

COMISION PREPARATORIA DE LA AUTORIDAD INTERNACIONAL
DE LOS FONDOS MARINOS Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL
DEL DERECHO DEL MAR
Comisión Especial 2

NOTA DE INFORMACION SOBRE LOS ELEMENTOS DE LAS EMPRESAS CONJUNTAS

Documento de antecedentes de la Secretaría

El presente documento de antecedentes relativo a los arreglos sobre empresas conjuntas fue preparado por la Secretaría conforme a una petición formulada por la Comisión Especial sobre la Empresa en el último período de sesiones celebrado en Kingston, Jamaica. En él se esbozan a grandes rasgos algunas consideraciones relativas al establecimiento de empresas conjuntas.

El documento se refiere a los elementos principales de las empresas conjuntas y en él se subraya el hecho de su flexibilidad y la consiguiente necesidad de una negociación minuciosa. Tras un examen general de las empresas conjuntas, la sección A trata brevemente las cuestiones de la personalidad jurídica y de la ley aplicable. La sección B se refiere a la cuestión del carácter de los arreglos sobre empresas conjuntas y a los medios existentes para distinguir entre las dos principales clasificaciones de las mismas. En las secciones C y D del documento se esbozan algunos problemas esenciales de la capitalización y la gestión de la empresa conjunta, y la sección E se refiere brevemente a cuestiones de política financiera. En la última sección del documento se plantean algunas cuestiones pertinentes en cuanto a la responsabilidad y la solución de controversias. En todo el documento, cuando se presentan consideraciones especialmente pertinentes en relación con los arreglos sobre empresas conjuntas concertadas con la Empresa, se ha señalado el hecho.

INTRODUCCION

1. Existe una variedad casi infinita de formas de participación en la inversión internacional, que refleja la gama de los sistemas económicos y jurídicos y las distintas prioridades de inversión. La experiencia adquirida durante los últimos decenios indica una tendencia cada vez mayor a adaptar los arreglos a las características propias de una determinada empresa y al logro de los objetivos de un proyecto de inversión determinado. El tipo de arreglo de inversión más difundido y útil es, con mucho, la empresa conjunta, debido a su flexibilidad: en una relación de empresa conjunta es posible disponer de una gama muy amplia de combinaciones de términos y condiciones. Entre esos términos y condiciones figuran las cuestiones de propiedad; la estructura del capital; el control; la dirección y administración; las políticas financieras; las cuestiones de propiedad industrial, la asistencia técnica y los conocimientos técnicos; la comercialización, las relaciones entre participantes y la solución de controversias. La elección de una forma determinada de arreglo tendrá distintas consecuencias en cuanto a la adopción de decisiones, la distribución de riesgos y beneficios, y las principales cuestiones sujetas a negociación. En la propia Convención sobre el Derecho del Mar se trata de las empresas conjuntas o de los arreglos conjuntos en diversos artículos, entre los cuales el párrafo 6) del artículo 5, y los artículos 9, 11 y 13 del anexo III, así como el párrafo g) del artículo 6 del anexo IV. En caso de que la Empresa decida hacer suya esta opción, se presenta una gama muy amplia de las posibles relaciones que puede concertar.

2. En vista de la flexibilidad de los arreglos de empresa conjunta y de la gama de opciones existente, a menudo es difícil clasificar lo que corresponde o no corresponde técnicamente a la categoría de empresa conjunta. Las empresas conjuntas son tan sólo arreglos comerciales de complejidad variable, concertados por lo general entre dos participantes, aunque no es raro que intervengan en ellas más de dos participantes. Sin embargo, cuanto mayor sea el número de participantes, más oneroso resultará el proceso de negociación, aunque las consideraciones subyacentes seguirán siendo las mismas.

3. Todas las cuestiones relativas al proyecto de empresa conjunta serán objeto de negociación entre las partes, y los resultados figurarán en el acuerdo de empresa conjunta. A menudo algunos detalles estarán determinados por la posición jurídica de una o más de las partes. Puede preverse que esto resultará especialmente cierto

cuando uno de los participantes sea la Empresa. Esto significa que, el hecho de que la Empresa sea una empresa pública internacional en el sentido tradicional, constituirá sin duda un factor importante para determinar el tipo de arreglo de empresa conjunta adecuado a las circunstancias.

4. La cuestión conexas de los poderes de negociación relativos de las partes suele plantearse en la literatura especializada, y el supuesto de base es que el país en desarrollo participante se encuentra muchas veces en desventaja. No obstante, esta idea no tiene necesariamente que prevalecer en el caso de empresas conjuntas concertadas con la Empresa. La Empresa puede concertar arreglos ya sea con países desarrollados o país en desarrollo (o ambos) en cualquier caso particular. Por consiguiente, las concepciones tradicionales relativas a las posiciones del inversionista extranjero/países en desarrollo huésped no serán necesariamente aplicables, en vista del carácter internacional de la Empresa. Además, puesto que las políticas y reglamentos de base que rigen a la Empresa son o han sido promulgados en una tribuna internacional, su poder de negociación puede estar sujeto a la influencia de intereses prioritarios variables. En todo caso, es difícil definir de manera general cuáles serán las prioridades de una determinada negociación, sobre todo habida cuenta del alcance variable de los proyectos que pueden emprenderse, y no es improbable que el arreglo definitivo sobre una empresa conjunta represente un "paquete" o acuerdo global que abarque cuestiones de jurisdicción, ley vigente, duración, propiedad, control, políticas financieras y aspectos técnicos. Los puntos fuertes y débiles de cada una de las partes en la negociación variarán conforme a las circunstancias particulares y, en cualquier caso, es probable que no asumirán las formas tradicionales. La Empresa puede aprovechar mejor la opción de la empresa conjunta dentro del sistema de exploración y explotación establecido con arreglo a la Convención si dispone de un equipo de negociadores capaces y bien informados que actúe en nombre suyo durante las fases de negociación de cualquier acuerdo sobre una empresa conjunta.

A. Personalidad jurídica y ley aplicable

5. La personalidad jurídica de una empresa conjunta puede variar con arreglo al tipo particular de arreglo que se concierte, aunque por lo general podrá derivarse del derecho nacional. Las exigencias de una determinada jurisdicción pueden dictar los tipos de arreglos realizables y, probablemente, la jurisdicción será uno de los

primeros temas de negociación. La cuestión de la ley aplicable puede deducirse de cualquier decisión que se haga respecto a la jurisdicción, y por lo tanto puede ser un elemento de dicha negociación. No obstante, las partes pueden tener libertad para elegir entre ellas otra ley aplicable.

6. El carácter internacional del lugar y los recursos en una empresa de extracción de recursos de los fondos marinos añade un nuevo elemento a este cuadro. La Convención sobre el Derecho del Mar y las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad deben ser aplicables en esos casos, sobre todo si se comprueba que la legislación nacional es incompatible o inaplicable. Esto es cierto en lo que respecta al derecho que se aplica tanto en las relaciones internas como externas de la Empresa, y no es indudable que las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad abarquen cuestiones relativas a la propiedad y a la participación en el capital, la duración de los contratos, el control y la administración, la renuncia, las regalías, la fijación de precios y la comercialización, las utilidades, la capacitación, la financiación, la transferencia de tecnología, la solución de controversias u otras reservas en relación con las facultades asignadas a la Empresa y a la Autoridad (véase el párrafo 3) del artículo 9) del anexo III).

B. Naturaleza de los acuerdos para la constitución de empresas conjuntas

7. Todas las modalidades de inversión directa implican o una relación de participación en el capital social o una simple relación contractual (o una combinación de ambas). La relación de participación en el capital social entraña la creación por los socios de una nueva sociedad, cuya propiedad puede corresponder totalmente a uno de los socios (filiales de propiedad total) o estar repartida entre todos ellos (empresas conjuntas con participación en el capital social). El grado de "interconexión" de las partes en un contrato, por otra parte, puede variar del que existe en una empresa conjunta de carácter puramente contractual al que caracteriza un simple contrato de servicios o de suministro.

8. Por lo tanto, las dos grandes categorías de empresas conjuntas que se examinan son las siguientes:

a) Empresas conjuntas con participación en el capital social, en las que los socios establecen entre ellos una relación societaria en virtud de la cual cada uno de los socios aporta capital social para la constitución de la nueva sociedad. Las

consideraciones sobre la propiedad, como la estructura del capital social, el modo de aportación del capital, la evaluación, el control y la distribución de los beneficios y activos, son cuestiones que han de resolverse y que deben figurar en el acuerdo. Son posibles diversas formas de relación societaria, que van de la simple sociedad de personas a una sociedad con personalidad jurídica propia. La ley de la jurisdicción competente puede desempeñar una función importante en la determinación del tipo de acuerdo concertado y no cabe duda de que las cuestiones de responsabilidad de los socios serán decisivas al respecto. Si la entidad ha de constituirse en sociedad anónima, sus estatutos podrán ser más o menos amplios que el acuerdo de constitución de la empresa conjunta propiamente dicho, según las exigencias de la jurisdicción correspondiente;

b) Empresas conjuntas de carácter puramente contractual, que no dan lugar a la constitución de una nueva sociedad. Entrañan más bien relaciones puramente contractuales para el suministro de capital, equipo, propiedad industrial, asistencia técnica y conocimientos no patentados, servicios, licencias, derechos de patente, comercialización, etc.

9. En algunos casos, puede resultar difícil clasificar definitivamente una relación como empresa conjunta con participación en el capital social o como simple acuerdo contractual. En la literatura se distingue a veces entre empresas conjuntas de carácter puramente contractual y "acuerdos contractuales especiales", sobre la base de que en el último caso el reparto del control, la adopción de decisiones, el riesgo y los beneficios no es proporcionado a las aportaciones respectivas de los socios. Sin embargo, no hay requisitos relativos a la proporcionalidad en ningún acuerdo para la constitución de una empresa conjunta, lo cual es, en realidad, la base de la flexibilidad y popularidad de este tipo de empresas. Por otra parte, suponiendo la igualdad de poder de negociación de las partes, sería difícil afirmar que la relación no es proporcionada, puesto que todos los elementos del acuerdo serán negociados y, por lo tanto, evaluados por las mismas partes.

10. Dada la flexibilidad de las empresas conjuntas, a veces puede resultar difícil distinguir entre un acuerdo de constitución de una empresa conjunta con participación en el capital social formulado en términos poco precisos y un acuerdo contractual de cierta complejidad. En ese caso, un procedimiento útil para distinguir entre ambos es determinar la naturaleza de los beneficios para las partes: si éstos toman la forma de beneficios sobre el capital, la relación entre ellos es de participación

en el capital social; si se determinan únicamente mediante la negociación de un rendimiento equitativo de la respectiva aportación y el riesgo, la relación es puramente contractual. Como en el caso de los diversos tipos de acuerdos contractuales, puede examinarse el grado de participación de las partes y la naturaleza de esa participación. Es decir, deben examinarse los elementos mismos para determinar hasta qué punto es "conjunta" la relación pactada.

11. En los últimos años, el número de acuerdos por los que establecen empresas conjuntas de carácter puramente contractual ha aumentado considerablemente. La ventaja que presentan este tipo de acuerdos es que generalmente dan mayor libertad a las partes por lo que se refiere a las modalidades y condiciones del contrato. Como estos acuerdos contractuales no requieren la constitución de una nueva persona jurídica, la empresa conjunta de carácter puramente contractual no está obligada a cumplir la legislación nacional sobre organización y funcionamiento de las sociedades, que es aplicable cuando se trata de una empresa conjunta con participación en el capital social. Las modalidades y condiciones de la empresa conjunta de carácter puramente contractual pueden adaptarse fácilmente a las situaciones concretas y modificarse cuando la experiencia sugiere que conviene hacerlo.

12. Por otra parte, la estructura jurídica de la empresa conjunta de carácter puramente contractual asegura la obtención de unos beneficios directos e inmediatos por las partes. En la empresa conjunta con participación en el capital social, la nueva entidad, que es una persona jurídica distinta, es ella misma la propietaria de todo tipo de beneficio en primer lugar. Esto puede explicar la preferencia por las empresas conjuntas de carácter puramente contractual, especialmente cuando se trata de la explotación de recursos naturales.

13. Se ha sugerido que puede resultar difícil conciliar la estructura jurídica flexible de una empresa conjunta de carácter puramente contractual con una administración fuerte y eficaz. Sin embargo, al concertar el contrato, los participantes en una empresa conjunta de carácter puramente contractual pueden decidir crear órganos que dispongan de facultades y medios financieros suficientes para administrar eficazmente la empresa. Los estudios basados en la experiencia obtenida del funcionamiento de las empresas conjuntas de carácter puramente contractual no justifican ninguna conclusión categórica sobre este punto, por lo que no se puede afirmar con seguridad que la naturaleza flexible de este tipo de asociación sea necesariamente un obstáculo para una gestión eficaz.

14. Es también probable que se plantee rápidamente la cuestión de la duración de la empresa, puesto que algunos tipos de acuerdos son más adecuados que otros para un proyecto de duración limitada. La naturaleza de la obligación tenderá pues a influir en la forma y la duración del acuerdo conjunto concertado. Es menos probable que un proyecto limitado a una operación o una fase de operaciones determinada requiera algún tipo de permanencia que si se trata de una empresa vertical totalmente integrada para la extracción de recursos de los fondos marinos, por ejemplo. En el primer caso, puede ser más adecuado elegir una empresa conjunta de carácter puramente contractual. En el segundo, la gran intensidad de capital de la empresa hará que sea necesario un largo período para recuperar con un rendimiento equitativo y razonable la aportación hecha, teniendo en cuenta los factores de riesgo. Otras cuestiones decisivas por lo que se refiere a la duración son los procedimientos de disolución de la empresa y los derechos y obligaciones de los socios o de la propia empresa conjunta después de la disolución.

15. Cuando se concierta un acuerdo conjunto, los socios deben tener en cuenta tanto los aspectos sustantivos del acuerdo, como por ejemplo las aportaciones y la forma de pago, como los aspectos comerciales, es decir, la manera como se concreta la vinculación. Independientemente del tipo de empresa conjunta que se elija, las consideraciones básicas serán las mismas. Sin embargo, puede haber aspectos específicos propios de las empresas conjuntas con participación en el capital social y, por lo tanto, se examinará principalmente la gama más amplia de consideraciones implicadas.

C. Capital

16. Las aportaciones de los socios pueden hacerse entregando distintas formas de bienes tangibles o intangibles. Pueden comprender dinero en efectivo, equipo, propiedad industrial, recursos, infraestructura, mercado, conocimientos técnicos, valiosos derechos de concesión, etc. Como primera medida se debe determinar cuáles son las aportaciones que se han de capitalizar y cuáles no, porque esto forma la base para determinar las acciones que tendrá cada socio en la empresa. Las aportaciones en efectivo que no se capitalizan serán los préstamos, por ejemplo, mientras que las aportaciones no capitalizadas de propiedad industrial adoptarán probablemente la forma de licencias, que producen regalías y no beneficios.

17. La cuestión de la capitalización plantea la cuestión de la valoración: las aportaciones se han de poder identificar claramente a los fines de la capitalización. Esta cuestión se plantea en particular cuando se trata de una aportación unilateral de un "bloque" de bienes. En empresas de exploración, la valoración del recurso mismo o del lugar de extracción como aportaciones al capital puede resultar particularmente confusa, y será necesario elaborar algún plan de valoración para garantizar a cada socio un beneficio justo en todos los casos. Para proceder a la capitalización y valoración de las empresas de extracción de recursos de los fondos marinos pueden servir de guía las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad u otra legislación aplicable.

18. Las aportaciones financieras pueden consistir en la entrega de efectivo (en forma de una aportación al capital social o de un préstamo), el acceso a préstamos o la dación de garantías de reembolso de préstamos. Los préstamos pueden ser créditos de proveedor, créditos al consumidor, préstamos de uno de los socios, préstamos a largo o corto plazo de terceras entidades, públicas o privadas, u otros créditos comerciales. Es también posible que una vez que la empresa comience a funcionar, se hagan préstamos con cargo a las reservas de la empresa. La responsabilidad de la devolución de los préstamos será objeto de negociación. El reembolso de los préstamos podrá realizarse en efectivo o en especie. Como ejemplos de reembolso en especie pueden citarse el reembolso en capital social, el reembolso en productos de la empresa o algún otro tipo de comercio de compensación.

19. Los socios de la empresa deben decidir la relación entre los préstamos y las aportaciones de capital que les parezca aceptable. A menudo en la ley aplicable se establecerá la relación máxima de apalancamiento permisible. El nivel conveniente de la relación de apalancamiento dependerá en parte de las aportaciones y de los riesgos e implicará la determinación de una tasa justa y razonable de rendimiento de la inversión. Probablemente este nivel revista gran importancia en el proceso de negociación, especialmente en las empresas de extracción, ya que cuanto más reducido es el capital social, menor es el capital que se arriesga y mayor el potencial de rentabilidad. Además, los niveles a veces elevados de desembolsos de capital requeridos pueden explicar cierta resistencia a financiar una parte importante de la inversión total con capital social.

20. Los bienes intangibles pueden aportarse en forma de propiedad industrial, asistencia técnica y conocimientos no patentados. La propiedad industrial incluye patentes, marcas, nombres comerciales y secretos comerciales. La asistencia técnica y los conocimientos no patentados pueden incluir todo tipo de información para el uso eficiente y la permanente actualización de la propiedad industrial, así como para aguar a la ejecución de las operaciones de la empresa conjunta.

21. En cuanto a la propiedad industrial, se puede ceder la plena titularidad a la empresa conjunta o solamente conceder una licencia para su explotación. En el primer caso, deberá atribuirse un valor al derecho de propiedad industrial y considerarlo una aportación al capital. Por otra parte, la concesión de una licencia o sublicencia de explotación produce regalías. Estas regalías pueden pagarse en una suma global o periódicamente o combinando ambas formas. El pago en una suma global generalmente se hace antes de que se empiece a utilizar el derecho de propiedad industrial. El pago periódico de las regalías depende del grado en que se utilice el derecho de propiedad industrial. La obligación de pagar regalías puede cumplirse entregando acciones liberadas de la empresa, pero en lugar de pagarlas efectivamente también se pueden utilizar para cumplir la obligación de un socio de efectuar una aportación ulterior al capital de la empresa. En este sentido, la propiedad industrial puede considerarse una aportación de capital.

22. La aportación de propiedad industrial suele hacerse en un bloque que incluye asistencia técnica y conocimientos no patentados. Para valorar este bloque a los fines de la capitalización habrá que tener en cuenta los costos de transferir la propiedad industrial, los conocimientos no patentados conexos, la información técnica y la asistencia técnica a la empresa conjunta, el valor del buen nombre de la tecnología transmitida y otros aspectos intangibles, su valor económico para la empresa, el valor de las regalías y la base utilizada para determinarlas, etc.

23. Una vez valoradas y capitalizadas las aportaciones, se podrá determinar el porcentaje de propiedad que corresponde a cada uno de los socios. Si se han de seguir derechos específicos de la participación en la propiedad, es natural que se tenga muy en cuenta este hecho en el proceso de valoración. Los derechos derivados normalmente de la propiedad incluyen la participación en los beneficios y en la distribución del activo en caso de disolución o liquidación de la empresa (el grado de participación en la distribución del activo no depende necesariamente de la participación en los beneficios), así como el derecho a intervenir en el control y gestión de la empresa.

D. Control

24. La cuestión del control es de suma importancia para todo acuerdo de constitución de una empresa conjunta. Ni la empresa conjunta con participación en el capital social ni la empresa conjunta de carácter puramente contractual implican que existan procedimientos o mecanismos ya establecidos para decidir los problemas de control y gestión de la empresa conjunta. Ambos tipos de empresa conjunta pueden adoptar diversas modalidades de control y gestión, que habrá que adaptar a las circunstancias de cada caso. En las empresas conjuntas con participación en el capital social el control y la gestión no dependen necesariamente del número de acciones que tenga cada socio. En otras palabras, una participación mayoritaria en el capital social no implica necesariamente que se tenga el control de la empresa. En la práctica, la posesión de conocimientos técnicos especializados o no patentados puede ser un factor que influya considerablemente en el control y gestión de la empresa.

25. Normalmente, el control de las empresas conjuntas con participación en el capital social recae en el consejo de administración de la sociedad. El consejo puede estar constituido tanto por personas físicas como por personas jurídicas, según lo que disponga la legislación de la jurisdicción competente. Cuando la Empresa sea uno de los socios de una empresa conjunta, el hecho de que la ley aplicable permita que sean miembros del consejo de administración personas jurídicas será un factor decisivo llegado el momento de escoger la jurisdicción competente. En otro caso, la Empresa puede, desde luego, elegir a personas físicas independientes para que la representen en el consejo de administración. En todo caso, si se elige a una persona jurídica miembro del consejo de administración, es práctica habitual que aquélla designe a una persona física para que la represente en dicho consejo.

26. El control será objeto de negociación entre los socios, y pueden darse condiciones externas que influyan en la decisión final. Entre ellas pueden señalarse los requisitos de la legislación aplicable respecto del número de miembros del consejo de administración y el número mínimo de consejeros que podrá designar uno u otro de los socios, los requisitos relativos a la índole de la participación en la adopción de las decisiones fundamentales de gestión o los requisitos concernientes a la participación externa en ciertas decisiones de la empresa conjunta, como la introducción de cambios importantes en la estructura o diversificación en los planes de producción. Cabe anticipar en este último caso que se requerirá la intervención de la Autoridad Internacional de los Fondos marinos cuando la Empresa sea uno de los socios de la empresa conjunta.

27. Tradicionalmente, el consejo de administración tiene a su cargo la gestión y el control de la empresa conjunta, en particular la elaboración de la política de la Empresa. Normalmente el consejo designa al director ejecutivo y al resto del personal directivo de la empresa conjunta. Se han de tener en cuenta varios factores al decidir cuántos miembros deberá tener el consejo, entre ellos el número de socios de la empresa, el control que ejerza cada socio, las posibilidades de cada socio de proporcionar consejeros idóneos, la conveniencia de que en el consejo de administración estén representados muchos puntos de vista diferentes así como especialidades diversas, la exigencia de mayorías y procedimientos de votación especiales y consideraciones de eficiencia comercial.

28. Además, quizá haya que establecer ciertos mecanismos para la protección de los intereses minoritarios. Por lo general se exigirá una mayoría calificada, que requiera la aprobación de los consejeros designados por ambas partes, para decidir las cuestiones referentes a la inversión de capital, la producción, la fijación de los precios del producto, los contratos importantes, la elaboración del presupuesto, la designación de auditores, la distribución de dividendos o la retención de beneficios y los estados de cuentas anuales. También se podrá exigir una mayoría calificada para la designación del director ejecutivo y demás personal directivo, la venta de elementos importantes del activo fijo, la concesión de préstamos por la empresa a los socios, la disolución o liquidación de la Empresa, la transferencia de acciones o la emisión de nuevas acciones, y la introducción de cambios en el acuerdo de creación de la empresa conjunta. Para proteger los intereses minoritarios, en lugar de la mayoría calificada se puede exigir la unanimidad para la adopción de las decisiones fundamentales. A este efecto se ha de tener en cuenta el tipo de acciones emitidas (esto es, ordinarias, preferentes o especiales). Existen también otras posibilidades de resolver el problema del control dentro de la empresa conjunta en función de las circunstancias particulares de cada empresa y la política empresarial acordada. Por ejemplo, ciertas cuestiones como la designación del personal directivo pueden separarse del control tradicional del consejo de administración y estipularse específicamente en el acuerdo entre los socios.

29. Los socios de una empresa conjunta de carácter puramente contractual gozan de considerable libertad para negociar las condiciones conforme a las cuales se han de compartir la gestión y el control de la Empresa; todas las funciones se desempeñan con arreglo a las cláusulas del contrato. La empresa conjunta de carácter

puramente contractual proporciona, por consiguiente, un marco muy flexible dentro del cual cabe casi toda combinación posible de condiciones, y mediante una negociación cuidadosa del contrato se puede evitar que surjan divergencias entre los socios respecto de la gestión y el control. Cuando más detallados sean los contratos por los que se establezcan las empresas conjuntas en lo que respecta a la gestión y el control, tanto menor será el riesgo de controversias y malentendidos en la ejecución del contrato.

E. Políticas financieras

30. La distribución de las utilidades o beneficios depende de la forma de organización o acuerdo. En una empresa conjunta de carácter puramente contractual, los beneficios financieros pueden abarcar, entre otros, derechos de licencia (regalías), derechos de gestión, salarios, intereses del capital ajeno o de préstamos, beneficios adicionales indirectos, una participación en la producción, o suministros o mercados garantizados. También pueden existir estos beneficios en una empresa conjunta con participación en el capital social, pero la cuestión de la participación en las utilidades de la empresa conjunta es la cuestión fundamental.

31. Por lo general, la participación en los beneficios se basa en el porcentaje de participación de cada socio en la propiedad de la Empresa, aunque por consideraciones de otra índole quizás haya que elegir una fórmula distinta. Entre dichas consideraciones figura la medida en que se espera que uno de los socios asuma gastos relativamente importantes, tales como los de capacitación, elaboración o prestación de otros servicios. Si las obligaciones conexas son de gran alcance, por lo general se requerirá un mayor incentivo financiero. También se tendrá en cuenta lo razonable de la tasa prevista de rendimiento de la inversión. Para comenzar, antes de emprender un proyecto el inversionista tendrá presentes los riesgos, los costos de oportunidad y la situación del mercado por lo general, con intención de obtener un determinado tipo de rendimiento, a fin de determinar la viabilidad general del proyecto.

32. La cuestión de las políticas financieras aplicables debe formar parte del acuerdo. La adopción de una decisión de distribuir o no distribuir utilidades afectará sin duda a cualquier decisión relativa a la forma que asuma la participación en los beneficios obtenidos. Entre las razones por las cuales se decide no distribuir utilidades están el hacer provisiones para acumulación del capital de explotación, para expansión de operaciones y reinversión, para reposición de

elementos del activo fijo, para reembolso de deudas, o para cumplir cualquier requisito o aprovechar cualquier ventaja de la legislación aplicable. En el propio acuerdo de la empresa conjunta puede fijarse directa o indirectamente la no distribución de utilidades si en él se dispone la constitución de reservas obligatorias o la obligación de destinar a tales o cuales aplicaciones las utilidades o se especifican los motivos o se indica la intención de no distribuir las. La no repartición de utilidades significa que el socio no obtendrá ningún rendimiento financiero sobre el capital en forma de dividendos, por lo cual podrá tratar de concertar un acuerdo complementario que le proporcione algún otro tipo de ventaja financiera, como los que se han señalado antes.

F. Responsabilidad y solución de las controversias

33. La cuestión de sobre quién recaerá la responsabilidad suele regularse en el acuerdo de constitución de la empresa conjunta. Cuando no es así, los tribunales aplican, por lo general, los principios ordinarios del derecho y la norma de la equidad en materia de responsabilidad. En algunos casos, el tipo de acuerdo concertado entre los socios puede determinar el alcance de la responsabilidad de cada uno de ellos. Esto significa que, con arreglo a la ley nacional, es posible concertar ciertos tipos de acuerdos en los cuales se especificarán los límites (o la falta de límites) de la responsabilidad.

34. Pueden presentarse problemas especiales cuando la Empresa sea uno de los socios de una empresa conjunta si no se especifican los límites precisos de su posible responsabilidad. En una empresa conjunta con participación en el capital social que sea una sociedad de responsabilidad limitada constituida con arreglo al derecho nacional puede no existir problema alguno, pero en una empresa conjunta de carácter puramente contractual o en cualquier acuerdo que suponga aportación de capital en que no estén protegidos los socios pueden surgir dificultades.

35. En tal sentido se plantea la cuestión de la curiosa naturaleza de la Empresa en cuanto órgano autónomo de la Autoridad. En varias disposiciones de la Convención sobre el Derecho del Mar se fijan la atribución de la responsabilidad y los límites de la misma (véase por ejemplo el artículo 22 del anexo III y el párrafo 3 del artículo 2 y el artículo 3 del anexo IV), y éstas deben consultarse cuidadosamente antes de concertar cualquier acuerdo. Se plantean además ciertos problemas en cuanto al financiamiento y al estatuto de una empresa conjunta con participación

en el capital social como contratista por derecho propio, puesto que la nueva entidad poseerá una personalidad jurídica independiente de la de la Empresa. En tal sentido también debe consultarse, tratándose de la responsabilidad, el párrafo 4 del artículo 4 del anexo III.

36. La solución de controversias es también una cuestión que se incluye normalmente en el acuerdo de creación de la empresa conjunta. A menudo se designa en él un órgano o un procedimiento concreto de solución. Cuando tal es el caso, puede suponerse que la aplicación de la ley aplicable especificada en el acuerdo constituirá un procedimiento apropiado. Sin embargo, también en este sentido, la Empresa constituye un caso especial: si bien una empresa conjunta con participación en el capital social, en cuanto entidad independiente, podrá ser demandada ante los tribunales nacionales, en la Convención se han otorgado a la Empresa privilegios e inmunidades más bien amplios, y ésta podrá ser demandada ante los tribunales nacionales tan sólo en determinadas circunstancias (véase el párrafo 3 del artículo 13 del anexo IV). No obstante, la Empresa podrá ser demandada ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar con arreglo al apartado c) del párrafo 2) del artículo 187 de la Convención. Según la interpretación que se dé de dicho artículo y las necesidades de financiamiento, pueden plantearse ciertos problemas en cuanto a si las empresas conjuntas de las que es socio la Empresa pueden tener asimismo acceso a dicho tribunal.

37. Las cuestiones tan estrechamente interrelacionadas de la responsabilidad y de la solución de controversias son, por lo tanto, cuestiones en extremo importantes y complejas que deben examinarse cuidadosamente al negociar acuerdos de creación de empresas conjuntas. Tal vez las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad relativos a las empresas conjuntas de las que sea socio la Empresa proporcionen otras directrices que habría de tenerse en cuenta a este respecto.