarios, teniendo la intención directa de celebrar un contrato de Joint Venture, lo que convengan -en definitiva- sea lo que en Chile corresponde a una asociación o cuentas en participación, a un préstamo de dinero o a un arrendamiento de servicios. En ese caso, aplicando las normas sobre calificación de los actos jurídicos, los supuestos “*coventurers*” tendrán que ajustarse a la reglamentación respectiva al acto de que se trate, con independencia del nombre que las partes le hayan puesto. Ello determinará, por lo demás, la normativa que le será aplicable a dicho acto.

En consecuencia, previo a revisar la legislación que regula al Joint Venture, habrá que calificar el pacto y determinar si realmente estamos en presencia de un contrato innominado de carácter inédito, o bien, si nos encontramos ante una figura conocida, que se encuentra

¹⁵⁴ “La Joint Venture, como muchas figuras del derecho comercial moderno, reconoce su origen en las prácticas y jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Como no se trata de una institución legislada en su país de origen, no existe claridad en cuanto a su alcance y características, habiendo variadas opiniones jurisprudenciales y doctrinarias”. Puelma Accorsi, Álvaro, “Sociedades”, Tomo I., Segunda Edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 111.

reglamentada por nuestro ordenamiento jurídico. Sólo en el primer caso el Joint Venture tendrá la calidad de contrato atípico, y por ende, se verá enfrentado a los problemas de integración e interpretación que en seguida revisaremos.

Por último, cabe recordar que, como ya hemos señalado con insistencia, nuestra legislación no impide la celebración de contratos diversos a los definidos y reglamentados por los textos legales. Unos y otros son perfectamente viables para obligar a quienes concurren con su voluntad a su otorgamiento. Sin embargo, la calificación del acto jurídico celebrado nos permitirá determinar si existe o no una reglamentación que supla las omisiones que observe lo pactado por las partes. En todo caso, para tales efectos nuestra legislación civil y comercial privilegia el contenido del acto por sobre el nombre con que a éste se le designe.

6.1.3. Consecuencias de la atipicidad de la Empresa Conjunta.

Pues bien, el contrato atípico, a la luz de lo dispuesto por el artículo 1.545 del Código Civil, también es “*una ley para los contratantes*”, por lo que no presenta dudas respecto de sus efectos obligatorios para con los celebrantes. El problema que se puede suscitar en esta categoría contractual nace de la imposibilidad de prever todas los eventuales efectos o consecuencias derivados de su ejecución. En otros términos, no habiendo reglamentación, ni legal ni contractual que resuelva las eventuales dificultades que nazcan del contrato, habrá que determinar el estatuto supletorio de la voluntad de las partes que le será aplicable en caso de silencio en las cláusulas del contrato.

Haciéndose cargo del tema, la doctrina precisamente con la finalidad de facilitar la determinación de la normativa que le será aplicable a los contratos atípicos, distingue entre dos especies de atipicidad en los actos jurídicos, los contratos atípicos propiamente tales y los contratos atípicos mixtos o complejos. Los primeros son contratos inéditos, en el sentido de que en nada o casi nada corresponden a los regulados por el legislador en códigos o leyes especiales. Los segundos son una combinación de dos o más contratos reglamentados en la ley¹⁵⁵. Un ejemplo de la primera categoría es el contrato de know-how o el de factoring. Por su parte, el contrato de leasing y el de hospedaje pertenecen a la segunda categoría indicada¹⁵⁶.

Según quienes sostienen esta doctrina, la importancia de la anterior clasificación radica en que los contratos atípicos propiamente tales deben ser integrados determinando la legislación que le será aplicable a través de los principios generales relativos a los contratos, la equidad y -si procediere- la analogía; en cambio que los mixtos o complejos, deben ser interpretados e integrados separando cada uno de los contratos nominados que lo componen, y a partir de ellos en particular, aplicar la normativa que respectivamente los regula. En consecuencia, la labor integradora de estos últimos se simplifica, en el sentido de que efectuada la descomposición indicada, cada una de las figuras resultantes se regirá por las normas que particularmente le correspondan. Tal tarea se denomina técnicamente “calificación del contrato” y consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en

¹⁵⁵ López Santa María, Jorge, Ob. Cit., tomo I, pág. 131.

¹⁵⁶ El contrato de hotelería u hospedaje, simplificando las cosas, es una mezcla de arrendamiento del goce de un recinto (habitación para el alojamiento), de arrendamiento de servicios materiales (el aseo, la alimentación) y de depósito (del equipaje). El leasing con frecuencia se analiza como un arrendamiento con promesa u opción de compra. López Santa María, Jorge, Ob. Cit., tomo I, pág. 132.

alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que configuran el contrato, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado¹⁵⁷.

Sin embargo, nos parece que el razonamiento precedente viola abiertamente nuestro sistema de interpretación contractual, toda vez que la normativa pertinente se funda en un sistema basado en el principio de la realidad, que atiende a la intención de los contratantes, vale decir, privilegia el acto que realmente quisieron celebrar los contratantes, por sobre las palabras que emplearon para materializar el acuerdo. En efecto, el artículo 1.560 del Código Civil, precepto que sienta el principio fundamental en materia de interpretación contractual, señala que “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Evidentemente si nos encontramos frente a la necesidad de interpretar un contrato es porque la intención de los contratantes, al menos en los puntos discutidos, no es clara. Pero, nos parece que al constituir un Joint Venture, las empresas participantes del acuerdo no pueden haber tenido la intención de celebrar aisladamente la serie de actos jurídicos que en su conjunto configuran el pacto de colaboración¹⁵⁸.

Es por ello que creemos que para interpretar un contrato de Joint Venture, para así poder subsanar defectos de previsión o lagunas en el texto del contrato, será imprescindible entenderlo como una operación sistémica, integrada -quizás- por diversos elementos o partes, pero constitutiva de un único fin. En palabras de Miquel Rodríguez “la interpretación y ejecución de los contratos debe entenderse jurídicamente desde un punto de vista unitario en coherencia con su homogeneidad económica¹⁵⁹”. En síntesis, la operación de Joint Venture constituye un todo que supera la sumatoria de sus elementos.

Es por ello que mal podríamos interpretar la intención de los contratantes, disociando cada uno de los instrumentos que componen o constituyen un negocio jurídico complejo, toda vez que cada uno de esos actos se celebra precisamente para desvirtuar a los otros, y ello para que -en definitiva- se logre la finalidad de la operación, que como se expuso, es radicalmente distinta a las finalidades individuales de los actos constitutivos que la integran. En consecuencia, en todo contrato de Joint Venture, la intención de los contratantes será siempre la realización de un negocio de carácter específico, y ello sin perjuicio de los actos que instrumentalmente le permitan acceder a una estructura que lo lleve a conseguir el fin deseado.

6.1.4. La atipicidad de los contratos ante la jurisprudencia.

La atipicidad de los contratos, como ya lo hemos señalado, consiste en la ausencia de regulación legal expresa que se haga cargo de las consecuencias no previstas por el acto jurídico. En este tipo de contratos, denominados “atípicos” o “innominados”, existirá un vacío en el evento que la voluntad de las partes no aparezca suficientemente clara para dar solución a un conflicto derivado de su aplicación o interpretación.

¹⁵⁷ López Santa María, Jorge, Ob. Cit., tomo I, pág. 133.

¹⁵⁸ A modo de ejemplo, los Joint Ventures corporation se estructuran sobre la base de una sociedad anónima cerrada que les sirve de instrumento para edificar el acuerdo de colaboración. Sin embargo, y aunque no lo digan, usualmente la intención de los coventurers es precisamente evitar toda relación societaria. Si aplicamos el criterio de la calificación contractual no veríamos en la obligación de interpretar al contrato de Joint Venture basándonos en normas relativas a una figura que no sólo no refleja la intención de los contratantes, sino que -por el contrario- ha sido abiertamente descartada por éstos a la hora de estructurar jurídicamente el acuerdo de colaboración.

¹⁵⁹ Miquel Rodríguez, Jorge, “La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, págs. 152 y 153.

A esto cabe agregar que nuestra legislación contractual -quizás creyendo cubrir la totalidad de las posibles hipótesis de alternativas contractuales- no contempla normas generales que resuelvan de manera explícita el dilema que produce la falta de previsión en los contratos atípicos. En otras palabras, no existe en nuestra normativa una disposición que nos indique, en forma expresa y directa, a qué normas debemos recurrir en caso de que un contrato innominado olvide regular alguna circunstancia que pueda repercutir en su aplicación práctica.

Es por ello que han sido la doctrina y la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, quienes han marcado la pauta respecto de como proceder al enfrentarnos ante casos de vacíos o imprecisiones en un contrato innominado.

La opinión de la doctrina ya la hemos expuesto a lo largo de nuestro trabajo de investigación. A continuación nos referiremos al criterio que han empleado nuestros Tribunales de Justicia al enfrentar casos relativos al problema que nos hemos propuesto enfrentar.

1. El principio supremo, en relación al trato que nuestra legislación concede a los contratos atípicos, no difiere de lo que ha indicado la doctrina y consiste en que nuestro ordenamiento acoge y reconoce validez a toda manifestación de acuerdos de voluntades, estén o no reglamentados por las leyes. Al respecto, nuestra jurisprudencia -en forma unánime- ha indicado que “dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos”¹⁶⁰.

2. En segundo lugar, nuestros Tribunales de Justicia han hecho prevalecer el principio de la realidad, vale decir, han estimado que un contrato es lo que es, independiente de como lo denominen las partes involucradas. En tal sentido, han señalado que “no tiene influencia alguna para la calificación legal de un contrato y para apreciar el valor que en derecho corresponda a sus estipulaciones, la denominación que el notario autorizante de la escritura le haya dado para los efectos de su registro en el protocolo y sus índices de archivo, como no influye la denominación que le dan los contratantes para establecer su clase, si ella no corresponde a su propia esencia y naturaleza, que es lo único que debe tomarse en cuenta para determinar su condición jurídica y los efectos que particularmente le pertenecen”¹⁶¹.

3. En relación a la normativa aplicable a los contratos de naturaleza atípica, hemos visto que lo primero es determinar si el contrato considera una solución que dirima el conflicto que nace de su aplicación. Si ello no ocurre, sabemos que no podemos contar con una normativa supletoria de la voluntad de las partes -puesto que precisamente de esta ausencia deriva su atipicidad-, por lo que nos queda únicamente recurrir a los principios generales que nuestra legislación prevé para todo acto o contrato. A ese respecto, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han señalado que “si estudiadas las cláusulas esenciales de un contrato, éste no encuadra en ninguno de aquellos que contempla y reglamenta nuestro Código Civil, debe tenersele por innominado, esto es, de aquellos que las partes pueden celebrar en virtud

¹⁶⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, vol. 21, sección primera, 1924, pág. 393.

¹⁶¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, vol. 21, sección primera, 1924, pág. 392.

de la libertad contractual y regidos por los principios generales que establecen los artículos 1.545 y 1.546 de ese código¹⁶².

4. Por último, y en forma adicional a la aplicación de los principios generales que rigen al derecho de los contratos, la doctrina ha debatido en relación a si procede aplicar la analogía como mecanismo de integración e interpretación contractual. Dicho en otros términos, si es posible aplicarle a un contrato atípico aquellas normas que regulan contratos similares o que comparten elementos en común.

Existe jurisprudencia que ha se ha pronunciado negativamente, señalando que “no procede en derecho aplicar a los diversos contratos, sea cual fuera su clase o naturaleza, por analogía o por mera semejanza con otros, las reglas particulares que a éstos correspondan”¹⁶³. Sin embargo, en este último caso, la jurisprudencia ha sido vacilante y es posible encontrar sentencias en sentido contrario. Nosotros compartimos la tesis postulada por la sentencia citada, no obstante reconocer que se trata de una opinión minoritaria dentro del vasto universo de la labor jurisprudencial de nuestros tribunales.

6.2. Del derecho a asociarse.

Uno de los últimos derechos que ha sido reconocido por la humanidad, y que ya es parte del acervo cultural de todo estado moderno, es el derecho a asociarse sin permiso previo.

Esta libertad para asociarse no aparece en el catálogo de derechos de la Declaración de 1789, sino que, por el contrario, casi simultáneamente con la aprobación de ese documento histórico, se sanciona en Francia la ley prohibitiva Le Chapelier, suprimiendo las asociaciones de carácter profesional en nombre de la doctrina, entonces en auge, según la cual la absoluta liberación del individuo requiere que se disuelvan todos los vínculos asociativos que impidan o trastornen la directa relación entre el ciudadano y el Estado¹⁶⁴.

La idea de permitir a las personas asociarse libremente fue mirada como una amenaza para la tranquilidad de los gobiernos, muchos de ellos estructurados bajo fórmulas autoritarias, quienes veían en las agrupaciones verdaderas redes conspiratorias capaces de atentar contra su soberanía.

Fue con posterioridad que se entendió la importancia de garantizar a las personas el derecho a asociarse, como una consecuencia inmediata de la libertad personal. Dicho de otro modo, si el hombre puede desenvolverse libremente, debe también tener derecho de asociar libremente esa actividad a la de otros hombres¹⁶⁵.

Este derecho o libertad de asociación debe ser entendido en términos absolutos, en el sentido que no admite limitaciones que acoten su alcance y aplicación práctica. En el fondo, el ejercicio del derecho a reunirse, agruparse o asociarse no puede quedar supeditado a una autorización previa por parte de la autoridad.

¹⁶² Revista de Derecho y Jurisprudencia, vol. 44, sección primera, 1947, pág. 451.

¹⁶³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, vol. 21, sección primera, 1924, pág. 393.

¹⁶⁴ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, “Derecho Constitucional. Tomo II”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 268 y 269.

¹⁶⁵ Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto, Ob. Cit., pág. 269.

Las razones que justifican la amplitud de la libertad de asociación no son solo de orden jurídico, sino que nacen de un sistema económico y comercial inspirado en las tendencias de una economía de libre mercado.

Chile no ha hecho excepción a dicha tendencia mundial, y de manera expresa ha consagrado el derecho a asociarse a lo largo de todo su ordenamiento jurídico, protegiendo su existencia y consecuencias jurídicas a través de normas de diverso alcance, jerarquía y procedencia. Ya la Constitución de 1925 aseguraba a todos los habitantes de la República el derecho de asociarse sin permiso previo y en conformidad a la ley.

La norma fundamental sobre la materia se encuentra establecida en el artículo primero de la Constitución Política de la República, que en su inciso tercero hace expreso reconocimiento de los cuerpos o grupos intermedios “a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”, a los que les concede plena autonomía para el cumplimiento de sus propios fines específicos. Si bien esta norma es solo una declaración de principios que no trae aparejada consecuencias inmediatas, constituye un mandato para el legislador destinado a orientar su labor creadora de normas jurídicas con sujeción al respeto de dicho principio, por lo que en caso alguno podrá -éste- desvirtuar su sentido y alcance.

Complementando el precepto anterior, el numeral 15° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental consagra este derecho ya no como un mero principio, sino como una potestad subjetiva real y concreta. Al respecto, la norma mencionada nos dice que “la Constitución asegura a todas las personas el derecho de asociarse sin permiso previo”. La única limitación que es posible observar la contempla -con justa razón, nos parece- el inciso cuarto de la disposición citada que proscribe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado, lo que evidentemente no representa una merma en su plena consagración.

A nivel legal podemos citar, de manera meramente ejemplar, toda la regulación que actualmente existe respecto de las sociedades, sean éstas civiles o mercantiles¹⁶⁶; de otras agrupaciones con personalidad jurídica, como lo son las corporaciones y fundaciones¹⁶⁷; de las asociaciones o cuentas en participación¹⁶⁸; de las organizaciones comunitarias y juntas de vecinos¹⁶⁹; y de numerosas formas especiales de agrupación, sean éstas regidas por el derecho público o por el derecho privado.

No obstante tener presente que la ley sólo regula algunas formas de agrupación, no hay que olvidar que dicha lista no agota las posibilidades reales de unión. La Constitución es clara en despojar a la autoridad -tanto al poder ejecutivo, como al legislador, pues la norma constitucional no distingue- de la facultad de decidir sobre la validez de dichas organizaciones, por lo que su existencia es *per se*, y no depende del hecho de haberse constituido con arreglo a la ley.

Como consecuencia de ello, sea que la nación correspondiente cuente o no con legislación concerniente a formas modernas de asociarse, lo cierto es que siempre habrá

¹⁶⁶ Al respecto, ver artículos 2.053 y siguientes del Código Civil; artículos 348 y siguientes del Código de Comercio; ley N° 3.918, sobre sociedades de responsabilidad limitada; y ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, y su reglamento.

¹⁶⁷ El contrato de Asociación o Cuentas en Participación se encuentra reglamentado por los artículos 507 al 511 de nuestro Código de Comercio.

¹⁶⁸ Con relación a Corporaciones y Fundaciones ver artículos 545 y siguientes del Código Civil y Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones, publicado en el Diario Oficial el día 20 de marzo de 1979.

¹⁶⁹ Ver ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias.

espacio para cuantas modalidades decida la libre voluntad de las partes, obrando en el campo de la licitud¹⁷⁰.

6.3. Taxatividad de las personas jurídicas.

No obstante lo señalado en el acápite precedente, nuestra Constitución Política de la República, luego de consagrar la libertad de asociación, agrega que para actuar como entes jurídicos, esto es, como sujetos capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Con ello lo que hace nuestra Carta Fundamental es regular la personalidad jurídica.

En consecuencia, si bien es cierto que no existen limitaciones para asociarse -salvo, como se indicó, que las agrupaciones sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado-, para gozar de personalidad jurídica es necesario cumplir con un requisito, a saber, constituirse en conformidad a la ley. En efecto, con algunas excepciones, como el caso de las corporaciones y fundaciones que requieren de decreto del Presidente de la República, para contar con personalidad jurídica¹⁷¹, las asociaciones deben cumplir, en cuanto a su forma, con los requisitos que la ley prescribe y reglamenta para la figura asociativa de que se trate. Así por ejemplo, para constituirse como sociedad colectiva civil, será imprescindible cumplir con las exigencias de forma y fondo que establece el título XXVIII, del libro IV del Código Civil.

Resumiendo lo que hemos expuesto, de las numerosas formas en que las personas pueden agruparse, sólo algunas han podido ser previstas por el legislador y reguladas por sus normas. Estas, si se encuentran constituidas con arreglo a la ley, además gozarán de personalidad jurídica, pero su existencia y validez no puede ser cuestionada. Las formas no reguladas igual existen en la vida del derecho, y por ende producen efectos jurídicos, pero carecen de personalidad jurídica, con todas las consecuencias que ello implica.

En consecuencia, no toda asociación dará nacimiento a una persona jurídica distinta de sus miembros. Dicho de otro modo, la libertad de asociación ofrece un “*numerus apertus*” en cuanto a las formas en que ésta puede llevarse a cabo. Por el contrario, para gozar de personalidad jurídica, nuestro ordenamiento jurídico establece un “*numerus clausus*” de posibilidades, toda vez que para ello es requisito *sine qua non* que la asociación sea de aquellas que se encuentran reglamentadas por el legislador y que en cuyo texto se haya otorgado expresamente tal beneficio¹⁷².

¹⁷⁰ Fueyo Laneri, Fernando, “Los Contratos de Colaboración Empresaria”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, págs. 17 y 18.

¹⁷¹ Otra excepción la constituyen los artículos cuarto y octavo de la ley N° 19.418, sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias, que condiciona la concesión de la personalidad jurídica al hecho de depositarse, en la secretaría municipal respectiva, los estatutos de la organización dentro del plazo de treinta días contado desde aquel en que se celebró la asamblea constitutiva.

¹⁷² Al respecto, ver entre otros los artículos 2.053 inciso segundo del Código Civil; segundo inciso final del Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones; primero de la Ley N° 18.046; y cuarto de la Ley N° 19.418.

6.4. Efectos y consecuencias de la falta de personalidad jurídica en las asociaciones de hecho.

En el capítulo primero de nuestro trabajo de investigación, concretamente en el punto 1.4., hablamos de la personalidad jurídica y profundizamos en los atributos que tal categoría confiere a quienes la poseen.

Siguiendo con lo expuesto en aquella oportunidad, podríamos afirmar que los efectos y consecuencias de la falta de personalidad jurídica se reflejan precisamente en la ausencia de los atributos señalados para éstas.

Sin embargo, el tema no es tan simple como parece, toda vez que si bien es cierto que -en principio- las asociaciones atípicas no son entidades capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, ni de ser representadas judicial y extrajudicialmente, no podemos olvidar que éstas -al menos en la realidad cotidiana- producen efectos en el mundo del Derecho, por lo que no pueden ser dejadas de lado por nuestro ordenamiento jurídico, desconociéndoles su rol en la sociedad.

Es más, nuestra legislación, al reconocer la existencia de todas las agrupaciones (incluso las de hecho, que no se encuentran constituidas de conformidad a la ley)¹⁷³, implícitamente está reconociendo la validez de sus mecanismos de desenvolvimiento dentro del sistema. Dicho de otra manera, es imposible concebir una real libertad de asociación, sin que de paso se garantice que éstas podrán interactuar validamente en la sociedad donde están insertas.

Esta postura se encuentra reforzada por el artículo primero de nuestra Carta Fundamental, que en su inciso tercero garantiza a los cuerpos intermedios plena autonomía para el cumplimiento de sus propios fines específicos. Por lo demás, tal fue la finalidad de la Comisión Constituyente al referirse a tales grupos. En efecto, consta del acta de la sesión 127^a de dicho órgano, que su presidente, don Enrique Ortúzar, señaló que “habían mecanismos constitucionales y legales para obtener, en caso de desconocerse el derecho de asociación por alguna autoridad, su inmediato reconocimiento, sea por la vía del amparo, sea por el recurso ante un órgano jurisdiccional, contencioso administrativo o de otra naturaleza, porque siempre la autoridad podrá desconocer algún derecho”¹⁷⁴.

Evidentemente la consecución de la personalidad jurídica facilitará la tarea de determinar sus particulares vías de actuación y representación, al adquirir -por expreso mandato de la Constitución- la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente. Sin embargo, esto no obsta a que el resto de las agrupaciones, esto es, aquellas que no cuentan con personalidad jurídica, puedan obrar legítimamente en la sociedad y que sus actos produzcan consecuencias jurídicas. De hecho, la realidad en esta materia -desde siempre- ha resultado ser mucho más compleja que los estrechos moldes legales, atendida la existencia de un sinnúmero de entidades que, no obstante carecer de personalidad jurídica en sentido estricto, participan en el tráfico jurídico como sujetos de derechos, siendo titulares de ciertos atributos o capacidades especiales¹⁷⁵.

¹⁷³ Ver artículo 19 N° 15 de la Constitución Política de la República.

¹⁷⁴ Acta Oficial de la Sesión N° 127, de la Comisión Constituyente, de fecha 25 de junio de 1975, pág. 30.

¹⁷⁵ Arancibia Mattar, Jaime, “Capacidad Procesal de los Cuerpos Intermedios que carecen de Personalidad Jurídica” artículo incluido en la Gaceta Jurídica, N° 233, Santiago, 1999, pág. 8.

Este razonamiento, que nace de una interpretación práctica o funcional de la libertad para asociarse, ha sido largamente desarrollado por la doctrina europea. En efecto, en el desarrollo doctrinal alemán se distingue entre “persona jurídica”, en plenitud de sentido y “simple personalidad” o “semi-personalidad”¹⁷⁶. La primera coincide con el sentido usual de la expresión¹⁷⁷. La segunda alude a una suerte de capacidad general para actuar produciendo efectos jurídicos, o bien, a la titularidad de determinadas capacidades especiales -como por ejemplo, para comprar, vender, comparecer en juicio, asumir obligaciones o para ejercer determinadas competencias autónomas-, que serían manifestaciones especiales y parciales de la plenitud de la persona.

Por lo demás, esta postura ha sido recogida parcialmente en nuestro Derecho, el que advirtiendo lo evidente de la interacción que realizan las asociaciones carentes de personalidad jurídica en la realidad social y económica, se ha visto obligado a consagrar, en numerosas disposiciones, normas que extienden su rango de aplicación precisamente para cubrir los casos en que el sujeto activo o pasivo es una de estas agrupaciones. A modo de ejemplo, podemos citar las siguientes:

a. Vimos, al tratar la empresa¹⁷⁸, que nuestra legislación muchas veces le ha asignado consecuencias jurídicas a la realidad económica que ésta conforma, con independencia de la estructura asociativa en que se manifieste. En este sentido, la empresa es una agrupación de personas, que puede o no estar estructurada sobre la base de una persona jurídica constituida para organizar su funcionamiento. Sin embargo, cualquiera sea su naturaleza, la empresa es considerada como una realidad que no puede desconocerse, y por ende, es un potencial sujeto de obligaciones tributarias y laborales, por mencionar solo algunas.

b. Por su parte, el artículo 20 de la Constitución Política de la República consagra la llamada acción de protección, que no es más que un mecanismo jurídico ágil destinado a proteger el legítimo ejercicio de algunos derechos constitucionales. Cabe hacer presente, además, que dentro de los derechos que la norma protege se encuentra la libertad de asociación.

Pues bien, una de las finalidades que se tuvieron en vista a la hora de darle forma a esta acción judicial, fue que la norma indicada no sólo protegiera a las personas naturales y jurídicas, sino que velara por los derechos de toda persona, ente, asociación, grupo, organización o movimiento cualquiera, proporcionando -de este modo- una garantía real y efectiva tendiente a impedir que los derechos comprendidos por la disposición fuesen vulnerados. Es por ello que la redacción definitiva del artículo 20 en comento quedó como sigue: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza...”, dejando -de esta manera- abierta la posibilidad de que el recurrente sea una entidad jurídicamente difusa. Asimismo, la acción de protección busca restablecer el imperio de un derecho que ha sido afectado por “actos u omisiones arbitrarios o ilegales”, por lo que lo trascendente es el acto o la omisión, dejando en un segundo plano a la persona o entidad que lo ejecuta o deja de hacerlo¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Sobre el particular hemos seguido a Jaime Arancibia, quien citando a Ariño Ortiz, expone esta novedosa elaboración doctrinaria. Arancibia Mattar, Jaime, Ob. Cit., págs. 8 y 9.

¹⁷⁷ El artículo 545 de nuestro Código Civil define el concepto tradicional de persona jurídica. Además, el punto 1.4. de nuestra tesis de magíster aborda en profundidad este concepto.

¹⁷⁸ Al respecto, ver el punto 2.3.3. del capítulo III de nuestro trabajo de investigación.

¹⁷⁹ Respecto de esta materia hemos seguido a Soto Kloss. Soto Kloss, Eduardo, “El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia”, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

En consecuencia, el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, en definitiva lo que hace es reconocerle capacidad procesal activa y pasiva tanto a las personas (naturales y jurídicas), como a toda entidad que tenga la factibilidad de ser víctima o victimaria, en el legítimo ejercicio de un derecho de aquellos que la norma citada protege.

c. Algo parecido ocurre en nuestro derecho laboral, materia especialmente sensible en lo que respecta a las estructuras usadas para organizar las empresas, toda vez que una de sus finalidades primordiales es proteger a los trabajadores de los abusos que puedan cometer sus empleadores.

En tal sentido, el Código del Trabajo paulatinamente ha intentado extender su ámbito de aplicación, precisamente para cubrir aquellas situaciones en que el empleador no se encuentra estructurado en base a las formas tradicionales, como lo son las sociedades u otras figuras dotadas de personalidad jurídica.

Para lograr dicho objetivo, el cuerpo normativo citado tuvo que incluir una definición de empresa que permitiera comprender a todo aquello que tenga la apariencia de tal, independiente de la forma en que ésta se estructura jurídicamente. De este modo, el inciso final del artículo tercero de nuestro Código del Trabajo define la empresa como “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”, definición que incluye a personas naturales y jurídicas, pero además, a todo grupo de personas, ordenado bajo una dirección, y que persiga fines económicos, culturales o benéficos.

Por lo tanto, un Joint Venture, así como cualquier otra forma de asociación sin personalidad jurídica, perfectamente podrá ser demandado en su calidad de tal, por un trabajador que le preste servicios bajo una relación de dependencia y subordinación, cuando dicho ente infrinja las normas laborales que lo protegen.

d. Por último, la ley N° 18.287, que establece el Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, en su artículo 28 inciso segundo señala que “Si se tratare de fundaciones, corporaciones, comunidades, sociedades de hecho sin personalidad jurídica u otras entidades similares, podrá seguirse el procedimiento con su administrador o administradores o con quien o quienes tuvieren su dirección”. La norma citada no solo constituye un reconocimiento de la calidad de entes generadores de consecuencias jurídicas, que ostentan las asociaciones atípicas, sino que -además- implica la expresa concesión de capacidad procesal pasiva a este tipo de grupos.

En síntesis, la atipicidad de aquellas asociaciones que no cuentan con personalidad jurídica no impide que éstas generen consecuencias en la sociedad en la que se desenvuelven. Si estos efectos se traducen en un atentado contra los legítimos derechos de terceros, o bien, si éstas ven vulnerados sus derechos como consecuencia de la acción de un tercero, no cabe duda que su atipicidad -y consecuentemente, su falta de personalidad jurídica- no será obstáculo para que se les reconozca su existencia y, como consecuencia de ello, se les legitime como un virtual reclamante o responsable por las acciones cometidas.

No obstante lo anterior, no existe una postura uniforme y coherente en nuestro ordenamiento jurídico que permita postular un principio de carácter general en relación a las consecuencias de los actos de las asociaciones atípicas que, por ende, no cuentan con personalidad jurídica. Creemos que, al menos en los casos precedentemente enunciados, es claro su reconocimiento como entes capaces de producir efectos jurídicos susceptibles de protección, o bien, gatillantes de responsabilidad para la asociación. En los casos en

que la ley nada dice, habrá que revisar las circunstancias concretas en que se manifiestan dichos actos y aplicar los principios generales que nacen de la Constitución.

6.5. Motivaciones para legislarlo.

Tenemos claro que el Joint Venture no se encuentra reglamentado por nuestro ordenamiento jurídico, siendo en consecuencia, un contrato atípico, fruto de la autonomía de la voluntad y de la libertad constitucional para asociarse.

Sabemos, además, que pese a no encontrar su consagración y reglamentación en los textos de la ley, la Empresa Conjunta tiene reconocida su existencia en los usos mercantiles e industriales modernos, los que no sólo lo aceptan y valoran como instrumento de colaboración empresaria, sino que además le han asignado una serie de atributos que lo diferencian de otras figuras similares. Por lo demás, este reconocimiento de su existencia y de sus características ha llegado incluso a algunos órganos del Estado, los que se han visto en la necesidad de referirse directamente a nuestra figura¹⁸⁰.

¿Por qué, entonces, no se legisla al respecto, asignándole al Joint Venture un estatuto propio que disuelva todas las dudas que existen con relación a su naturaleza y a su funcionamiento?

La falta de legislación relativa al Joint Venture puede explicarse de muchas formas. Una primera respuesta, quizás la más inmediata, podría atribuirle la falta de regulación a la lentitud con que el Derecho reacciona frente a las realidades sociales. Otra explicación podría encontrarse en la aún incipiente doctrina que se ha preocupado por teorizar en relación a sus características y efectos jurídicos, lo que en cierta forma delata el escaso interés existente en esta forma de colaboración entre empresas. Por último, es posible postular que no existen motivaciones económicas ni políticas que ameriten un pronunciamiento oficial destinado a incorporar al Joint Venture al selecto grupo de contratos asociativos relevantes para el derecho mercantil.

Es por ello que creemos que previo a responder esta interrogante, debemos formularnos una nueva pregunta: ¿Existen motivaciones que justifiquen la regulación por la vía legislativa del contrato de Joint Venture?

Nos parece que sí. Creemos que legislar en torno al Joint Venture lograría resolver cuatro grandes problemas que presentan los contratos atípicos de índole asociativo, como lo son no sólo el contrato materia de nuestra investigación, sino que además, la mayoría de los acuerdos de colaboración empresarial:

a. Evitaría el riesgo de exponer, a la asociación, frente a conflictos derivados de vacíos o lagunas que incidan en los efectos de la asociación: Una de las consecuencias más drásticas de la falta de regulación legal de una asociación la constituye la ausencia de mecanismos integradores inmediatos que nos permitan salvar las omisiones o resolver los eventuales conflictos que se produzcan de la aplicación práctica de nuestra figura.

Como todo contrato atípico, el Joint Venture carece de una normativa reglamentaria que regule, de manera supletoria de la voluntad de las partes, aquellos efectos o consecuencias

¹⁸⁰ Así, por ejemplo, ha ocurrido con el Servicio de Impuestos Internos, quien se ha tenido que pronunciar respecto de su naturaleza como entidad generadora de renta. En materia de libre competencia ha ocurrido otro tanto por parte de las comisiones preventiva y resolutive.

derivados de su aplicación práctica que las partes no previeron al momento de celebrar el contrato, y que por lo mismo, no se encuentran explicitados en el texto del acuerdo de colaboración. Por lo tanto, si ello ocurre, habrá que atender a las normas que la ley establece para las obligaciones, los actos jurídicos y los contratos, las que normalmente serán insuficientes para resolver las controversias propias de un acuerdo complejo. Al no haber norma contractual ni legal que resuelva la dificultad, el intérprete se verá obligado a recurrir a directrices abstractas, como los principios generales del Derecho y la equidad natural, o bien, a calificar el contrato, aplicando la analogía, que como sugerimos más arriba, normalmente tiende a desvirtuar la verdadera intención de los contratantes.

b. Le otorgaría la posibilidad de acceder a personalidad jurídica: Como señalamos en su oportunidad, nuestra legislación en materia de asociaciones, subordina la concesión de personalidad jurídica al evento de constituirse -la agrupación- de conformidad a la ley.

Por lo tanto, el sólo hecho de legislar en torno a la figura del Joint Venture le permitiría a éste hacer nacer a una persona distinta de sus miembros, dignataria de un nombre, de un patrimonio y de todos los demás atributos de la personalidad a los que nos referimos al tratar a las personas jurídicas¹⁸¹.

c. Le permitiría acceder a mecanismos de limitación de responsabilidad: Si bien la limitación de responsabilidad no es una consecuencia directa de la personalidad jurídica, normalmente las agrupaciones de índole comercial han sido favorecidas con tal franquicia y ello porque las necesidades mercantiles así lo exigen. Además, uno de los más importantes incentivos a la hora de estructurar jurídicamente una empresa que tendrá como objeto la ejecución de un negocio o proyecto de relevancia económica, es precisamente la posibilidad de limitar la responsabilidad de los partícipes a un monto determinado.

Sin embargo, puede ocurrir que -como en el caso de la asociación o cuentas en participación- el legislador deliberadamente rehúse otorgarle este beneficio o que simplemente no haga referencia a éste. En tal evento, la persona jurídica responderá ilimitadamente de las obligaciones contraídas. No obstante lo anterior, al no estar legislado el Joint Venture, la alternativa de adherir al beneficio de la limitación de responsabilidad es nula.

d. Permitiría la creación de una plataforma confiable respecto del estatus de la asociación: El Joint Venture constituye una relación de carácter asociativo, de eso no cabe duda. Esta asociación no tendrá personalidad jurídica, pero tiene una existencia fáctica reconocida por nuestro Derecho. Sin embargo, al ser -la Empresa Conjunta- un contrato asociativo atípico que no requiere ningún grado de publicidad, su existencia, características, mecanismos de representación y causales de término no siempre serán confiables para terceros. Si el Joint Venture se encontrara regulado legalmente, permitiría a sus partícipes acogerse a una forma de organización definida en su forma y en su funcionamiento, conocida para aquellos terceros que se relacionen con el pacto.

Pues bien, teniendo presente que existen bastantes incentivos que hacen meritoria -o a lo menos atendible- una eventual legislación del Joint Venture, cabe volver a preguntarnos ¿Por qué no se legisla en torno a esta particular modalidad de acuerdo de colaboración empresarial?

Es posible que la respuesta sea tan sencilla, -como veremos a continuación- que su explicación se encuentre en la circunstancia de que existan también fuertes razones económicas y jurídicas para que el Joint Venture permanezca en la atipicidad.

¹⁸¹ Al respecto, ver punto 1.4.2., del capítulo primero del presente trabajo de investigación.

6.6. Motivaciones para no legislarlo.

Hemos señalado que la operación de Joint Venture nace como una consagración del principio de la autonomía de la voluntad, como consecuencia de la necesidad de las prácticas mercantiles de generar plataformas flexibles que permitan sostener un negocio, sin la obligación de “amarrar” a las empresas partícipes de un proyecto conjunto, a un riguroso e indefinido vínculo comercial.

Esta flexibilidad no existe en las sociedades, puesto que la normativa que regula sus diversas manifestaciones se ha preocupado de reglamentar cada una de sus respectivas características y elementos, dejándole bastante poco terreno a la creatividad de quienes quieren estructurar un negocio sobre la base de una compañía. Además, muchas de las normas relativas a las sociedades tienen la característica de ser de orden público, por lo que son irrenunciables y normalmente su ausencia se sanciona con la nulidad del pacto social¹⁸².

Es por ello que uno de los más importantes atractivos a la hora de estructurar un negocio a través de un Joint Venture es precisamente su naturaleza atípica, desprovista de una reglamentación que la regule, y que de paso limite las posibilidades de los eventuales contratantes de establecer mecanismos de funcionamiento diversos a los que las normativas relativas a asociaciones tienden a imponer.

Debido a lo anterior, la falta de regulación jurídico positiva del Joint Venture le confiere una serie de beneficios derivados precisamente de la flexibilidad que su naturaleza atípica le confiere. Así, el Joint Venture ofrece las siguientes ventajas que, a su turno, constituyen poderosas razones para optar por este particular mecanismo de colaboración empresaria¹⁸³:

a. Permite que la cooperación se obtenga sin la necesidad de acudir a “mega operaciones” como fusiones, creación de sociedades coligadas u otras, disminuyendo notablemente los costos de puesta en marcha;

b. Como consecuencia de lo anterior, se crea una estructura flexible, capaz de soslayar los riesgos de contar con un “mal socio”, que la mayoría de las veces implica el fracaso del negocio;

c. Hace posible la facultad de retiro inmediato de un negocio coparticipado, a un costo económico muy inferior;

d. Permite que cada uno de los “*coventurers*” asuma una responsabilidad específica en el contexto de una operación comercial mayor, tanto en un sentido vertical como horizontalmente, sin verse comprometido por las actuaciones de los otros;

e. Permite no radicar capitales en el extranjero, sino intervenir financieramente a medida que la operación del negocio lo requiera, eludiéndose de esa manera los riesgos políticos de un proceso de nacionalización;

¹⁸² A modo de ejemplo, el artículo 2.055 del Código Civil establece que “No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero”. En el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 21 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que “No podrán establecerse series de acciones con derecho a voto múltiple”.

¹⁸³ En relación a tales ventajas, hemos seguido de cerca a Alberto Tala. Tala Japaz, Alberto, “El Contrato Internacional de Joint Venture como instituto jurídico reactivo a los Procesos de Nacionalización”, artículo incluido en la Gaceta Jurídica N° 199, Santiago, 1997, pág. 10.

f. Hace posible recibir inmediatamente las utilidades correspondientes a la fase del proyecto ejecutado por el respectivo “*coventurer*”, eludiendo los riesgos de un mal reparto de utilidades sociales; y

g. Permite potenciar las específicas habilidades y destrezas de cada partícipe, que no se hará cargo de un negocio completamente nuevo, sino que intervendrá únicamente en lo que sabe hacer.

Sin embargo, la flexibilidad no es el único atractivo que presentan aquellas asociaciones que no se encuentran sometidas a un estatuto legal determinado. Existen -además- otras ventajas a considerar, portadoras de un indudable atractivo estratégico, que pueden llegar a constituir por sí solas el motivo preciso para desestimar otras figuras más conservadoras del derecho mercantil.

En tal sentido, las asociaciones atípicas y en particular el Joint Venture son contratos consensuales que se perfeccionan con el solo consentimiento de las partes intervinientes. Por lo mismo, su nacimiento y validez no está sujeto al cumplimiento de solemnidad alguna, lo que le permite a sus creadores articular un proyecto o negocio en la más completa confidencialidad.

Como consecuencia de ello, la naturaleza consensual del Joint Venture le permitirá proceder a su constitución, puesta en marcha y funcionamiento sin la necesidad de hacer pública su existencia o sus eventuales modificaciones, como ocurre con casi todas las figuras asociativas reglamentadas por la ley¹⁸⁴. Esto permitirá a la Empresa Conjunta operar validamente sin necesidad de que los terceros se enteren de la existencia del pacto, ni de la naturaleza del vínculo que los liga.

Por último, la atipicidad de las asociaciones no reguladas por los textos legales les confiere a estas la agilidad necesaria para estructurar una empresa conjunta en forma veloz y asimismo, para deshacerla con la misma celeridad, esto último cuando el proyecto emprendido fracasa o no logra llevarse a cabo. En las asociaciones reguladas por la ley esto no es posible y muchas veces la demora que ello significa se traduce en el fracaso en el cierre de un negocio, o bien, en una costosa ruptura de una agrupación que ha perdido -en el camino- su razón de ser.

De esta manera, dos o más empresas pueden comprometer su participación conjunta en la ejecución de una obra pública de envergadura, cuya realización el Estado pretende licitar, condicionando la existencia del pacto a la adjudicación de la obra licitada. Así, la Empresa Conjunta desaparecerá sin dar lugar a mayores trámites -como por ejemplo, los largos y complejos procesos de disolución y liquidación propios de las sociedades- si la propuesta presentada por el consorcio no resulta victoriosa en el proceso de licitación.

Para finalizar, cabe observar que existen vistosas razones para pronunciarse, o no, legislativamente respecto del contrato de Joint Venture. Por lo tanto, la decisión respectiva -que a fin de cuentas es de carácter político- dependerá de la visión que los legisladores tengan en relación al rol de este tipo de asociaciones en la actividad económica nacional, y en cuanto a sus consecuencias prácticas respecto del impacto en el mercado y de los terceros que pueden verse afectados por ellas.

¹⁸⁴ Al menos en las sociedades mercantiles, nuestra normativa exige que los estatutos de la compañía consten en escritura pública y que un extracto de ésta sea inscrito en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y publicado en el Diario Oficial, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la escritura social. Al respecto, ver artículos 354 y 355 A del Código de Comercio; artículo tercero de la Ley N° 3.918, sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada; y artículos tercero y quinto de la Ley 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

A la doctrina le tocará elaborar y desarrollar fundadamente su particular posición al respecto, lo cual como es costumbre, implicará estudiar con detención las consecuencias favorables o desfavorables que el objeto de estudio genera. La opinión de los estudiosos permitirá guiar al legislador hacia una respuesta que se ajuste a las necesidades comerciales e industriales actuales, y de paso, contribuirá a la modernización de nuestro querido derecho mercantil.

CONCLUSIONES

1. Uno de los más recientes descubrimientos en las prácticas mercantiles ha sido, sin duda, el empleo de figuras de colaboración empresaria, como herramientas destinadas a mejorar la eficiencia de las organizaciones productivas. Tal hallazgo, que se funda en la optimización de las ventajas propias de dos o más empresas que deciden desarrollar un negocio en común, es posible observarlo a diario en la realidad comercial e industrial, tanto en los países desarrollados, como en los del tercer mundo.

2. Pese a que la utilización de estas figuras, tal como se las concibe en la actualidad, data -al menos- de mediados del siglo XX, la mayoría de las legislaciones han sido reacias en incorporar estas modalidades de contrato dentro de sus respectivos catálogos de estructuras asociativas. Nuestro país no hace excepción a la regla y deja entregada a la autonomía de la voluntad toda manifestación posible de asociación con fines de colaboración, entre empresarios.

3. En el caso de Chile, tales formas de agrupación no están prohibidas, sino que -por el contrario- se encuentran reconocidas y protegidas por nuestra Carta Fundamental, la que sólo les exige que no sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

4. Sin embargo, nuestra Constitución Política luego de reconocerles su existencia y validez, señala que para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Esto se traduce en que sólo pueden acceder al beneficio de la personalidad jurídica aquellas asociaciones que cuenten con un estatuto legal que las reglamente, como ocurre con las sociedades, las corporaciones y las fundaciones. En caso contrario, las asociaciones existirán y podrán desarrollar libremente las actividades que deseen, pero no crearán una persona jurídica distinta de las personas que las integran.

Es más, las asociaciones sin personalidad jurídica incluso pueden desarrollar actividades económicas, puesto que la propia Constitución asegura -en su artículo 19 N° 21- el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

5. Pues bien, ocurre que al no estar reglamentadas por la ley, las diversas manifestaciones de colaboración empresaria pertenecen al campo de los contratos atípicos y, por lo tanto, integran precisamente aquel grupo de figuras que no dan nacimiento a una persona jurídica.

6. Por su parte, la obtención de personalidad jurídica no es para nada un tema sin importancia. Tal atributo implica el nacimiento de una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, lo que no es otra cosa que el reconocimiento de la calidad de persona (con todo lo que ello significa) a una entidad que por naturaleza no lo es.

Por lo tanto, de contar con personalidad jurídica, la asociación de que se trate gozará de un nombre, de un patrimonio, de un domicilio, de una nacionalidad y de muchos otros atributos, independientes de los de cada uno de sus partícipes. En tal sentido, la agrupación provista de personalidad jurídica adquiere un estatus propio, similar al de las personas naturales, que le permite ser titular de derechos y obligaciones, entre otras cosas.

7. Sin embargo, la ausencia de un texto legal que se haga cargo de los contratos asociativos de colaboración empresarial no sólo implica la falta de personalidad jurídica para la agrupación. Además, su naturaleza atípica determina la falta de una reglamentación que supla la voluntad de las partes, en los aspectos no consignados por la vía contractual.

8. Es por ello que resulta curioso que, a sabiendas de tal desmedro, muchos empresarios decidan desarrollar un negocio a través de acuerdos de colaboración empresarial, recurriendo a contratos atípicos, muchas veces desconocidos para aquellos agentes económicos con los que se tendrán que relacionar. Por lo demás, al no contar con una legislación que supla la voluntad de las partes, en caso de haber consecuencias no previstas por el texto del contrato de colaboración, las empresas involucradas se verán inmersas en un panorama de incertidumbre difícilmente solucionable en un sistema jurídico con una tradición legalista, como el nuestro.

9. ¿Por qué, entonces, estos empresarios están dispuestos a renunciar a los beneficios que les significa separar su propia actividad de la de la organización a la que pertenecen, mediante este artificio denominado “personalidad jurídica”, que por lo demás, les permite acceder a formas de limitación de responsabilidad por las actuaciones del ente colectivo?

Dicho de otra manera ¿qué motiva a las empresas partícipes de un acuerdo de colaboración, o de un Joint Venture, a aunar sus esfuerzos por vías no tradicionales, desprovistas de un estatuto legal que las regule; de reglas claras que le señalen como constituirse, obrar y desenvolverse; y -como ya lo hemos señalado- de personalidad jurídica?

10. Aparentemente la creación de una persona jurídica que ampare la agrupación no siempre es fundamental para el desarrollo o la ejecución de un proyecto o negocio. Probablemente los efectos de este vacío pueden ser cubiertos por otros artificios legales, haciendo de ésta un elemento prescindible.

11. Por su parte, vimos que las asociaciones sin personalidad jurídica tienen reconocida su existencia y que, en cierto modo, dicho reconocimiento implica la consagración de su calidad de entidad grupal o colectiva, lo que significa entender que éstas se desenvuelven en nuestra sociedad y que sus actos muchas veces producen consecuencias de relevancia jurídica.

12. En consecuencia, nada obsta a que se estructure un negocio sobre la base de una agrupación atípica, toda vez que -amparada en los derechos que le confieren el inciso tercero del artículo primero y los números 15 y 21 del artículo 19 de nuestra Constitución Política- tendrá su propia existencia y podrá desenvolverse libremente en la sociedad en la que se encuentra inserta. Además -dijimos- ésta podrá desarrollar cualquier actividad económica lícita.

13. No obstante lo anterior, y recapitulando lo expuesto en el cuerpo de nuestro trabajo de investigación, tal agrupación tendrá tres desventajas, con respecto a las asociaciones que la ley les concede personalidad jurídica, a saber:

a. No contará con un patrimonio propio, sino que los bienes de la agrupación pertenecerán a sus asociados, personalmente o en comunidad, según se convenga en el acto constitutivo de la asociación, o bien, en aquel que tenga por objeto la adquisición del bien de que se trate;

b. Carecerá, en la generalidad de los casos, de un mecanismo de representación oponible a terceros, por lo que muchas veces los actos jurídicos de la asociación deberán ser suscritos y patrocinados por todos o por algunos de sus partícipes; y

c. No podrá acceder a estructuras que permitan limitar la responsabilidad de los asociados frente a los actos de la entidad grupal.

14. Sin embargo, la atipicidad de estas asociaciones también les reporta algunas valiosas ventajas:

a. Les confiere la flexibilidad necesaria para ajustar su estructura y sus mecanismos de funcionamiento a las necesidades particulares que requiere el proyecto que se desea emprender. Esta característica les permitirá pactar fórmulas distintas a las que imperativamente establecen los textos legales, respecto de su administración, control, repartición de utilidades o beneficios y solución de conflictos, entre otros;

b. Por otra parte, todos los contratos asociativos que no se encuentran reglamentados en forma expresa por nuestra legislación tienen la particularidad de ser consensuales, vale decir, se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes, sin necesidad de dar cumplimiento a formalidad alguna. En el caso de los contratos asociativos típicos o nominados normalmente se les exigen ciertas solemnidades por vía de publicidad, por lo que al no estar reglamentadas, las figuras atípicas pueden crearse y operar en un ambiente de plena confidencialidad; y

c. Por último, y como consecuencia directa de la característica anterior, las asociaciones atípicas poseen una extraordinaria cualidad, cual es la agilidad a la hora de constituirse y disolverse. En efecto, la ausencia de trámites necesarios para la validez del contrato asociativo les permite nacer, modificarse y disolverse sin más trámites que la sola manifestación de voluntad de sus partícipes.

15. De ahí que la decisión de optar por figuras asociativas normadas, o bien, por formas atípicas de agrupación importa averiguar cuales son los particulares requerimientos del negocio que se desea llevar a cabo, para que -en atención a ello- podamos elegir un mecanismo sobre el cual sentar las bases jurídicas de su estructura. Dicho de otra forma, tal elección es un asunto estratégico que necesitará de un análisis de la naturaleza del negocio y de las necesidades que su ejecución acarrea.

16. En síntesis, tanto las asociaciones a las que la ley les asigna personalidad jurídica, como aquellas que no pueden acceder a dicho beneficio poseen ventajas y desventajas que serán determinantes para la elección de la estructura idónea en base a la cual se edificará el proyecto o negocio a emprender.

17. En definitiva y basándonos en lo precedentemente expuesto, creemos que podemos extraer las siguientes conclusiones:

a. En la actividad comercial e industrial moderna es posible observar ciertos negocios o proyectos que no pueden llevarse a cabo a través de los mecanismos rígidos que nos ofrece nuestro derecho mercantil corporativo. Estas nuevas iniciativas empresariales requieren de una celeridad y flexibilidad imposible de encontrar en las diversas formas asociativas que nos ofrecen nuestros textos legales.

b. Estas nuevas actividades comerciales e industriales han encontrado un sustento estructural en los acuerdos de colaboración empresaria, género que comprende numerosas formas de vinculación comercial o industrial entre dos o más empresas, típicas (como las sociedades y las fusiones de empresas) y atípicas (como los acuerdos de cooperación y los Joint Venture).

c. Pues bien, la clara preferencia por aquellas formas asociativas no reglamentadas por la ley, tiene -a nuestro parecer- varias explicaciones. En efecto, la opción de dos o más empresarios de desarrollar un proyecto conjunto por la vía de un Joint Venture y no a través

de una sociedad mercantil tradicional se funda en la particular naturaleza y características de aquel, lo que en definitiva hace atractiva su utilización.

d. En primer lugar, al tratarse de una figura contractual de origen anglosajón, constituye un mecanismo “conocido” de colaboración para aquellos inversionistas extranjeros que desean inyectar capitales en un país cuya legislación desconocen. Por lo tanto, basta que sepan que el ordenamiento jurídico local concede amplia autonomía a la voluntad de los contratantes para que accedan a crear una estructura que se regirá por las reglas que las propias empresas participantes se autoimpongan, que -por cierto- serán muy similares a las que se hayan acordado en otros negocios para llevarse a cabo en otras naciones.

e. Además, permitirá la creación rápida y económica de una asociación destinada - por ejemplo- a participar en un proyecto cuya adjudicación dependerá de un proceso de licitación, pública o privada. En consecuencia, de adjudicarse el proyecto, el *Joint Venture agreement* habrá dejado preestablecidas las relaciones internas entre las empresas partícipes del acuerdo. En caso contrario, vale decir, de no resultar victoriosa la propuesta presentada por el consorcio, éste se disolverá sin mayores trámites ni costos.

f. Sin embargo, creemos que la razón más importante por la cual resulta atractivo estructurar un acuerdo de colaboración empresaria por la vía de una Empresa Conjunta es debido a la flexibilidad que a ésta le confiere su naturaleza atípica. Tal característica posee un valor infinitamente superior al de la seguridad que otorga una figura regulada expresamente por el ordenamiento jurídico, toda vez que permite que el pacto de colaboración se estructure de acuerdo a los particulares requerimientos del proyecto que se pretende ejecutar. En tal sentido los “*coventurers*” pueden pactar que los aportes sean de la más variada índole (permitiéndose incluso la abstención de realizar ciertos negocios, o bien, el goce de intangibles); asimismo, pueden establecer sistemas de administración distintos a los tradicionales; pactar cualquier fórmula de distribución de utilidades o beneficios; y acordar cláusulas de arbitraje para resolver asuntos de funcionamiento o de administración, entre otras cosas.

g. Cabe agregar que muchas veces la creación de una persona jurídica distinta de sus integrantes y la limitación de responsabilidad de éstos por los actos del ente colectivo no reporta ninguna utilidad adicional al acuerdo de colaboración y ello porque normalmente sus partícipes son empresas que se encuentran estructuradas jurídicamente sobre la base de una sociedad mercantil, la que es titular directa de dichos beneficios.

h. Por lo demás, muchas veces se suelen combinar los Joint Ventures con figuras asociativas tradicionales de carácter típico o nominado, con el objeto de aprovechar indirectamente los beneficios que éstas reportan. Así, por ejemplo, ocurre con la sociedad instrumental en el Joint Venture corporation, que precisamente le concede al pacto de colaboración la creación de una persona jurídica; una estructura corporativa visible a los ojos de terceros; y la posibilidad de que los “*coventurers*” limiten su responsabilidad frente a los actos de la entidad, hasta un monto determinado.

18. Por tanto, el empleo de figuras asociativas innominadas -como lo es el Joint Venture- en la ejecución de un proyecto o negocio conjunto se explica principalmente en la naturaleza atípica de tales contratos. En otras palabras, precisamente del hecho de no existir normas que lo reglamenten nace la libertad con la que estos se pueden desenvolver como entidad colectiva.

19. En consecuencia, de legislarse en torno al Joint Venture y a los demás contratos de colaboración empresaria, lejos de beneficiar a las empresas interesadas en ejecutar un proyecto en forma conjunta, se las estaría perjudicando, eliminando todas las ventajas

connaturales a su carácter atípico, que -en definitiva- es lo que les confiere su especial atractivo.

20. Por último, creemos que de acuerdo a nuestro actual derecho mercantil, los empresarios -hoy en día- tienen la opción de elegir la estructura más adecuada a sus necesidades, sea ésta reglamentada por los textos legales o no. En el evento de que se llegara a legislar respecto del Joint Venture y de otras formas de colaboración empresarial, simplemente desaparecerá la opción de recurrir a aquellas figuras que, no obstante ser fruto de la autonomía de la voluntad -lo que, como se ha señalado, les confiere su principal atractivo-, se encuentran consagradas por los usos mercantiles universales. En todo caso, la consagración o tipificación de algunos contratos de colaboración empresarial no obsta a que los empresarios recurran a otras formas organizacionales atípicas, distintas a las que hemos estudiado a lo largo de nuestro trabajo.

Lo importante, ahora, es que los actores que intervienen en nuestro sistema jurídico y económico, como lo son los jueces, los abogados, las autoridades administrativas y los agentes financieros, sean capaces de comprender la particular naturaleza de los contratos atípicos de colaboración empresarial y de distinguirlos de las demás figuras asociativas que contempla nuestro ordenamiento jurídico, aprovechando, de esta manera, su valioso aporte en el desarrollo de la actividad empresarial contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, “Las obligaciones”, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, 1.066 páginas.
2. ALESSANDRI, R., ARTURO Y SOMARRIVA U., MANUEL, “Curso de Derecho Civil. Tomo IV”, Editorial Nascimento, Santiago, 1942, 1.009 páginas.
3. ALESSANDRI, R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; Y VODANOVIC H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil. Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 651 páginas.
4. ALESSANDRI, R., ARTURO; SOMARRIVA U., MANUEL; Y VODANOVIC H., Antonio, “Tratado de Derecho Civil. Tomo II”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 545 páginas.
5. ARANCIBIA MATTAR, JAIME, “Capacidad Procesal de los Cuerpos Intermedios que carecen de Personalidad Jurídica” artículo incluido en la Gaceta Jurídica, N° 233, Santiago, 1999.
6. ARTEAGA ECHEVERRÍA, IGNACIO, “En busca del concepto jurídico de empresa”, artículo publicado en la Revista Chilena de Derecho, editada por la Facultad de Derecho del la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 29, N° 3, año 2002.
7. ASACARELLI, TULLIO, “Sociedades y Asociaciones Comerciales”, Editorial Ediar S.A., Buenos Aires, 1947, 458 páginas.
8. DÍEZ DUARTE, RAÚL, “El Contrato. Estructura Civil y Procesal”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1994, 478 páginas.
9. DUCCI CLARO, CARLOS, “Derecho Civil, parte general” Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, 423 páginas.
10. ESTEBAN DE LA ROSA, FERNANDO, “La Joint Venture en el Comercio Internacional”, Editorial Comares, Granada, 1999.
11. FERRARA, FRANCISCO, “Teoría de las Personas Jurídicas”, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1929, 1.035 páginas.
12. FUEYO LANERI, FERNANDO, “Los Contratos de Colaboración Empresaria y su modalidad complementaria de Contratos de Dominación”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, 116 páginas.
13. GARRIGUES, JOAQUÍN, “Curso de Derecho Mercantil. Tomo I”, reimpresión de la 7ª edición, Editorial Temis, Colombia, 1987.
14. GUTIÉRREZ FALLA, LAUREANO F., “La Empresa”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, 215 páginas.
15. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO (coordinador), “Derecho Mercantil”, Editorial Ariel, Barcelona, 1990, 1.276 páginas.
16. LE PERA, SERGIO, “Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresaria”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, 265 páginas.

-
17. LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE, "Los Contratos. Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 608 páginas.
18. LYON PUELMA, ALBERTO, "Personas Jurídicas", Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003, 303 páginas.
19. MARMOLEJO GONZÁLEZ, CRÍSPULO, "La Colaboración Empresarial a través de los Contratos de Joint Venture", Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad Central, Santiago, 1996.
20. MARZORATI, OSVALDO J. "Alianzas Estratégicas y Joint Venture", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, 341 páginas.
21. MESSINEO, FRANCESCO, "Doctrina General del Contrato", tomo I, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952, 529 páginas.
22. MESSINEO, FRANCESCO, "Doctrina General del Contrato", tomo II, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952, 554 páginas.
23. MEZA BARROS, RAMÓN, "Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones", tomo I, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 442 páginas.
24. MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE, "La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)", Editorial Civitas, Madrid, 1998, 429 páginas.
25. PUELMA ACCORSI, ÁLVARO, "Sociedades", Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 668 páginas.
26. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española. Tomo I", Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.
27. RÍOS GARCÍA, MIRIANS, "Joint Ventures como Forma de Colaboración Empresarial en Chile". Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 2001, 255 páginas.
28. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, "Teoría de la Interpretación Jurídica", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, 182 páginas.
29. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, "Responsabilidad extracontractual", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, 505 páginas.
30. SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, "Derecho Comercial. Organización Jurídica de la Empresa Mercantil. Parte General", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 620 páginas.
31. SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, "Derecho Comercial. La insolvencia de la Empresa. Derecho de Quiebras. Cesión de Bienes. Tomo III", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 496 páginas.
32. SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, "Contratos Mercantiles", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 744 páginas.
33. SERVICIO DE COOPERACIÓN TÉCNICA (SERCOTEC), filial CORFO, "Esquemas Asociativos, una Alternativa de Solución a los Problemas de la Pequeña y Mediana Empresa", documento elaborado por las gerencias de Estudios y Planificación; Técnica; y de Asistencia Financiera, Santiago, 1990.
34. SOTO KLOSS, EDUARDO, "El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, 582 páginas.

35. SOTO KLOSS, EDUARDO, “La autonomía de los Cuerpos Intermedios y su Protección Constitucional”, artículo incluido en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 85 N° 2, Santiago, 1988.
36. STITCHKIN BRANOVER, DAVID, “El Mandato Civil”, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, 427 páginas.
37. TALA JAPAZ, ALBERTO, “El Contrato Internacional de Joint Venture como instituto jurídico reactivo a los Procesos de Nacionalización”, artículo incluido en la Gaceta Jurídica N° 199, Santiago, 1997.
38. TORRES ZAGAL, OSCAR ANDRÉS, “Comentarios Jurídicos Sobre El Contrato De Joint Venture” artículo incluido en la Gaceta Jurídica, N° 163, Santiago, 1994.
39. VELÁSQUEZ CABELLO, FRANCISCO JAVIER, “El contrato de Joint Venture”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1997, 163 páginas.
40. VERDUGO, MARIO; PFEFFER, EMILIO Y NOGUEIRA, HUMBERTO, “Derecho Constitucional. Tomo II”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 371 páginas.
41. VERDUGO, MARIO; PFEFFER, EMILIO Y NOGUEIRA, HUMBERTO, “Derecho Constitucional. Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 375 páginas.
42. VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, “Tratado de las Sociedades”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, 551 páginas.
43. ZALDÍVAR, ENRIQUE; MANOVIL, RAFAEL M.; Y RAGAZZI, GUILLERMO E., “Contratos de Colaboración Empresaria”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, 251 páginas.
44. ZELAYA ETCHEGARAY, PEDRO, “La Responsabilidad Civil del Empresario por el Hecho de su Dependiente”, artículo incluido en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 90 N° 3, Santiago, 1993.