

COMISION PREPARATORIA DE LA AUTORIDAD
INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS
Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL
DERECHO DEL MAR
Comisión Especial 2
Nueva York, 13 a 31 de agosto de 1990

PROYECTO DE CONTRATO BASICO RELATIVO A LAS EMPRESAS CONJUNTAS

(Documento de trabajo de la Secretaría)

Adición

OBSERVACIONES SOBRE EL PROYECTO DE CONTRATO BASICO RELATIVO A LAS
EMPRESAS CONJUNTAS

Observaciones preliminares

1. La Empresa tiene capacidad jurídica, entre otras cosas, para concertar contratos. Véase anexo IV, inciso a) del párrafo 2 del artículo 13.
2. En el anexo III, párrafos 2 y 3 del artículo 11, se utilizan los términos "contratistas" y "socio". El término "Participante" se ha utilizado en este modelo para evitar confusión con el "contratista" en el proyecto de código minero y para incluir a entidades que pueden no ser contratistas. El término "socio" no se utilizó a fin de evitar cualquier posible confusión entre la empresa conjunta y una sociedad, lo que podía tener consecuencias adversas con respecto a la responsabilidad y la imposición fiscal.
3. El modelo parte de la base de que el Participante será una entidad única. Podría ser un Estado, una empresa estatal, un individuo, asociación, corporación o cualquier otra entidad, un número de dichas entidades o una combinación de ellas, actuando mancomunada o solidariamente. Si más de dos entidades son partes en el contrato, el modelo tendría que ajustarse en consecuencia.

Sección 1. Definiciones

4. La definición de "parte vinculada" es una definición estándar utilizada en los acuerdos comerciales.

Sección 2. Alcance

5. La sección 2.1 identifica la naturaleza del contrato, y la sección 2.2 dispone que la empresa conjunta se constituye con fines de exploración o explotación, o ambos. El modelo proporciona flexibilidad para que las partes convengan en la naturaleza y el ámbito precisos de las actividades que desean emprender en virtud del contrato.

6. De conformidad con la sección 2.3, la empresa conjunta, tras su constitución, presentará una solicitud de aprobación de un plan de trabajo y concertará un contrato con la Autoridad. Por otra parte, cuando ya se ha entregado al Participante un contrato para un plan de trabajo, dicho contrato puede ser asignado a la empresa conjunta.

7. Debe señalarse que aunque se pide a la Empresa que presente planes de trabajo para un área reservada en virtud del párrafo 3 del artículo 153, el inciso k) del párrafo 2 del artículo 162 y el artículo 170 de la Convención, así como el anexo IV, párrafo 1 del artículo 12, la Empresa está exenta concretamente del requisito que figura en el anexo III, párrafo 5 del artículo 3 en el sentido de que todos los planes de trabajo estén extendidos en forma de contrato. No obstante, si el plan de trabajo de la Empresa fue aprobado antes del contrato de empresa conjunta, esta circunstancia probablemente tendría que ser confirmada mediante algún tipo de instrumento jurídico, aunque no fuera más que para prever la posibilidad de que las instituciones de préstamo insistieran en la confirmación del derecho a recuperar los nódulos polimetálicos como condición para proporcionar los fondos.

8. Es común en las empresas de explotación minera conjunta que uno de los participantes actúe como gerente, normalmente el participante que reúna la experiencia más pertinente y la tecnología requerida. La sección 2.4 abarca la gestión de la empresa conjunta y dispone que el Participante será el gerente inicial de la Empresa Conjunta y que la Empresa pasará a ejercer estas funciones en una fecha fijada o después de producirse un acontecimiento específico, como por ejemplo la amortización de la inversión del Participante o la inversión más un beneficio concreto. La premisa subyacente es que estas disposiciones alentarán al Participante a transmitir tecnología a la Empresa y a capacitar a su personal, a fin de asegurar que la Empresa sea un gerente eficaz y eficiente mientras que el Participante todavía tenga un interés en acciones en la empresa conjunta. Es esta una alternativa a la solución obvia de que el Participante sea el gerente de la Empresa Conjunta durante toda la duración del contrato. En cualquier caso, la Empresa Conjunta debe funcionar de conformidad con los principios comerciales sólidos que se exigen a la Empresa en el anexo IV, párrafo 3 del artículo 1.

Sección 3. Duración del contrato

9. La sección 3 dispone que la duración del contrato coincide con la duración del contrato para el plan de trabajo.

Sección 4. Responsabilidades del Participante

10. La sección 4 a) abarca las responsabilidades del Participante en su función de gerente, tal como se prevé en la sección 2.4.

11. La sección 4 b) requiere que el Participante coopere con la Empresa una vez asume las funciones de gerente. Esta disposición es paralela a la sección 5.1 b) que requiere que la Empresa coopere con el Participante cuando éste sea el gerente.

Sección 5. Responsabilidades de la Empresa

12. En la sección 5 a) se pide a la Empresa que proporcione a la Empresa Conjunta toda la información pertinente que obre en su poder y en el de la Autoridad. Esta disposición puede ser muy útil para el Participante.

13. Las secciones 5 b) y c) abarcan las responsabilidades de la Empresa y sus disposiciones son paralelas a las de la sección 4 a) y b).

14. La sección 5 d) requiere que la Empresa coopere con el participante para obtener incentivos financieros en beneficio de la Empresa Conjunta. Estos incentivos financieros figuran en los artículos 88 y 89 del proyecto de disposiciones en LOS/PCN/SCN.3/WP.6/Add.2/Rev.1, de conformidad con el anexo III, inciso d) del párrafo 1 del artículo 13.

15. En la sección 5 e) se hace referencia al programa de capacitación en la sección 9.

Sección 6. La Empresa Conjunta

16. La sección 6.1 abarca la constitución en sociedad de la Empresa Conjunta. Sin embargo, puede que un Participante o la Empresa considere que una Empresa Conjunta contractual, o no constituida como sociedad jurídica, sea un arreglo preferible. En ese caso, las disposiciones pertinentes usuales en el derecho mercantil de la jurisdicción en que se vea la Empresa Conjunta tendrán que incorporarse al contrato, tales como las facultades de los directores miembros del Consejo de Administración, notificación de las reuniones, minutas, etc.

17. Las partes tienen que ponerse de acuerdo sobre el país en que ha de registrarse la Empresa Conjunta, el lugar de la sede de la Empresa Conjunta y el país en que estará su principal establecimiento. Dependiendo de las leyes del país en que se constituya como sociedad jurídica, puede ser posible que tenga su sede y su establecimiento principal en diferentes países. Intervendrían aquí varios factores, incluidas las disposiciones sustantivas del derecho mercantil del país de que se trate, los requisitos procesales y, probablemente lo más importante, las consecuencias fiscales y financieras de otro tipo. Debe esperarse que estos elementos desempeñen una parte importante en la negociación entre las partes y afecten a los demás elementos del arreglo de empresa conjunta.

18. El nombre de la Empresa Conjunta es un tema que ha quedado abierto en la sección 6.2. No se ha incluido un proyecto de reglamento porque sería difícil, si no imposible, predecir cómo las partes decidirán asuntos tales como la repartición de acciones, la estructura del capital, las modalidades de distribución de beneficios, cómo hay que compartir los riesgos y la responsabilidad y las decisiones básicas que se tomen, la composición del Consejo de Administración y los requisitos para votar, así como el número de personal ejecutivo de la Empresa Conjunta y el ámbito de su autoridad. Estos asuntos sólo pueden ser acordados cuando las partes dispongan de información suficiente sobre los arreglos mercantiles y financieros entre ellos, ya que únicamente entonces pueden tener sentido la redacción de un reglamento. En esa etapa existen demasiadas combinaciones y cambios posibles. Debe preverse la máxima flexibilidad para que las partes establezcan la Empresa Conjunta de conformidad con "principios comerciales sólidos".

19. De modo análogo, no puede saberse de momento la suma del capital total que se precisa. Sin embargo, en la sección 6.3 se expone claramente que el monto total del capital debe ser suficiente para llevar a cabo las actividades previstas en el plan de trabajo. Se prevé un límite para la relación deuda-capital social, ya que la Autoridad debe aprobar esa relación y considerar si es razonable, habida cuenta de la práctica comercial vigente, de conformidad con el anexo III, inciso o) del párrafo 6 del artículo 13.

20. En la sección 6.4 ha quedado abierta la cuestión de cómo las partes deciden compartir el capital social de la empresa mixta; este será un elemento importante en la negociación del acuerdo de empresa conjunta.

21. La medida en que se asignarán las acciones de capital a una u otra de las partes, cuándo y de qué modo se han de suscribir esas acciones, bien sea en dinero en efectivo (y en qué moneda) o en especie, incluidas contribuciones tangibles (plantas, instalaciones y equipo) e intangibles (tecnología y, posiblemente la asignación de un plan de trabajo ya aprobado o en el reconocimiento de incentivos financieros), serán asuntos que quedarán para la negociación. Sería difícil desde la perspectiva actual suponer que las partes estarían de acuerdo en un reparto del capital social a partes iguales o cualquier otro tipo de arreglo (o si los porcentajes de distribución quedarán fijos o pueden cambiar con el tiempo). Esta decisión se ve complicada por el hecho de que la repartición de los beneficios, riesgos y responsabilidades, así como el proceso de toma de decisiones, no necesita ser proporcional con la cantidad de capital por acciones que se posea. Cada una de estas facetas de la relación entre las partes quedará sujeta a la negociación en el momento del acuerdo y las proporciones pueden ser diferentes para cada uno de ellos. Es posible, por ejemplo, que una parte esté más interesada en limitar sus riesgos y responsabilidades que la otra y, en consecuencia, esté dispuesta, a cambio de ello, a tener menos poder en el proceso de toma de decisiones. De nuevo en esta esfera, existen muchas combinaciones y cambios que desaconsejan la utilización de un enfoque pro forma en el presente proyecto, pero esta flexibilidad posiblemente sea uno de los rasgos más atractivos del acuerdo de empresa conjunta.

22. Sin embargo, en la sección 6.5 se prevé la igualdad de las acciones a todos los efectos (por ejemplo, igualdad de trato, sin preferencia) como punto de partida, pero las partes pueden convenir en tratos preferenciales y diferenciales para una variedad de objetivos, tal como se sugiere supra.

23. La sección 6.6 deja completamente abierta la cuestión de los términos y condiciones de obtener el capital en préstamo para la empresa conjunta. También en esta esfera es imposible predecir en la etapa actual. El contrato de empresa conjunta tendrá necesariamente que ser muy detallado con respecto a los montos de los préstamos, las monedas, las fuentes, la obligación de amortizar, los tipos de interés, las garantías y demás responsabilidades de las partes, las garantías que hay que otorgar, etc. Estos asuntos se enumeran a guisa de ilustración en el texto.

24. Es importante subrayar de nuevo que las garantías u otras responsabilidades de las partes no necesitan guardar relación con el volumen de acciones que posean en la Empresa Conjunta. Por ejemplo, puede que la Empresa no desee emitir garantías o aceptar ninguna responsabilidad financiera por el capital en préstamo que reciba la Empresa Conjunta, por el simple hecho de poseer acciones en la Empresa Conjunta, y, por consiguiente, puede estar dispuesta a renunciar a ciertos beneficios en favor del Participante en la negociación del contrato, como por ejemplo la participación inicial en la corriente de fondos, a cambio de esta protección contra los riesgos por el capital en préstamo. El evitar estas responsabilidades puede ser un motivo importante para que la Empresa concierte un arreglo de empresa conjunta.

25. El número de miembros del Consejo de Administración de la empresa conjunta se ha dejado indeterminado en la sección 6.7, al igual que el requisito respecto del quórum, para que haya flexibilidad en las negociaciones de los arreglos sobre la participación en las decisiones.

26. Aunque en el proyecto se indica en la sección 6.8 que la designación de los miembros del Consejo de Administración de la Empresa Conjunta es proporcional al interés en acciones que tenga cada una de las partes (redondeadas hasta el número entero más cercano, si se trata de fracciones), no es raro que se fije una representación desproporcionada, especialmente en las primeras etapas de una empresa conjunta. Este punto será tema de negociación y formará parte de las concesiones mutuas que se hagan al determinar la estructura de la empresa conjunta y la distribución de beneficios, riesgos y poderes de decisión entre las partes.

27. Se prevé que cada parte designe al Presidente durante términos alternos, a fin de exponer una de las posibles soluciones. Podía suceder que la parte que actúe de gerente designe al Presidente, suponiendo que esté previsto rotar la gerencia. Como otra posible solución, si una de las partes actúa como gerente, la otra parte tal vez desee designar ella misma al Presidente. Existen demasiadas combinaciones para poder examinarlas en este contexto.

28. La distribución de los poderes de toma de decisión entre las partes, que se trata en la sección 6.9, también será objeto de negociación cuando llegue el momento. A título de ejemplo, algunas decisiones quedan reservadas a las partes en la sección 6.9, mientras que otras se delegan al Consejo de Administración, en la sección 6.10.

29. La sección 6.9 requiere la aprobación unánime de las partes para ciertas decisiones básicas, que normalmente se toman en los acuerdos de empresa conjunta en los sectores de la minería y el petróleo. Sin embargo, esas decisiones enumeradas en los incisos g), h) y j) también las toma regularmente el Consejo de Administración. Por supuesto, tal vez no sea necesario el acuerdo unánime,

especialmente cuando hay más de dos accionistas. Algunas veces el "voto decisivo" se fija en un 75%, o un porcentaje más bajo en las leyes mercantiles de la jurisdicción en que se registra la empresa conjunta, o se decide mediante acuerdo entre las partes. Sin embargo, ciertas decisiones, tales como la enmienda del reglamento, o la designación y separación del cargo de auditores independientes, siempre requieren la aprobación unánime.

30. La sección 6.10 establece el principio de que las decisiones del Consejo de Administración sólo pueden adoptarse por mayoría. A título de ejemplo se prevé la posibilidad de un "voto decisivo" a este respecto, al igual que para otras decisiones críticas, especialmente si hay más de dos partes en el acuerdo de empresa conjunta.

31. Debe incluirse un método para resolver los empates, si la estructura de toma de decisiones prevista en el contrato prevé esa posibilidad.

Sección 7. Propiedad de los bienes

32. En la sección 7.1 se establece que, al final del contrato, todos los bienes que se hayan amortizado plenamente, de conformidad con el Reglamento sobre las Disposiciones Financieras de los Contratos, a los efectos del cálculo de la parte de los ingresos netos pagable a la Autoridad se convertirán en propiedad de la Empresa sin costo alguno. El concepto en que se basa esa disposición es que la Autoridad ha pagado de hecho esos bienes mediante deducciones en el cálculo de los ingresos netos. Esta disposición es común en los acuerdos sobre minería y extracción de petróleo. En la sección 7.2, se da a la Empresa la opción de comprar parcial o totalmente los demás bienes a un precio de mercado justo, una disposición común en el sector minero.

33. La hipótesis en que se basan ambas secciones es que los bienes pueden ser valiosos para la Empresa porque podrían utilizarse en sus demás operaciones. En todo caso, cualquier valor residual es simplemente otro elemento que ha de negociarse entre las partes en el acuerdo de empresa conjunta.

Sección 8. Disponibilidad de tecnología

34. La adquisición de tecnología por la Empresa se trata en la sección 8, una cláusula general que se refiere sólo a la tecnología necesaria para realizar las actividades requeridas por el contrato. Los acuerdos sobre tecnología son habitualmente tan complejos que suelen separarse del contrato de empresa conjunta. Los detalles necesarios para un acuerdo de ese tipo probablemente sólo se conocerán en el momento de concertarlo.

Sección 9. Capacitación

35. La disposición general de brindar capacitación al personal propuesto por la Empresa figura en la sección 9.1. En la etapa actual, no parece conveniente tratar de fijar el número de personas que han de ser capacitadas o elaborar una fórmula al respecto. La metodología y el contenido del programa, los requisitos de supervisión y gastos y otras cuestiones similares se han dejado para que sean negociadas por las partes. La capacitación de personal constituirá un importante beneficio para la Empresa al concertar el acuerdo de empresa conjunta.

36. Un factor adicional que debe tenerse en cuenta es la medida en que los empleados del Participante como gerente prestarán servicios directamente o por adscripción, y la medida en que la Empresa Conjunta tendrá sus propios empleados.
37. En la sección 9.2, se dejan los detalles del programa de capacitación para que los proponga el Consejo de Administración de la Empresa Conjunta y los aprueben las partes antes del inicio de cada tipo de actividad a que se refiera el contrato.
38. Las disposiciones relativas a la supervisión figuran en la sección 9.3, que también es flexible para que el programa pueda modificarse de vez en cuando, si es necesario, durante la realización de las operaciones y a medida que se obtenga experiencia.

Sección 10. Adquisición de bienes y servicios

39. Esta sección se basa en los mismos principios comerciales que deben orientar las operaciones de la Empresa Conjunta. Véase el párrafo 3 del artículo 12 del anexo IV.
40. Se hace referencia a la sección 6.10, con arreglo a la cual puede darse al Consejo de Administración la facultad de aprobar adquisiciones que excedan de un monto determinado.

Sección 11. Transacciones con partes vinculadas

41. "Parte vinculada" es un término definido en la sección 1.1. Con arreglo al apartado a) del párrafo 9 del artículo 13 del anexo III, se requiere la garantía de que los precios y otros términos y condiciones se establezcan con arreglo a la norma de la independencia.
42. En la sección 11.2, se establecen requisitos de información como medio de vigilancia. En algunos acuerdos sobre minería y extracción de petróleo, se han incluido disposiciones adicionales en las que se requiere que los informes sobre transacciones con partes vinculadas sean certificados por un empleado del Participante. En algunos acuerdos, se requiere también que el Participante notifique de antemano a las demás partes en una Empresa Conjunta cualquier transacción o serie de transacciones conexas que se propongan entre el Participante y una parte vinculada siempre que rebasen un monto determinado (en general, bastante alto relativamente). Se concede así a la otra parte la oportunidad de solicitar los detalles que puedan ser necesarios para asegurarse de que esas transacciones se realizan con arreglo a la norma de la independencia. Habitualmente, se considera necesario que esas disposiciones contengan plazos, de modo que, si no se formula ninguna petición de información ni se hace ninguna objeción a la transacción, en un número especificado de días a partir de la notificación, la transacción propuesta pueda realizarse sin esa aprobación previa.

Sección 12. Libros y registros

43. En esta sección, se requiere que los libros y registros se mantengan en el idioma convenido (que debe ser uno de los idiomas de la Autoridad) y que se conserven en un lugar determinado a fin de facilitar su inspección por la Empresa o el Participante, según el caso, dependiendo de qué parte actúe como gerente de la Empresa Conjunta.

Sección 13. Informes

44. En la sección 13.1, se dispone que el gerente de la Empresa Conjunta presente a la otra parte copia de todos los informes que se envíen a la Autoridad, a fin de que ambas partes estén igualmente informadas. Con ello se supone que la Empresa tendrá un personal y unos archivos independientes de los de la Autoridad.

45. En la sección 13.2, se dispone que se envíen a cada parte ciertos informes específicos. A modo de ilustración, se mencionan en la sección 13.2 los informes incluidos normalmente en los acuerdos de empresa conjunta concertados en los sectores de la minería y la extracción de petróleo. Los asesores financieros y técnicos de las partes pueden solicitar informes adicionales, y esa cuestión será objeto de negociación.

46. La sección 13.3 es una disposición global referente a cualquier otro informe que una de las partes pueda solicitar razonablemente en el futuro.

Sección 14. Examen e inspección

47. Las secciones 14.1 y 14.2 contienen disposiciones para el examen y la inspección que figuran comúnmente en los acuerdos de empresa conjunta. Sin embargo, debido a que las operaciones de la Empresa Conjunta se realizarán en el mar, se consideró conveniente incluir, en las secciones 14.3 a 14.6, disposiciones relativas a los problemas especiales de los buques y las instalaciones costa afuera. Esas disposiciones son similares a las establecidas para los inspectores en el artículo 115 del Proyecto de Reglamento sobre la Prospección, Exploración y Explotación de Nódulos Polimetálicos en la Zona - Parte VIII. Protección y preservación del medio marino contra las actividades que se realicen en la Zona (LOS/PCN/SCN.3/WP.6/Add.5).

Sección 15. Cesión y transferencia

48. En el apartado a) de la sección 15, se vinculan las disposiciones del contrato de empresa conjunta relativas a la cesión y la transferencia a las del contrato para el plan de trabajo.

49. En el apartado b), se establece que ninguna de las partes podrá vender acciones de la Empresa Conjunta sin el consentimiento de la otra. Esa limitación está atenuada por la disposición común de que ese consentimiento no podrá denegarse de manera no razonable. Existen, por supuesto, otros métodos para resolver esa cuestión; el más común de ellos es establecer un derecho de primera opción durante un período limitado; ese derecho puede reemplazar, o añadirse, a la disposición sobre el consentimiento.

Sección 16. Fuerza mayor

50. Esta disposición sobre fuerza mayor es la que figura normalmente en los acuerdos sobre minería y extracción de petróleo.

Sección 17. Rescisión

51. La disposición sobre rescisión que figura en la sección 17.1 no es tan rigurosa como la del apartado a) del párrafo 1 del artículo 18 del anexo III, que rige la suspensión o la rescisión de los derechos de un Participante en virtud de los contratos para planes de trabajo. En el apartado b), se prevé la rescisión si cualquiera de las partes "incumple sustancialmente" el contrato de empresa conjunta, en vez de requerir "un incumplimiento grave, persistente y doloso de las disposiciones fundamentales del contrato ...". Hay que distinguir entre la pérdida del derecho a llevar a cabo las operaciones de extracción minera y el incumplimiento de un acuerdo entre los participantes en la Empresa Conjunta. "Sustancialmente" tiene un sentido jurídico bien definido en gran número de sistemas jurídicos.

52. En el apartado c) de la sección 17.1, se establece que cualquiera de las partes podrá rescindir el contrato de empresa conjunta si la otra parte pasa a ser insolvente o comete un acto de quiebra, etc., a fin de permitir que la otra parte continúe llevando a cabo operaciones sin quedar implicada en el procedimiento de quiebra, lo que podría requerir la suspensión de las operaciones durante un considerable período de tiempo.

Sección 18. Renuncia

53. Se trata de una disposición normalizada que figura habitualmente en los contratos y que se denomina a veces una "salvaguardia".

Sección 19. Notificación

54. Se trata de una forma normalizada de disposición sobre notificación.

Sección 20. Revisión

55. La sección 20.1 se basa en el párrafo 1 del artículo 19 del anexo III, y la sección 20.2 se basa en el párrafo 2 del artículo 19 del anexo III.

Sección 21. Controversias

56. En la sección 21.1, se establece que las controversias se resolverán de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, como se dispone en el párrafo 2 del artículo 188 de la Convención, y se especifican el lugar y el idioma en que ha de realizarse el arbitraje. Se da flexibilidad a las partes, permitiéndoles convenir en un arbitraje ad hoc o cambiar el lugar en que se realizará el arbitraje. La jurisdicción del tribunal arbitral es limitada con respecto a la interpretación de la Convención, de conformidad con los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 188 de la Convención.

Sección 22. Derecho aplicable

57. La sección 22.1 se basa en el párrafo 1 del artículo 21 del anexo III. A fin de prever un derecho mercantil aplicable a las relaciones entre las partes, éstas deben elegir la legislación de un país determinado, que, por supuesto, será probablemente el país en que esté registrada la Empresa Conjunta.

58. En la sección 22.2, se establece la fuerza ejecutoria de cualquier decisión definitiva de un tribunal que tenga jurisdicción en virtud del párrafo 2 del artículo 21 del anexo III y el párrafo 3 del artículo 13 del anexo IV.

Sección 23. Documentos complementarios

59. Se trata de la disposición habitual para un acuerdo mercantil que forzosamente entrañará un gran número de documentos. Se requiere que las partes ejecuten, etc., instrumentos complementarios y documentos que puedan requerirse razonablemente a fin de ejercer o asegurar los derechos y las obligaciones de las partes en virtud del contrato. Indudablemente, serán muy numerosos en las diversas jurisdicciones nacionales en que la Empresa Conjunta y su gerente lleven a cabo actividades.
