

A vueltas con la internacionalización de las empresas españolas: aspectos jurídicos a tener en cuenta en los acuerdos de licitación internacional

Pablo Paisán

Economist and Jurist, nº 169/2013 (abril)

La internacionalización de las empresas españolas es uno de los pilares fundamentales sobre los que se está apoyando la recuperación de la economía española. Nuestro empresariado tradicionalmente ha mirado más allá de los Pirineos y se ha aventurado y se sigue aventurando en operaciones internacionales, lo que sin lugar a dudas ha contribuido a que el saldo de la cuenta de resultados de muchas de nuestras empresas siga siendo positivo a pesar de la caída del mercado doméstico.

En el ámbito contractual, la involucración de más de un Estado se traduce en la entrada en juego de más de un ordenamiento jurídico, lo que añade complejidad a la operación, complejidad que se incrementa si las partes no han determinado previamente las reglas de juego a través de un contrato, contrato donde tiene que quedar perfectamente delimitada la ley aplicable al mismo.

¿Qué pasa si no hay contrato o el contrato obvia la legislación aplicable? Tendríamos que acudir a las reglas de conflicto del Derecho Internacional Privado para conocer la ley aplicable al contrato (artículo 4 del Reglamento Roma I o en su defecto, artículo 10.5 del Código Civil).

Efectivamente, el principio de autonomía de la voluntad aplicado al ámbito contractual, trae como consecuencia que en los distintos ordenamientos nacionales, la materia contractual, esté integrada por normas dispositivas; lo que ha facilitado el desarrollo progresivo de un conjunto de reglas relativas a transacciones internacionales que, en buena medida son normas *legally system-indifferent* elaboradas al margen de criterios políticos. Esta tendencia se ha visto reforzada ante la aparición de nuevos tipos contractuales nacidos del comercio internacional contemporáneo que no han tenido respuesta por parte de los sistemas de Derecho Internacional Privado de los distintos países.

Entre estos nuevos tipos contractuales nos encontramos con los contratos de licitación conjunta para proyectos internacionales. Son contratos atípicos y que participan de la naturaleza jurídica de los acuerdos de *Joint Venture*. Me remito a

estos efectos al artículo del profesor Alfonso Ortega Giménez en estas páginas sobre el contrato de *Joint Venture* internacional (Economist and Jurist - nº 112/2007).

Es importante una previa planificación de estos contratos a la luz de los pliegos que regulen la licitación y determinar la ley aplicable a los mismos (el Reglamento Roma I recoge en su artículo 3, como principio general, el principio de autonomía conflictual, en virtud del cual, los contratos se regirán por la ley elegida por las partes).

A los efectos de la determinación de la Ley aplicable, hay que tener en cuenta que los acuerdos de licitación conjunta internacional suelen implicar la constitución de una sociedad en el lugar de ejecución del proyecto internacional (*equity joint venture*) tras la adjudicación del proyecto por parte del órgano contratante. En otras ocasiones, es suficiente con la constitución de una Unión Temporal de Empresas sin que nazca un vehículo societario con personalidad jurídica propia e independiente de la de los firmantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿estarían estos contratos excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, cuyo artículo 1.2 establece que su articulado no alcanza a las cuestiones reguladas por el derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas? A mi juicio no; y sí tendría en cambio cabida el principio de autonomía conflictual en los contratos de licitación conjunta internacional. Otra cosa distinta es la Ley aplicable al vehículo conjunto que se constituya en ejecución del acuerdo. Este vehículo conjunto, normalmente societario, tendrá una nacionalidad distinta de la de sus socios, nacionalidad que determina la *lex societatis*.

A efectos de determinar la nacionalidad de la sociedad que se constituya para la ejecución del proyecto, el artículo 48 del Tratado de Roma y el artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, prescriben la nacionalidad española para las sociedades que tengan su domicilio en territorio español con independencia del lugar donde se hubieran constituido, debiendo tener su domicilio en España las sociedades cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio (sin perjuicio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 9 de marzo de 1999 [TJCE 1999\47], Caso *Centros Ltd* contra *og Selskabsstyrelsen*).

En definitiva, el domicilio de la sociedad a constituir por los firmantes del acuerdo de licitación conjunta, será la que determine su nacionalidad y la legislación aplicable a dicha sociedad.

En cuanto al contenido de los acuerdos de licitación conjunta internacionales, es importante regular: (i) una cláusula de exclusividad en la preparación y presentación de la oferta; (ii) la forma de preparación de la oferta, la distribución de tareas e incluso prever la creación de un órgano *ad hoc* formado por representantes de las partes encargado de toda la logística; (iii) una cláusula de confidencialidad y de protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial de las partes (licencias de uso, creaciones conjuntas, ...); (iv) política de gastos; (v) compromisos de aportar avales de licitación y de correcta ejecución; (vi) porcentajes de participación de las partes en el vehículo conjunto y naturaleza de su aportación; (vii) normas que van a regir las relaciones entre las partes como socios de la sociedad conjunta; (viii) subcontratación a los socios y política de precios de transferencia; (ix) ley aplicable al contrato y (x) jurisdicción competente .

Por último, indicar que en función del objeto y contenido de los acuerdos de licitación conjunta internacionales, hay que analizar los mismos a la luz de lo dispuesto en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma (para los proyectos dentro de la Unión Europea).

En definitiva, es fundamental una previa planificación contractual de los acuerdos de licitación conjunta internacional por ser contratos atípicos, a ejecutar fuera de nuestra jurisdicción, de tracto sucesivo y que sienta las bases de un contrato social.