

EL ABOGADO Y LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS⁽¹⁾

Las reflexiones que se hacen a continuación pretenden analizar los aspectos jurídicos más relevantes de un proceso de negociación, que finaliza con la firma de una alianza estratégica, y concretar el papel a desempeñar por un abogado que, desde luego, no es el de protagonista principal, ni el más importante. Para ello es preciso describir, aunque someramente, qué es una alianza estratégica, su iter e identificar los aspectos que pueden tener relevancia legal (fiscales, laborales, responsabilidad, resolución de conflictos y regulación de incumplimientos).

Una alianza estratégica se puede definir, de forma sencilla, como un acuerdo de colaboración entre empresarios con el objeto de complementar o expandir sus actividades (nuevos productos, nuevos mercados, reducción de costes, etc.). La definición propuesta nos permite, fácilmente, reconocer la complejidad del proceso negociador, especialmente en aquellos casos en los que la alianza se “institucionaliza” mediante la toma de participación conjunta en el capital de una empresa preexistente, o en la creación de una nueva sociedad.

En consecuencia, a los efectos que nos ocupan, es preciso diferenciar, de una parte, los motivos: la dimensión actual no es la adecuada, es preciso superar tensiones financieras, se necesita ayuda para superar y avanzar en los estilos de dirección (empresas familiares de segunda generación), se decide abordar nuevos negocios afines (un operador sin marca quiere entrar en el mercado de productos con marca), se quiere entrar en negocios distintos (diversificación), compartir costes (central de compras), etc. De otra parte, las formas de materializarla, distinguiendo a su vez: *fórmulas contractuales* (contrato de exclusividad, de suministro, uniones temporales de empresas...) y *fórmulas institucionales* (sociedades anónimas, limitadas, agrupaciones de interés económico) que a su vez pueden consistir en crear una sociedad nueva o aprovechar una existente (esto puede complicarse si se realizan operaciones de aportación de unidades de negocio, fusiones o escisiones) Y, finalmente, están **los aliados** que pueden ser: *industriales*, *conocedores* o no del sector, *financieros*, *nacionales* o *extranjeros*.

⁽¹⁾ Nota técnica de la División de Investigación de San Telmo Business School, España. Preparada por el Profesor David Moreno Utrilla, como base de discusión y no como ilustración de la gestión adecuada o inadecuada de una situación determinada.

Copyright © Abril 2004 Fundación San Telmo, España.

Obviamente, donde el abogado puede aportar más valor es en las fases de elección y desarrollo de la forma adecuada a los motivos y circunstancias que la realidad empresarial determina.

En el camino para alcanzar una alianza se pueden identificar tres fases: 1ª el planteamiento, donde se procede a definir, analizar y configurar; 2ª la negociación, momento de discusión, conocimiento y concreción; y 3ª el día después, es cuando de verdad empieza la alianza y los empresarios deben ser capaces de funcionar y operar de forma conjunta.

Es evidente que las fases son distintas, por lo que las habilidades de los sujetos que deben intervenir en cada una son diferentes y, en consecuencia, no tendrían que ser las mismas personas. Esto no quiere decir que los equipos no estén coordinados por la misma persona, ya que la unidad de criterio es absolutamente necesaria e imprescindible durante todo el proceso. No obstante, la cuestión más problemática es determinar cual debe ser la intervención del empresario y/o la propiedad. Es claro que es el protagonista principal, pues la empresa es suya y sin su consentimiento no habrá alianza. Sin embargo, ser el protagonista principal no debe confundirse con estar presente, de forma permanente, en todas las fases del proceso. Es difícil dar una recomendación, ya que lógicamente varía según las circunstancias. Lo recomendable y más razonable es su intervención en los momentos más importantes, dando las directrices y aceptando las conclusiones en el planteamiento y diseño inicial, estableciendo los límites y tomando las decisiones en el proceso negociador y, lo fundamental, haciendo que los compromisos se cumplan y los derechos se respeten a partir del día después, en definitiva que la alianza funcione.

La fase de planteamiento es la preferida por el empresario y su equipo directivo. Es el momento de la creatividad, de los planes, en el que el papel lo aguanta todo, además como no hay contrario y muchas veces no se hacen todos los números, o no se hacen bien, todo es posible. En esta fase no suele entrar el abogado, aunque hay aspectos importantes en los que su intervención puede evitar, o al menos atenuar complicaciones futuras. A título de ejemplo, la falta de consideración de los aspectos fiscales en el planteamiento de estas operaciones puede incidir en un mayor coste de las mismas: así el tratamiento del fondo de comercio (posible ahorro del 35% de parte del precio); el tratamiento de las plusvalías que se pongan de manifiesto (pueden tributar desde al 45% al 0%) Aunque la intervención del abogado en esta fase no tiene porque ser muy intensa, se suele limitar a responder a preguntas concretas, es esencial someter a su consideración los objetivos perseguidos, las cuestiones críticas y las conclusiones alcanzadas. Sin conocer el asunto es muy difícil asesorar bien.

La fase de negociación es la que exige una mayor dedicación del abogado, es cuando se incorpora al equipo como un miembro más. En esta fase, en las primeras conversaciones con el posible aliado, el empresario y su equipo se encuentran muy cómodos y a gusto, están diseñando juntos el futuro. Sin embargo, a medida que avanza la negociación y se comienza a cuantificar y valorar, a poner en blanco y negro el proyecto y los

compromisos asociados, momento en el que se está instrumentando la operación, es cuando empiezan las tensiones y las presiones entre las partes.

La función del abogado, en esta etapa, es la de asesorar y defender los intereses de su cliente, con el propósito de minimizar los costes y riesgos. Esto lo cumple integrándose en el equipo negociador, dando su opinión y ofreciendo alternativas, analizando aquellos contratos singulares que supongan la asunción de compromisos o limitaciones importantes a la operación pretendida (operaciones financieras, situación de las marcas, compromisos, a corto y largo plazo, con socios y terceros...) También deberá prestar atención a las normas en materia de defensa de la competencia que regulan las concentraciones y alianzas empresariales en el Mercado.

Esta fase, al menos, desde el punto de vista legal, adquiere una mayor complejidad cuando la alianza se instrumenta mediante una fusión o una toma de participación en una empresa existente. En estos casos, además, habrán de analizarse la configuración institucional; es decir, la propiedad y el gobierno de la empresa resultante y, en especial, los posibles pactos previos entre socios. También ha de dedicarse tiempo a estudiar las dificultades laborales que pudiera plantear la integración de las plantillas, la homogeneización de convenios, las cláusulas de blindaje. Por supuesto, ha de investigarse los pleitos e inspecciones en curso (fiscales, laborales, seguridad social, administrativas...) Y, no se pueden olvidar, otros asuntos que cada día tienen mayor trascendencia como: la situación medioambiental, el cumplimiento de las obligaciones fiscales, administrativas (licencias y autorizaciones), etc. Es consecuencia habitual, en estos casos, la asunción de compromisos, así como el ofrecimiento de garantías individuales por cada uno de los partícipes.

En relación con estos aspectos, y con independencia de su importancia, no le corresponde al abogado tomar decisiones ni negociar los aspectos económicos, la competencia en estas materias es del equipo directivo y en última instancia del empresario y/o propiedad. Su misión es aplicar una metodología que permita tener un conocimiento y una opinión sobre estos temas, en un plazo razonable.

Una vez aclarado el rol del abogado, es necesario señalar aquellos documentos, en los que se materializa y, por tanto, se concreta la alianza, que deben de ser objeto de un análisis legal específico. Atendiendo a la diversidad de formas y formulas que pueden adoptarse, a las lógicas limitaciones de espacio y, fundamentalmente, para no aburrir al lector se describen brevemente:

1. **Protocolo de intenciones**, es el documento donde se establecen los principios y las condiciones básicas para permitir a las partes un conocimiento más profundo de las situaciones recíprocas.
2. **Revisión legal** (due diligence), en determinados supuestos, imprescindible cuando se participa en una sociedad existente o se va a producir una fusión, es conveniente hacer una revisión legal previa de los aspectos fiscales, mercantiles, laborales, administrativos, litigiosos, medioambientales,...