C. Labor futura en la esfera del nuevo orden económico internacional:
nota de la secretaría (A/CN.9/277) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-7
I. TEMAS POSIBLES PARA LA LABOR FUTURA	8-59
A. Contratos de cooperación industrial	8-22
B. Empresas conjuntas	23-32
1. Construcción de instalaciones industriales por empresas conjuntas	24-31
2. Cuestiones generales relativas a los aspectos jurídicos de las empresas conjuntas	32
C. Comercio de compensación	33-43
D. Adquisiciones	44-59
1. Introducción	44-45
2. Criterios en relación con la adquisición	46-51
3. Carácter de la legislación sobre adquisiciones	52-55
4. Labor que puede llevarse a cabo	56-59
II. CONCLUSIONES SOBRE LA LABOR FUTURA	60-61

INTRODUCCIÓN

1. En su 11.º período de sesiones (1978), la Comisión incluyó en su programa de trabajo un tema titulado "Consecuencias jurídicas del nuevo orden económico internacional", y asignó prioridad a su examen. La Comisión estableció también un Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional¹. En su 12.º período de sesiones (1979), la Comisión examinó los posibles temas sobre los que podría iniciar su labor, y pidió al Grupo de Trabajo establecido por ella que hiciera recomendaciones sobre temas concretos que pudieran adecuadamente formar parte del programa de trabajo de la Comisión².

2. En su primer período de sesiones (1980), el Grupo de Trabajo decidió proponer a la Comisión la iniciación de trabajos sobre la armonización, unificación y examen de las disposiciones contractuales que se incluyen corrientemente en los contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial, tales como los contratos sobre investigación y desarrollo, servicios de consultores,

ingeniería, suministro y construcción de importantes obras industriales (incluidos los contratos llave en mano o contratos *produit en main*) transferencia de tecnología (incluida la concesión de licencias), servicios y conservación, asistencia técnica, alquiler, empresas conjuntas y cooperación industrial en general.

3. En su 13.º período de sesiones (1980), la Comisión hizo suya la opinión del Grupo de Trabajo de que el tema arriba indicado tenía importancia especial para los países en desarrollo y para la labor de la Comisión en el marco del nuevo orden económico internacional. La Comisión acogió favorablemente la recomendación del Grupo de Trabajo, y pidió al Secretario General que realizara los trabajos preparatorios respecto de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y de cooperación industrial³.

4. En su 14.º período de sesiones (1981), la Comisión decidió que debería prepararse una guía jurídica en que se individualizasen los problemas jurídicos que se plantean en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y se sugiriesen posibles soluciones para ayudar a las partes, especialmente a las que corresponden a países en desarrollo, en sus

¹Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 11.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/33/17)*, párr. 71.

²Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/34/17)*, párr. 100.

³Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 13.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/35/17)*, párr. 143.

negociaciones. Pidió también al Secretario General que, una vez preparada la guía jurídica sobre cláusulas contractuales relativas a contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales, presentase en un período de sesiones futuro un estudio preliminar sobre las características específicas de los contratos de cooperación industrial⁴.

5. En sus períodos de sesiones segundo y tercero, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional prosiguió el examen de cláusulas habituales en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales, y en sus períodos de sesiones cuarto a octavo examinó varios proyectos de capítulo de la guía jurídica (a la que se denominará en adelante "la Guía"). Se prevé que en su noveno período de sesiones (1987) el Grupo de Trabajo examine todos los proyectos de capítulo de la Guía, con las modificaciones introducidas por la secretaría en vista de sus observaciones, con lo que habrá completado su misión. Se prevé, además, que la Guía se presente a la aprobación de la Comisión en su 20.º período de sesiones (1987).

6. En su segundo período de sesiones (1981), el Grupo de Trabajo examinó una nota de la secretaría titulada "Cláusulas relativas a la cooperación industrial"⁵. En dicha nota la secretaría indicó que carecía de recursos suficientes para ocuparse simultáneamente de los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales y de la cooperación industrial, y señaló también que, no obstante la nota verbal de 31 de octubre de 1980 del Secretario General en la que éste había solicitado a los Estados miembros de la Comisión que proporcionaran copias de contratos de cooperación industrial y demás materiales pertinentes en la fecha de la preparación de la nota, no se había recibido ningún contrato. Cabe señalar que hasta el momento sigue sin recibirse ningún contrato. La secretaría señaló asimismo que muchos de los elementos de la cooperación industrial individualizados como posibles temas de estudio (véase el párrafo 21 del presente documento) se hallaban también en los contratos de suministro y construcción de importantes obras industriales. En vista de todos esos factores, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de los contratos de cooperación industrial.

7. Dado que la labor de la Comisión relacionada con la Guía está por finalizar, y que han transcurrido seis años desde los debates que tuvieron lugar en su 13.º período de sesiones sobre un posible programa de trabajo en el marco del nuevo orden económico internacional, la Comisión tal vez desee examinar su labor futura en esa esfera. El presente informe analiza algunas cuestiones que la Comisión quizá desee considerar.

⁴Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/36/17)*, párr. 84.

⁵A/CN.9/WG.V/WP.5.

I. Temas posibles para la labor futura

A. Contratos de cooperación industrial⁶

8. Aunque los contratos de cooperación industrial adoptan diferentes formas, la mayoría de ellos presentan determinados rasgos comunes:

a) Las transacciones que se reflejan en esos contratos, a pesar de incorporar elementos análogos a tipos contractuales muy conocidos, como la venta o el alquiler de bienes, incluyen también elementos complementarios que originan obligaciones mixtas no incluidas en los tipos reconocidos por la mayor parte de los sistemas jurídicos. En especial, las estipulaciones relativas a la remuneración de las obligaciones cumplidas no suelen responder a los tipos tradicionales.

b) Las transacciones son complejas, e implican diversas obligaciones interrelacionadas e interdependientes, con intervención a veces de más de dos partes.

c) Se prevé que las transacciones tengan una duración de varios años (a veces entre 20 y 30).

d) Debido a la interrelación y la interdependencia de las obligaciones de las partes y a su larga duración, son necesarias, para que la ejecución de los contratos llegue a buen término, una estrecha cooperación entre ellas en dicha ejecución, y una relación de confianza mutua.

9. Es difícil establecer con precisión los tipos de contratos que pueden considerarse incluidos en la esfera de la cooperación industrial. Los estudios de la Comisión Económica para Europa (CEPE) en la materia han individualizado seis categorías principales: concesión de licencias a cambio de una retribución con productos fabricados; suministro de plantas y cadenas de producción completas a cambio de una retribución con productos o fabricados; coproducción y especialización; subcontratación; empresas conjuntas; y presentación conjunta de ofertas y construcción conjunta o proyectos de carácter análogo⁷. Cabe señalar que la cooperación puede ampliarse a sectores como los de la transferencia de tecnología, la producción de bienes o el aprovechamiento de recursos naturales. Las diversas categorías pueden superponerse: por ejemplo, la presentación conjunta de ofertas y la construcción conjunta pueden dar lugar a la creación de una empresa conjunta. La enumeración de esas categorías no tiene carácter exhaustivo.

10. En cada una de las categorías a las que se ha hecho referencia, los acuerdos que se celebran se ajustarán a las necesidades concretas de las partes. Por ejemplo, en el caso de la concesión de licencias a cambio de una

⁶En los párrafos 106 a 140 de un estudio del Secretario General titulado "Contratos internacionales en la esfera del desarrollo industrial", (A/CN.9/191) figura una descripción más amplia de esos contratos. Puede encontrarse también una descripción de ellos en la *Guide on drawing up international contracts on industrial co-operation* (1976) (ECE/TRADE/124, publicación de las Naciones Unidas, número de venta: E.76.II.E.14) de la Comisión Económica para Europa (CEPE) y en el estudio de la CEPE *East-West industrial co-operation* (Cooperación industrial este-oeste) (1979) (ECE/TRADE/132, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.79.II.E.25).

⁷*Guide on drawing up international contracts on industrial co-operation*, ECE/TRADE/124, pág. 2. El estudio del Secretario General (A/CN.9/191) considera a las empresas conjuntas una categoría independiente.

retribución con productos fabricados, las partes pueden acordar que el licenciante transfiera al licenciario las mejoras introducidas en la tecnología con posterioridad a la fecha de otorgarse la licencia. Cabe que se prevea una cooperación aun más estrecha mediante la organización de actividades conjuntas de investigación y desarrollo en el proceso objeto de la licencia. En el caso del suministro de plantas o cadenas de producción completas a cambio de una retribución con productos fabricados (al que se hace referencia a menudo como acuerdo de retrocompra; véase el párrafo 35 del presente documento) puede estipularse el pago no sólo con productos de la planta, sino también con otros fabricados por el comprador.

11. La subcontratación, es decir, la contratación por una empresa de otra a fin de que esta última produzca bienes que la primera necesita para la ejecución de contratos de suministro celebrados con terceros (véase el párrafo 17 *infra*) suele culminar en la coproducción y especialización, así como la comercialización conjunta. El objeto de la subcontratación comprende la fabricación y suministro de bienes por el subcontratista, e incluye también la prestación de servicios (p.ej., si el personal de un subcontratista es más idóneo para gestionar determinados proyectos emprendidos por el contratista). En cuanto a la fabricación y suministro de bienes, el subcontratista puede o bien limitarse a transformar o finiquitar la elaboración de materiales facilitados por el contratista, o bien adquirir nuevos materiales y fabricar los productos conforme a los diseños o la tecnología aportados por aquél. En los casos de coproducción y especialización (véase el párrafo 17 *infra*), las adiciones a los acuerdos básicos podrían incluir la cooperación en materia de investigación y desarrollo respecto de la producción y la explotación conjunta de los servicios de posventa. Respecto de las empresas conjuntas, la legislación que las regula podría dar lugar a diversas modalidades de estructura en los distintos países y en lo que atañe a las actividades comerciales que pueden llevar a cabo.

12. Los contratos de cooperación industrial suelen celebrarse entre dos partes. Sin embargo, en ocasiones se celebran también acuerdos tripartitos. A veces, en esos acuerdos tripartitos, una de las partes corresponde a un país en desarrollo. Los contratos, bipartitos o tripartitos, pueden afectar únicamente a los países de las partes (p.ej., la especialización en la producción en los países respectivos) o a un tercer país (p.ej., una empresa conjunta que se creará en un tercer país, o una oferta conjunta de construcción en un tercer país).

13. Los contratos de cooperación industrial han sido habituales en los dos últimos decenios en el comercio entre los Estados socialistas de Europa oriental y los países desarrollados de economía de mercado, sobre todo de Europa occidental. Por esa razón, en varios estudios preparados por la CEPE se han analizado esos contratos y se han reunido datos acerca de ellos⁸.

⁸Véase por ejemplo, *Analytical report on industrial co-operation among ECE countries*, (1973) (E/ECE/844/Rev.1, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.73.II.E.11); *East-West industrial co-operation*, (véase la nota 6 *supra*); *Prospects for the expansion of East-West industrial co-operation* (1985) (TRADE/AC.21/R.3 y Add.1).

Algunos de esos estudios incluyen un examen de los contratos tripartitos de cooperación industrial, y se ocupan también de los métodos de financiación de dichos contratos, así como de algunos de los aspectos jurídicos que plantean⁹. No se dispone de estudios análogos sobre los contratos bipartitos de cooperación industrial entre empresas de países desarrollados y en desarrollo.

14. Al adoptar una decisión sobre la conveniencia o no de acometer la labor en relación con los contratos de cooperación industrial, hay que examinar dos aspectos: en primer lugar, si esos contratos tienen importancia en el comercio entre países desarrollados y en desarrollo; y, en segundo, en la afirmativa, si respecto de dichos contratos se plantean dificultades jurídicas que la labor de la Comisión pueda aminorar. En lo que atañe al primer aspecto, si bien es cierto que esos contratos han contribuido de forma importante durante los dos últimos decenios al comercio Este-Oeste, no resulta fácil evaluar el grado de su significación real o posible para el comercio Norte-Sur¹⁰. En los siguientes párrafos se enuncia la información actualmente a disposición de la secretaría sobre cada una de las categorías principales de contratos de cooperación industrial.

15. Se ha comprobado que entre empresas de países desarrollados y en desarrollo se celebran contratos de suministro de plantas y cadenas de producción completas a cambio de una retribución con productos fabricados. El hecho de que el suministrador de la planta, que pertenece al país desarrollado, tenga que aceptar en pago productos le estimula a suministrar una planta adecuada y a capacitar al personal del adquirente para su explotación, y estimula a su vez al adquirente del país en desarrollo a explotar la planta de forma que en ella se fabriquen productos de gran calidad, aceptables en pago y competitivos en los mercados inter-

⁹*East-West industrial co-operation*, parte B, capítulo 1 (véase la nota 6 *supra*); "Legal-organizational and financial aspects of tripartite industrial co-operation: a review of recent Yugoslav experience" (1983) (TRADE/R.470); "Tripartite co-operation involving countertrade among European and developing countries", por John R. Mikton, en los trabajos de la Reunión de Estudios Prácticos sobre Comercio Compensatorio", organizada conjuntamente por la Asociación Internacional de Organizaciones Comerciales Estatales de los Países en Desarrollo (ASTRO) y *Generalexport*, Yugoslavia, Belgrado, 1985.

¹⁰En relación con la importancia que reviste la experiencia Este-Oeste para la cooperación industrial entre países desarrollados y en desarrollo, la Segunda Reunión del Grupo Especial de Expertos UNCTAD/ONUDI sobre los aspectos comerciales y paracomerciales de los acuerdos de colaboración industrial, señaló lo siguiente: "Algunos expertos señalaron que muchos aspectos de la cooperación comercial industrial Este-Oeste podían ser pertinentes respecto de acuerdos de cooperación similares entre empresas de países en desarrollo y desarrollados, incluso a nivel intergubernamental. A este respecto, se puso de relieve la red de acuerdos de cooperación industrial y comercial que los países socialistas habían establecido con muchos países en desarrollo. No obstante, otros expertos señalaron que si bien la experiencia Este-Oeste proporcionaba una guía útil para la cooperación con países en desarrollo, quizá no fuera conveniente o posible extrapolar o transferir a estos países muchas de las prácticas aplicadas en la cooperación industrial y comercial Este-Oeste en vista de las diferencias que existían entre estos países, por ejemplo, en cuanto a la dotación de recursos naturales, la idoneidad de la infraestructura y, en general, los niveles de desarrollo industrial y económico." (ID/WG.337/9/Rev.1, párr.58).

nacionales¹¹. Las noticias de la concesión de licencias por empresas de países desarrollados a empresas de países en desarrollo a cambio del pago de un precio en productos obtenidos son mucho más escasas¹².

16. Con frecuencia las empresas de países en desarrollo son partes en contratos tripartitos de cooperación industrial celebrados con fines de presentación conjunta de ofertas y de construcción conjunta¹³. En tales casos la empresa del país en desarrollo será miembro de un consorcio de contratistas, y suministrará por lo general mano de obra local y equipo y materiales existentes en el país, y ocasionalmente prestará servicios de construcción y de ingeniería civil. Esos suministros serán por lo general menos costosos que los procedentes de una fuente situada fuera del país en desarrollo, y su pago puede absorber el componente en moneda local de los fondos disponibles para un determinado proyecto. La participación de una empresa de un país en desarrollo puede resultar esencial en caso de que un proyecto se localice en una zona alejada, o de que ejecución haya de tener lugar en condiciones muy rigurosas. Otras organizaciones han iniciado trabajos en relación con las cláusulas contractuales necesarias para la creación de consorcios y con las condiciones conforme a las que puede distribuirse la responsabilidad entre sus miembros, y parece casi innecesario que la Comisión se ocupe de esa cuestión¹⁴.

¹¹No hay datos fidedignos sobre la frecuencia de ese tipo de transacciones, aunque el valor de cada transacción sería considerable. Esa categoría de transacciones se considera también un tipo de comercio de compensación (véase la sección C, *infra*). Una publicación, basándose en datos facilitados por una selección de empresas de los Estados Unidos acerca de sus actividades de comercio de compensación a escala mundial, le atribuye el 9% del total de las transacciones de comercio compensatorio realizadas (*North-South Countertrade. Barrier and reciprocal trade with developing countries*, por Stephen F. Jones, Capítulo 3 (The Economist Intelligence Unit, 1984)). Otro comentarista afirma en relación con ese tipo de transacciones, en el que se da una cooperación tripartita, que ese tipo de cooperación tripartita es el más frecuente en la actualidad; e implica, por lo general, la prestación de servicios de ingeniería, y de construcción y mantenimiento o de bienes de capital (a veces de unos y otros por el CAME y las partes occidentales a cambio de la entrega en contraprestación de productos obtenidos por el cliente del país en desarrollo. El proyecto resultante podría crear nueva capacidad industrial, ampliar las exportaciones, aprovechar los recursos o contribuir de otro modo al desarrollo económico del país. J. R. Mikton, en "International Workshop on Countertrade" (véase la nota 9, *supra*).

¹²La *Guía de Licencias para los Países en Desarrollo* (1977) (publicación de la OMPI No. 620 (S)) de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) no recoge esta práctica.

¹³Véanse los trabajos que se citan en la nota 9, *supra*.

¹⁴Puede encontrarse una descripción más amplia de este tipo de asociación en el proyecto de capítulo III. "Procedimientos de celebración del contrato" de la Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, A/CN.9/WG.V/WP.17/Add.2. En la *Guide for Drawing up International Contracts between Parties Associated for the Purpose of Executing a Specific Project* (1979) (ECE/TRADE/131, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: E.79.II.E.22) de la CEPE se examinan cuestiones relacionadas con grupos de empresas que actúan como contratistas. La Federación Internacional Europea de la Construcción (FIEC) y el Organismo de Enlace de las Industrias Europeas del Metal (ORGALIME) han preparado guías y modelos de formularios en relación con esas empresas conjuntas. Varias asociaciones nacionales han iniciado también trabajos al respecto, p.ej., la Asociación de Exportadores de Maquinaria del Japón, sobre el contrato de empresa conjunta para ofertas y ejecución de proyectos llave en mano.

17. La subcontratación internacional parece tener cierta importancia para el desarrollo industrial de los países en desarrollo, y ha sido objeto de detenido examen¹⁵. "La subcontratación consiste en la fabricación por el subcontratista, con arreglo a las especificaciones establecidas por la empresa principal, de partes, componentes o productos semielaborados. Los insumos son muchas veces facilitados por el principal, que, por regla general, proporciona una cantidad variable de asistencia técnica, ocasionalmente completada por respaldo financiero."¹⁶ La subcontratación entre empresas de países desarrollados y en desarrollo ha aumentado en diversos sectores industriales. No obstante, las dificultades jurídicas de la redacción de los subcontratos no parecen representar una limitación de esta práctica¹⁷. La razón fundamental quizá estriben en el hecho de que los principales elementos que se incluyen en un subcontrato son muy corrientes en el comercio internacional: la definición del tipo y de la calidad de los productos, un calendario de entregas, en el que se establecen el precio y la forma de pago y los acuerdos referentes al transporte. La subcontratación entre las partes da a veces origen a un acuerdo de especialización y coproducción, es decir, a un acuerdo en virtud del cual cada una de las partes se especializa en la producción de diferentes componentes de un artículo. Posteriormente una de las partes se encarga de montar los componentes para fabricar el artículo completo o bien dichos componentes se intercambian y cada una de ellas produce el artículo completo. No puede determinarse con exactitud la frecuencia actual de la celebración de contratos de ese tipo entre empresas de países desarrollados y en desarrollo¹⁸.

¹⁵Desde hace varios años, la ONUDI ha prestado atención a ese tipo de transacciones: véase, por ejemplo, *La modernización de las economías a través de la subcontratación* (1974) (ID/129, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.74.II.B.12); e "International subcontracting: an approach to economic and technical co-operation among developing countries" por H.C. Paruthi (1979) (ID/WG.308/3). En 1986 la ONUDI publicará otro estudio, titulado "Small and medium enterprises, some basic development issues", que incluirá un análisis de la subcontratación.

¹⁶Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial entre empresas de países en desarrollo y empresas de países desarrollados: Formas y cuestiones de política general" (Documento de la UNCTAD, 1983, TD/B/C.2/212, capítulo I, B, "Subcontratación internacional", párr. 28). Puede encontrarse un examen detenido de la subcontratación en relación con algunos países en desarrollo en *Industrial subcontracting: a new form of investment* (1980) (Centro de Desarrollo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)).

¹⁷El estudio de la OCDE, que examina la subcontratación internacional en relación con Haití, Marruecos, Túnez, Sri Lanka y los países del Caribe no hace referencia a dificultades jurídicas derivadas de la práctica contractual.

¹⁸Mirando al futuro, es de suponer que las formas contractuales que más probabilidades tienen de adquirir importancia en las relaciones Norte-Sur serán las que actualmente prevalecen entre empresas de países desarrollados, cualesquiera que sean sus sistemas económicos y sociales, es decir, los acuerdos de especialización y coproducción, comercialización, actividades conjuntas de investigación y desarrollo, etc. Esas formas se están materializando de hecho, pero la información fácilmente disponible es tan inadecuada que no puede arriesgarse ninguna opinión sobre su relativa importancia" (capítulo I, C, "Coproducción y especialización" en TD/D/C.2/212, párr. 50; véase la nota 16, *supra*).

18. En consecuencia, de los materiales de que dispone actualmente la secretaría se desprende que de las categorías de contratos de cooperación industrial a los que se reconoce sin reservas tal carácter, quizá fuese conveniente en este momento estudiar el suministro de plantas y cadenas de producción completas con pago del precio con productos fabricados. El examen de esa categoría ofrece además dos ventajas. En primer lugar, podría considerarse una consecuencia lógica del estudio por la Comisión de los contratos de instalaciones industriales. En segundo lugar, se considera que ese tipo de transacción es una forma de comercio de compensación, y, como se sugiere, *infra* (véase la sección C) un examen ulterior de las prácticas comerciales compensatorias podría estar justificado.

19. En consecuencia, las conclusiones del presente estudio de la práctica contractual podrían resumirse de la forma que a continuación se expone. Algunos tipos de contratos de cooperación industrial no parecen tener en la actualidad demasiada importancia en el comercio entre empresas de países desarrollados y en desarrollo. Otros tipos, aunque revisten cierta importancia, no parecen suscitar problemas jurídicos de una magnitud que justifique nuevos trabajos de la Comisión.

20. Al adoptar una decisión en relación con sus trabajos en esa esfera, la Comisión tal vez desee examinar los posibles resultados de su labor. Se indicó (A/CN.9/191) que cabría pensar en la elaboración de condiciones generales que se recomendarían a las partes intervinientes en una categoría determinada de contratos. Las Condiciones Generales de Especialización y Complementación de Producción entre las Organizaciones de los Países Miembros del CAME, aprobadas en 1979 por el Comité Ejecutivo de esa organización constituyen un ejemplo de ese tipo de instrumento. Esas Condiciones Generales incluyen normas detalladas que regulan el tipo de cooperación industrial de que se trata, y reglamentan, entre otras cosas, los derechos y obligaciones de las partes, (capítulo IV), la responsabilidad de las partes (capítulo V), las reclamaciones (capítulo VI), el arbitraje (capítulo IX) y el derecho aplicable al acuerdo (capítulo X).

21. Se sugirió también que los resultados de la labor de la Comisión podrían adoptar la forma de cláusulas modelos en relación con ciertos elementos. Entre éstos podrían figurar la interdependencia de las partes constitutivas de los complejos de cooperación industrial, los efectos de la fuerza mayor, los efectos del cambio de circunstancias, la revisión de los contratos, la extinción y rescisión, el derecho aplicable y la solución de conflictos¹⁹. Esas cláusulas modelos habrían de ir acompañadas de textos aclaratorios, y no es seguro que una única cláusula modelo sobre un elemento determinado resulte idónea para todos los tipos de contratos de cooperación industrial. Tanto la preparación de condiciones generales como la de cláusulas modelos exigirían una cantidad considerable de tiempo y de recursos.

22. Habida cuenta de la situación, se sugiere que lo más oportuno tal vez sea aplazar la labor en esa esfera hasta un momento ulterior en el que se haya establecido con mayor claridad la necesidad de iniciar los trabajos. Podría pedirse a la secretaría que estudie el desarrollo ulterior de los contratos de cooperación industrial en el comercio entre países desarrollados y en desarrollo²⁰, e informe a la Comisión en un futuro período de sesiones en caso de que a su juicio resulte conveniente iniciar trabajos en ese ámbito.

B. Empresas conjuntas

23. En anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y de la Comisión se ha sugerido iniciar trabajos en la esfera de las empresas conjuntas. Se ha sugerido en algunas ocasiones que los trabajos versen sobre la iniciación de la construcción de instalaciones industriales por una empresa conjunta, y, en otras, que aborden las cuestiones generales relativas a los aspectos jurídicos de las empresas conjuntas.

1. Construcción de instalaciones industriales por empresas conjuntas

24. Una empresa conjunta podría definirse como una asociación de dos o más personas para ejecutar un proyecto, la cual implica, en diversa medida, la constitución por las personas asociadas de un fondo financiero común o la dotación de otros recursos comunes, el control y gestión conjuntos de las operaciones, y la distribución entre ellas de los beneficios y pérdidas de la empresa.

25. En lo que respecta a la construcción de instalaciones industriales, la formación de empresas conjuntas responde a una de dos finalidades. En primer lugar, cabe que dos o más empresas formen una empresa conjunta para iniciar, en calidad de contratista, la construcción de instalaciones industriales para un adquirente. Ese proyecto de empresa conjunta se limita, por consiguiente, a la construcción de las instalaciones. Ya se ha indicado que no parecen necesarios trabajos sobre las empresas conjuntas formadas con esa finalidad²¹. En

²⁰Otras organizaciones con una capacidad potencialmente mayor para reunir información sobre prácticas comerciales han advertido también la dificultad de obtener documentación suficiente sobre las prácticas contractuales. "Lo que se dijo en el Capítulo I sobre el estado de la información acerca de la subcontratación se aplica igualmente a otras formas de colaboración: los estudios de casos son raros y en los que existen se han utilizado diferentes metodologías, que con frecuencia hacen prácticamente vanas las generalizaciones y las comparaciones internacionales. Lo que más parece necesitarse en una primera fase es un inventario sistemático de los acuerdos de colaboración tal y como se aplican en cierto número de países seleccionados. Efectuado con arreglo a unos criterios metodológicos uniformes, ese inventario debería proporcionar información básica sobre las principales formas de acuerdos, su aumento, su frecuencia y su distribución por sectores, los resultados que con esos resultados se obtienen en determinados sectores e industrias, y los tipos de entidades participantes. El inventario serviría de base para estudiar a fondo determinadas categorías de acuerdos y para establecer las condiciones que podrían aumentar al máximo sus ventajas para los países en desarrollo." (TD/B/C.2/212, párr. 118; véase la nota 16, *supra*).

²¹Véase el párrafo 16, *supra*.

¹⁹A/CN.9/191, párr. 139.

segundo lugar, la formación de una empresa conjunta por dos o más empresas para la construcción de instalaciones industriales puede incluir la explotación y dirección conjuntas de las instalaciones, la comercialización de los productos fabricados en ellas, y el reparto de los beneficios y pérdidas de la empresa conjunta. Las empresas conjuntas de este tipo suelen ser formadas por una empresa de un país en desarrollo y una empresa de un país desarrollado.

26. Las empresas conjuntas de este último tipo presentan interés porque pretenden satisfacer las necesidades normales de ambas partes respecto de proyectos industriales. El socio del país en desarrollo suele obtener del socio del país desarrollado tecnología, capacidad empresarial y comercialización y capital. Por lo general el socio del país en desarrollo adquiere la propiedad de las instalaciones construidas y el socio del país desarrollado logra acceso al mercado del país en desarrollo, y se beneficia a veces de una reducción de coste y se asegura el suministro de materias primas debido a que la fabricación se lleva a cabo en un país en desarrollo. Una empresa de un país desarrollado puede considerar también la posibilidad de formar una empresa conjunta cuando la inversión directa en un país en desarrollo no es viable o no resulta interesante. El hecho de compartir los riesgos de la empresa incita a cada una de las partes a cumplir diligentemente sus obligaciones.

27. Se ha sugerido que la Guía tendría mayor interés si incluyera (probablemente en un anexo) un examen de los acuerdos contractuales que pueden celebrarse para la construcción de instalaciones industriales en el marco de este tipo de empresas conjuntas. Es posible celebrar distintos tipos de acuerdos contractuales, en función de factores como la capacidad de construcción de los socios, la procedencia del diseño de las instalaciones, las normas reglamentarias imperativas aplicables en el país en el que se han de construir las instalaciones, y la diversa capacidad de los socios de la empresa conjunta para facilitar el material y equipo necesarios para las instalaciones. Otro factor que podría influir en los acuerdos contractuales es el hecho de que los socios hayan constituido una persona jurídica independiente de la que ambos son accionistas, con el fin de ejecutar el proyecto de la empresa conjunta (supuesto en el que suele denominarse a esta última empresa de capital conjunto), o de que su asociación tenga una base meramente contractual (supuesto en el que suele recibir la denominación de empresa conjunta contractual).

28. Cuando ninguna de las partes tiene capacidad de construcción, habrá que encomendar esta última a uno o a varios terceros. Por lo general, la empresa conjunta como entidad jurídica independiente, si se ha constituido esa persona jurídica, o uno de sus socios celebran los contratos de obras con esas terceras personas. Si el socio del país desarrollado ha facilitado el diseño de las obras, podría convenirle celebrar dichos contratos, con el fin de supervisar más eficazmente la construcción. Las leyes de algunos países en desarrollo exigen que determinadas partes de la construcción (p.ej., la construcción de edificios y la ingeniería civil) se encomienden a

contratistas del país. Una de las partes o ambas pueden facilitar parte del equipo y los suministros, si ello redundaría en un coste inferior al que supondría su obtención de fuentes externas. Si intervienen uno o varios contratistas, los contratos celebrados con los terceros serán del tipo del que se ocupa la Guía (véase el Capítulo II, "Selección de los criterios de contratación")²².

29. En algunos casos, tal vez una de las partes o ambas deseen utilizar la capacidad de construcción con la que cuentan. Concretamente, un socio extranjero que facilita el diseño y la tecnología para las instalaciones podría disponer también de la capacidad necesaria para construirlas. En tales casos la empresa conjunta dotada de personalidad jurídica o el socio del país en desarrollo suelen celebrar un contrato de construcción de las instalaciones con el socio del país desarrollado. Este último podría construir por sus propios medios las instalaciones o bien, sin perjuicio de la responsabilidad que le incumbe respecto de la construcción en su conjunto, construir solamente una parte de ellas y subcontratar la construcción del resto con otras personas. Sin embargo el contrato celebrado con el socio del país desarrollado corresponderá también al tipo descrito en la Guía. Si el socio del país desarrollado ha celebrado el contrato de construcción con la empresa conjunta como entidad jurídica independiente o con el socio del país en desarrollo, una u otro necesitarán cláusulas contractuales de salvaguardia que les garanticen que el socio del país desarrollado llevará a cabo la construcción en el plazo oportuno y sin defectos.

30. Es posible que el contenido de algunas de las condiciones del contrato de construcción celebrado con el socio del país desarrollado se aparte de la práctica comercial habitual por razón de la mutua confianza entre las dos partes contratantes (cabe, p.ej., que se limite al importe de los daños y perjuicios por mora, y se establezca un plazo mayor para subsanar los defectos). Una desviación más importante podría producirse en relación con las condiciones de pago de la construcción. Por ejemplo, cabe que el pago al socio del país desarrollado adopte la forma de asignación de acciones en la empresa conjunta dotada de personalidad jurídica. Sin embargo, la gran mayoría de las cláusulas incluidas en el contrato de construcción, seguirán teniendo el mismo carácter y las mismas funciones que si se tratase de un contrato celebrado con un tercero. En consecuencia, el tratamiento que la Guía da a las cláusulas contractuales seguirá siendo pertinente.

31. Por lo tanto puede concluirse que el actual contenido de la Guía brindará orientación suficiente a un adquirente de un país en desarrollo que inicie la construcción de instalaciones industriales en el marco de un contrato de empresa conjunta, y que la adición de un anexo que trate de la construcción por empresas conjuntas quizá no se justifique.

²²Se hace referencia también a esos acuerdos en el *Manual para la preparación de acuerdos de constitución de empresas mixtas en países en desarrollo* (1971) de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ID/68, publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.71.II.B.23)

2. Cuestiones generales relativas a los aspectos jurídicos de las empresas conjuntas

32. En el anterior estudio del Secretario General (A/CN.9/191) se afirmaba que "las investigaciones de la ONUDI parecen demostrar que es imposible hallar una empresa conjunta que pueda considerarse típica o que sirva como prototipo para otros acuerdos. En vista de esta comprobación y teniendo en cuenta la labor ya realizada, la Comisión quizá desee llegar a la conclusión de que, por el momento, no deben iniciarse trabajos sobre contratos de empresa conjunta"²³. Esa recomendación parece seguir teniendo vigencia²⁴.

C. Comercio de compensación²⁵

33. En su 11.º período de sesiones (1978), la Comisión, en su decisión sobre su nuevo programa de trabajo, asignó prioridad al asunto de la permuta o cambio internacional²⁶. En su 12.º período de sesiones la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General titulado "Permuta o cambio en el comercio internacional"²⁷. La Comisión consideró que las transacciones semejantes a la permuta adoptaban demasiadas formas diferentes para que se prestasen a una reglamentación mediante normas uniformes. Sin embargo, decidió pedir a la secretaría que en los estudios que se estaban realizando con respecto a las prácticas contractuales incluyera el estudio de las cláusulas que tuvieran una importancia especial para las transacciones semejantes a la permuta. La Comisión pidió asimismo a la secretaría que se pusiera en contacto con otros organismos dentro del ámbito de las Naciones Unidas, que realizan estudios sobre estas transacciones y que le

²³El último estudio de la UNCTAD "Aspectos comerciales de los acuerdos de colaboración industrial entre empresas de países en desarrollo y empresas de países desarrollados: formas y cuestiones de política general" (TD/B/C.2/212) (véase la nota 16, *supra*) corrobora esta conclusión. "Las empresas mixtas contractuales comprenden toda una variedad de arreglos especiales o más permanentes, cuyo único denominador común es la participación en las utilidades y en los riesgos" (párr. 81); "Todo indica que la flexibilidad de las empresas conjuntas contractuales, que en función de los socios, admite prácticamente cualquier disposición, hará que este tipo de arreglo sea cada vez más atractivo tanto para las empresas de los países desarrollados como para las de los países en desarrollo" (párr. 83) (el subrayado es nuestro); "Respecto de las empresas de capital mixto, debe quedar muy claro que no hay modelo uniforme, ni siquiera dentro de un mismo sector" (párr. 84).

²⁴Además de las guías y manuales mencionados en A/CN.9/191, la ONUDI ha elaborado desde entonces unas "Guidelines for the establishment of industrial joint ventures in developing countries" (1982) (UNIDO/IS.361). El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano, en su período de sesiones correspondiente a 1986, celebrado en Arusha, Tanzania, decidió llevar a cabo un examen detenido de las empresas conjuntas.

²⁵En diversos informes presentados a la Comisión, se ha aludido al tema bajo los epígrafes "permuta o intercambio internacional", o "permuta y transacciones semejantes a la permuta". En la actualidad la expresión "comercio de compensación", se ha generalizado en el uso internacional.

²⁶Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 11.º período de sesiones (1978), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/33/17)*, párrs. 67 a 69.

²⁷A/CN.9/159.

informara acerca de la labor que llevaban a cabo dichos organismos²⁸.

34. En su 17.º período de sesiones (1984) la Comisión tuvo ante sí un informe del Secretario General sobre las actividades de otras organizaciones internacionales relativas a las transacciones semejantes a la permuta²⁹. Varias delegaciones indicaron que concedían gran importancia al tema y que sería útil su ulterior examen. Se decidió que, a la luz del informe sobre las novedades en esa esfera que la secretaría había de presentar en un futuro período de sesiones, la Comisión considerara si debía tomar medidas concretas al respecto³⁰.

35. No existe una definición generalmente aceptada del comercio de compensación. Sin embargo, los tipos de transacciones que a continuación se indican suelen considerarse formas del comercio de compensación aunque la terminología utilizada para describir las transacciones no goce de aceptación universal.

a) *Compensación*: es transacción en la que hay un intercambio directo de productos entre las partes. Cabe que los productos tengan un valor aproximadamente equivalente, y que ninguna de las partes que intervienen en ella abone ninguna cantidad. Se suele denominar a ese tipo de transacción permuta o compensación plena. En algunos casos, los productos que ha de suministrar cada una de las partes no tienen un valor equivalente, y la parte que suministra productos de inferior valor compensa la diferencia mediante pago en dinero. Se denomina a veces a esa transacción compensación parcial. La transacción compensatoria opera por lo general en un solo contrato. En la compensación pueden intervenir a veces más de dos partes. Por ejemplo, pueden celebrarse dos contratos interrelacionados en virtud de los cuales A, en el país X, debe suministrar productos a B, en el país Y, y a su vez C, en el país Y, se obliga a suministrar productos a D, en el país X.

b) *Adquisición en régimen de compensación*: transacción entre dos partes a tenor de la cual la primera acepta comprar productos de un valor determinado a la segunda y a su vez ésta acepta adquirir a la primera en compensación productos por un determinado valor. A primera vista los dos contratos suelen parecer independientes, pues la interdependencia de ambas compras se establece y define en un tercer acuerdo entre las partes (que recibe frecuentemente el nombre de protocolo). El pago de cada una de las transacciones se efectúa en efectivo. Uno de los principales objetivos de ese tipo de transacciones es equilibrar los gastos en moneda convertible de las partes. Por lo general se establece que la persona obligada puede cumplir su obligación de

²⁸Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 12.º período de sesiones (1979), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo cuarto período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/34/17)*, párrs. 21 y 22.

²⁹A/CN.9/253.

³⁰Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 17.º período de sesiones (1984), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo noveno período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/39/17)*, párr. 132.

efectuar la compra de compensación gestionando para que sea un tercero el que realice la adquisición. Si el valor de la compra de compensación es inferior al de la primera adquisición, la diferencia se salda mediante el abono en numerario.

c) *Contrato de retrocompra*: transacción por la que una parte suministra a la otra la planta y las cadenas de producción, las cuales habían de pagarse con productos obtenidos en la explotación de la planta. La transacción suele traducirse en un único contrato a largo plazo.

36. Las negociaciones de acuerdos de comercio compensatorio versan a veces sobre transacciones de otro tipo. Algunas veces dos países concertan un acuerdo intergubernamental de compensación a tenor del cual los productos suministrados por cada uno de ellos al otro no se pagan, sino que se valoran en una unidad de cuenta previamente fijada. Al llegar un momento convenido se determina el saldo de los valores respectivos de los suministros, cuyo abono corresponde al país que resulte deudor. Ese sistema recibe a veces la denominación de comercio compensatorio en virtud de acuerdos de compensación. En algunos casos el país que resulta acreedor o deudor en el momento de hacerse el balance está facultado de forma no oficial a recurrir a un tercero para que enjague el saldo. El tercero comprará bienes al país deudor y remitirá su importe al país acreedor. Ese tipo de transacciones recibe a veces la denominación de comercio entre dos países valiéndose de un tercero.

37. Las opiniones acerca del porcentaje del comercio internacional basado en el comercio de compensación difieren ampliamente. Sin embargo, puede inferirse que el número de países en desarrollo que intervienen en operaciones comerciales de compensación con países en desarrollo ha aumentado durante los últimos años³¹. En lo que respecta a los países en desarrollo, ese incremento se debe a varios motivos: la escasez de monedas convertibles para financiar las importaciones con los procedimientos tradicionales, el deseo de vender productos no tradicionales utilizando la capacidad de comercialización del socio de un país desarrollado mediante la elección de esos productos como artículos que deben ser objeto de comercio compensatorio, la conciencia de que ese tipo de comercio es un medio de conseguir un mercado seguro y a largo plazo para productos básicos primarios elegidos como objeto de las transacciones comerciales compensatorias, y el deseo de obtener ventajas en la competencia con otros proveedores mediante la exigencia de que se acepte el producto de que se trata en pago de determinadas importaciones. A

³¹Véase *Countertrade. Developing country practices* (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), París, 1985); *Primary commodities: countertrade and co-operation among developing countries* (Centro de Investigaciones para la cooperación con los países en desarrollo, Yugoslavia, 1984); *North/South Countertrade. Barter and reciprocal trade with developing countries*, por Stephen F. Jones. (The Economist Intelligence Unit, 1984); "International Workshop on Countertrade" (véase la nota 9, *supra*). La secretaria de la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP) ha indicado que está investigando formas de ampliar el comercio, como la utilización de los aspectos positivos del comercio compensatorio y otros acuerdos de compensación (E/ESCAP/TRADE/MMT/L.1 de 14 de marzo de 1986).

las empresas de los países desarrollados les suele incitar a participar en el comercio de compensación el hecho de que sólo les es posible exportar determinados artículos si se conviene su pago en productos de compensación. Además, cuando la competencia para conseguir un contrato que presente especiales ventajas es intensa, cabe que una empresa se avenga a concertar operaciones de comercio compensatorias para lograr una ventaja competitiva. Parece también que existe un cierto volumen de operaciones de comercio compensatorio entre países en desarrollo.

38. El incremento de las actividades comerciales de compensación ha dado origen asimismo a nuevas tendencias en los planos institucional, comercial y jurídico. En algunos países desarrollados tanto los gobiernos como el sector mercantil privado han creado instituciones que, si bien no intervienen en el comercio de compensación, orientan e informan a los que se proponen concertar transacciones de este tipo. En algunos casos, las instituciones no se limitan a brindar información y orientación, sino que ayudan a las empresas a concertar operaciones comerciales de compensación (p.ej., buscando compradores para productos ofrecidos en régimen de comercio compensatorio)³². Además, han surgido entidades comerciales intermediarias con intereses y conocimientos técnicos especiales en el comercio de compensación, que se brindan a encontrar compradores para productos ofrecidos en régimen de comercio compensatorio, a prestar asesoramiento sobre cuestiones de financiación, y a facilitar así la concertación de transacciones comerciales de compensación. En algunos países en desarrollo, se ha producido una cierta intervención del gobierno en la esfera del comercio de compensación (p. ej., mediante normas que establecen que determinados tipos de importaciones sólo pueden pagarse con productos entregados en compensación, o que prohíben la oferta de determinados productos en ese régimen, o mediante instrucciones administrativas dirigidas a los organismos comerciales estatales para que sondeen la posibilidad de concertar operaciones comerciales de compensación al negociar determinados tipos de contratos).

39. En lo que respecta a las organizaciones internacionales, la Comisión Económica para Europa (CEPE) ha continuado sus trabajos sobre el comercio de compensación³³. La secretaria de la CEPE, en el curso de su labor, ha propuesto al grupo de expertos sobre contratos internacionales habituales en la industria que prepare una guía para la redacción de contratos de transacciones de compensación en el comercio Este-

³²"Short-term compensation transactions in East-West trade. Institutional measures designed to assist exporters with countertrade obligations in some countries of the ECE region" (1985) (TRADE/R.499/Add.1).

³³Desde la fecha del estudio de las actividades de otras organizaciones que figura en A/CN.9/253 (véase la nota 29 *supra*), la secretaria de la CEPE ha preparado los siguientes estudios: "Short-term compensation transactions in East-West trade" (1985) (TRADE/R.499); "Institutional measures designed to assist exporters with countertrade obligations in some countries of the ECE region" (1985) (TRADE/R.499/Add.1); "Contractual features of countertrade transactions in East-West trade" (1985) (TRADE/GE.1/R.33/Add.1).

Oeste³⁴. Se indicó que la guía podría contener esencialmente los siguientes elementos:

a) Un catálogo exhaustivo de los tipos de contratos y de cláusulas contractuales utilizados en diversas modalidades de transacciones de compensación.

b) Una indicación de las cláusulas contractuales en las que se establece el "modo óptimo de proceder" empleadas para evitar o solucionar los problemas que pueden surgir en el comercio de compensación.

c) Una guía de las disposiciones, sustantivas y procesales, que la experiencia internacional aconseja incluir en los contratos de compensación, diferenciadas en función del tipo a que pertenezcan.

El grupo de expertos aplazó una decisión sobre esa propuesta hasta su 28.º período de sesiones (21-23 julio 1986), y se pidió a la secretaría de la CEPE que preparará una nueva nota sobre los aspectos jurídicos de las transacciones de compensación³⁵.

40. En su anterior informe, la secretaría de la CNUDMI manifestó la opinión de que la mayoría de los estudios sobre la cuestión parecían indicar que los problemas derivados de esas transacciones tenían una naturaleza económica y financiera mucho más que jurídica. Sin embargo el informe identificó algunas cláusulas contractuales que requieren una redacción cuidadosa para dotar de eficacia mercantil a la transacción y evitar controversias entre las partes. Se trata de las cláusulas que determinan la naturaleza, la calidad y los precios de los productos ofrecidos en compensación, las que autorizan la cesión de las obligaciones contraídas en el comercio de compensación, las cláusulas penales para caso de incumplimiento de una de las partes, y los acuerdos que definen la naturaleza de la interdependencia entre las obligaciones de ambas partes en ese tipo de operaciones. En las actividades realizadas por la CEPE se ha prestado atención a otras importantes cláusulas contractuales que se incluyen en las transacciones comerciales de compensación: las que establecen sistemas de revisión de precios cuando las entregas han de realizarse a lo largo de un período prolongado, las que confieren al exportador inicial el derecho a cumplir las obligaciones contraídas en el comercio de compensación mediante la adquisición por una persona que no sea parte en el contrato de exportación, las que establecen restricciones respecto de los mercados en los que pueden venderse los productos adquiridos en compensación, las que establecen plazos de cumplimiento de las obligaciones originadas en el comercio de compensación, las que estipulan las condiciones de pago, las que regulan los medios de prueba del cumplimiento de las obligaciones de comercio compensatorio (p.ej. cartas de liberación), las que establecen la prestación por alguna de las partes de garantías de cumplimiento, y las cláusulas de

extinción. Se hizo referencia también a otras cláusulas, como las cláusulas de excepción, las de elección del derecho aplicable y las que regulan la solución de controversias.

41. Las principales fuentes de información de que dispone actualmente la secretaría consisten en trabajos publicados³⁶. A la vista de ese material es difícil conocer con certeza el grado de utilidad de una labor sobre los aspectos jurídicos, o determinar la forma más útil que podría adoptar esa labor. Avala la conveniencia de iniciar trabajos en ese ámbito el hecho de que a juicio de algunos círculos bien informados, entre las propias empresas que intervienen en el comercio Este-Oeste, en el que el comercio de compensación es una práctica habitual desde hace varios años, se deja sentir la necesidad de un estudio y análisis de la práctica contractual y de los aspectos jurídicos. Esa necesidad sería mucho mayor entre los países en desarrollo. En contrapartida, podría señalarse que muchas de las cláusulas a las que antes se ha hecho referencia se utilizan habitualmente en las transacciones internacionales, y posiblemente, su redacción al concertar una transacción de comercio compensatorio no presente dificultades demasiado graves. Por otra parte, no parece que en el comercio de compensación Norte-Sur se encuentren estructuras contractuales o aspectos jurídicos distintos de los que se dan en el comercio de compensación Este-Oeste. La información y los análisis sobre el comercio Este-Oeste acumulados a lo largo de los años podrían ser útiles a las empresas que participan en el comercio Norte-Sur. Sin embargo, no es posible determinar con exactitud, la medida en que esa información y esos análisis están al alcance de los países en desarrollo. En conjunto, parece probable que la labor de la Comisión sobre diversos aspectos jurídicos que se plantean en relación con los convenios comerciales de compensación sería útil para los países en desarrollo.

42. Si la Comisión opina que podrían iniciarse trabajos sobre el comercio de compensación, tal vez desee como primera medida pedir a la secretaría que inicie un estudio de las disposiciones contractuales que figuran en los acuerdos de comercio de compensación y de las dificultades jurídicas que se plantean en relación con esas disposiciones. Ese estudio tendría como objetivo especial la determinación de las dificultades jurídicas con los que se enfrentan los países en desarrollo que intervienen en el comercio de compensación y las formas posibles de aminorar esas dificultades. Dada la ausencia

³⁴"Proposal for a guide on the drafting of compensation contracts in east-west trade" (1985) (TRADE/GE.1/R.33). La propuesta se formuló en el 27.º período de sesiones del grupo, celebrado en Ginebra del 9 al 11 de diciembre de 1985.

³⁵Informe del 27.º período de sesiones (TRADE/GE.1/67, párr. 16). La nueva nota figura en el documento TRADE/GE.1/R.34.

³⁶No resulta fácil clasificar los trabajos publicados sobre comercio de compensación en obras que se ocupan de cuestiones comerciales y obras que tratan de problemas jurídicos. La secretaría ha encontrado un número muy reducido de artículos sobre el comercio de compensación en publicaciones jurídicas. Hay una gran cantidad de artículos y notas en periódicos comerciales publicados en América del Norte, Europa Occidental y Europa Oriental. Es probable que en los países en desarrollo no sea fácil disponer de muchos de esos trabajos. Los documentos de la CEPE podrían ser más fáciles de obtener, pero su evidente orientación hacia el comercio Este-Oeste podría inducir a los lectores de países en desarrollo a prescindir de su estudio. El informe del "International Workshop on Countertrade" (véase la nota 9 *supra*) afirma que la escasez de información sobre las prácticas y las normas de comercio de compensación en los países en desarrollo constituye un problema que se deja sentir ampliamente.

de información sobre el comercio de compensación y de análisis de ese tipo de operaciones en los países en desarrollo, es probable que el estudio fuese en sí mismo de gran utilidad. La labor ulterior podría consistir en preparar una guía jurídica o redactar una ley modelo, en caso de que se desprendiera del estudio que una labor de ese tipo era viable y útil.

43. La labor que se propone en el párrafo anterior es muy similar a la que la secretaría de la CEPE propuso realizar al Grupo de Expertos sobre los Contratos Internacionales Habitados en la Industria (véase el párrafo 39, *supra*) respecto del comercio de compensación Este-Oeste. Si en su 28.º período de sesiones (21-23 julio 1986) el citado grupo de expertos asume la labor que se le propone, pueden mantenerse consultas entre las secretarías con vistas a establecer una cooperación. Sería asimismo necesaria la colaboración con otras organizaciones internacionales interesadas³⁷ y con organizaciones comerciales que intervienen en el comercio de compensación.

D. Adquisiciones

1. Introducción

44. El término "adquisición" no tiene un significado aceptado universalmente. Se considera a veces parte de un proceso más amplio conocido con el nombre de gerencia de suministros³⁸. Suele emplearse para designar procedimientos de adquisición de bienes y servicios a escala comercial por gobiernos, entidades públicas o empresas privadas, y algunas veces incluye actividades realizadas con posterioridad a la celebración de un contrato. Se ha aseverado, por ejemplo, que el ámbito funcional de las adquisiciones comprende:

"a) La especificación del tipo y cantidad de bienes y servicios que han de adquirirse;

"b) La investigación del mercado de suministros y los contactos con posibles proveedores;

"c) El paso del pedido o contrato, incluida la negociación de condiciones;

"d) La supervisión de la entrega y de la ejecución del contrato;

"e) La adopción de las medidas necesarias en caso de inexecución del contrato;

"f) El pago; y

³⁷El Centro Internacional para Empresas Públicas de Países en Desarrollo de Liubliana, Yugoslavia, ha informado a la secretaría de que está examinando el proyecto de un estudio sobre las prácticas contractuales, que dedicaría especial atención a las transacciones de retrocompra. La ONUDI ha preparado también un estudio sobre los aspectos económicos de la retrocompra, "Buy-back financing of international sales of factories" (1979) (UNIDO/EX.99).

³⁸Véase *Supply Management. Towards better use of equipment and material resources in developing countries* (1978) (ST/ESA/SER.E/16, publicaciones de las Naciones Unidas, núm. de venta: 78.II.H.5). Esa publicación considera que la gerencia de suministros abarca la política y la planificación de suministros; la planificación y normalización de las adquisiciones; las compras; el control de las existencias; la administración de envíos y piezas; las operaciones de almacenamiento, distribución y conservación; y la utilización y eliminación.

"g) La solución de controversias"³⁹.

45. Sin embargo, por lo general, el término "adquisición" se utiliza en una acepción que comprende únicamente los puntos a), b), y c) *supra*, y el presente estudio examina la adquisición en esa acepción estricta. Desde el punto de vista jurídico tradicional, el ámbito examinado es el de la formación del contrato. En anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional se ha sugerido la iniciación de trabajos en esa esfera.

2. Criterios en relación con la adquisición

46. La adquisición internacional de bienes y servicios es parte esencial de la mayoría de los proyectos de desarrollo industrial emprendidos por los países en desarrollo. Un procedimiento de adquisición eficaz que dé lugar a la elección del proveedor económicamente más sólido tiene una importancia decisiva para el éxito de un proyecto. A propósito de la construcción de instalaciones industriales se ha solido emitir el parecer de que seleccionar al proveedor idóneo es tan importante como elaborar un contrato de obras eficaz, pues esa elección aminora mucho la posibilidad de que en la ejecución del proyecto surjan dificultades que provoquen conflictos jurídicos entre las partes.

47. Debido a su importancia, se ha examinado con frecuencia la adquisición desde perspectivas diferentes, pero que a veces se superponen. Muchos proyectos de desarrollo industrial en países en desarrollo los financian organismos internacionales de crédito, el principal de los cuales es el Banco Mundial. Esos organismos desean cerciorarse de que la adquisición realizada con el dinero que prestan se ajusta a determinados criterios de política previstos en directrices al efecto publicadas por los diversos organismos⁴⁰ y tales criterios de política se consignan también en los contratos de préstamo celebrados entre organismos y prestatarios.

48. Los objetivos de política de muchos organismos son los siguientes: garantizar la economía y eficacia del proceso de adquisición; dar al mayor número posible de proveedores la posibilidad de competir en condiciones de igualdad en el suministro de los bienes y servicios

³⁹Gösta Westring, *Adquisición de Bienes y Servicios en el Mercado Internacional. Manual de Formación Profesional* (1985) (Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT; UNITAR; Banco Mundial), Parte A.1.1.

⁴⁰Véanse por ejemplo *Guidelines for procurement under International Bank for Reconstruction and Development (IBRD) loans and International Development Agency (IDA) credits* (AIF, 1984); *Guidelines for procurement of goods and constructions services under Inter-American Development Bank (IDB) loans* (IBD, 1982); *Guidelines for procurement under Asian Development Bank (ADB) loans* (BASD) (1981); *Guidelines for procurement under loans extended by the Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC) Fund for International Development* (Fondo de la Organización de Países Exportadores de Petróleo para el Desarrollo Internacional) (1982); *Rules of procedure for the procurement of goods and services by borrowers from the African Development Fund (AFDI)* (1976); *Guidelines for the borrower on procurement of goods and services and technical reporting requirements of the Saudi Fund for Development* (1979). El Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial han publicado también *Procurement of goods, Sample bidding documents* (1983) y *Procurement of works, Sample bidding documents* (1985).

necesarios; y fomentar, en su calidad de instituciones de desarrollo, el aumento del número de proveedores del país del prestatario. Algunos organismos establecen que, en determinados supuestos, los bienes y servicios que es necesario adquirir deben ser facilitados por países miembros de dichos organismos, o adquiridos en ellos. Esas políticas se reflejan en los sistemas de adquisición exigidos por los organismos. Concretamente, casi todos ellos imponen como procedimiento de adquisición la licitación libre internacional.

49. En la ronda de Tokio de negociaciones comerciales multilaterales entabladas en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) se examinó también la cuestión de la adquisición internacional por organismos públicos. En sus deliberaciones, se reconoció "la necesidad de establecer un marco internacional convenido de derechos y obligaciones con respecto a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a las compras del sector público, con miras a conseguir la liberación y la expansión cada vez mayor del comercio mundial y a mejorar el marco internacional en que éste se desarrolla"⁴¹. Los debates condujeron a la adopción del "Acuerdo sobre compras del sector público" del GATT (en lo sucesivo denominado "el Acuerdo"). El Acuerdo se aplica a las compras de productos, pero también a la adquisición de servicios inherentes al suministro de los productos si el valor de aquéllos no excede del de éstos. Sin embargo, el Acuerdo no se aplica a la contratación de servicios propiamente dicha, y para que sea aplicable a un contrato de compra es necesario que los bienes y servicios que hay que adquirir tengan un valor igual o superior a 150.000 DEG⁴². Uno de los principales objetivos del Acuerdo es la no discriminación por un gobierno que sea parte en él contra los productos o los proveedores de cualquier otra parte en el Acuerdo⁴³, y otro es la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a las compras de productos del sector público. El Acuerdo establece también que en su aplicación y administración, las partes tendrán en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, e incorpora varias disposiciones encaminadas a ese fin⁴⁴. El Acuerdo propicia una competencia internacional de efectividad óptima en el procedimiento de las licitaciones, y contiene reglas detalladas a las que ha de ajustarse ese procedimiento⁴⁵.

50. La Comunidad Económica Europea (CEE) examinó la adquisición desde el punto de vista de la integración económica de los países de la Comunidad, y afirmó que el libre movimiento de bienes y servicios entre los Estados miembros de la Comunidad Europea es uno de los principios fundamentales del Tratado de

Roma, constitutivo de la Comunidad, por lo que debe garantizarse también la misma libertad de movimiento a los suministros públicos, aunque su administración esté sujeta a procedimientos especiales. Es esencial por lo tanto coordinar esos procedimientos y dotarles de "transparencia" para garantizar la plena información y la igualdad de trato de los proveedores en la licitación de esos contratos, lo que contribuirá asimismo a eliminar barreras de la libertad de movimiento como la exclusión de licitadores extranjeros, y a fomentar una auténtica competencia en Europa⁴⁶.

51. En muchos países, incluidos algunos países en desarrollo, existe una legislación reguladora de las compras del sector público. Esa legislación responde a una pluralidad de propósitos, entre ellos el de conseguir una amplia gama de proveedores, la imparcialidad en el proceso de selección, la conformidad con otras leyes y reglamentos administrativos (p.e., los que regulan los gastos en divisas o los aspectos de contabilidad financiera), y el de otorgar un trato preferente a los licitadores nacionales.

3. *Carácter de la legislación sobre adquisiciones*

52. Los textos de las leyes y reglamentos relativos a la adquisición reflejan una pluralidad de opciones de política. La norma a tenor de la cual las adquisiciones, salvo circunstancias excepcionales, deben basarse en una licitación abierta a la competencia internacional refleja la política de que la existencia de una gama lo más amplia posible de proveedores redunde en beneficio de la entidad adquirente. La exigencia de que la publicidad de las convocatorias de licitación sea de carácter general y dé a todos los posibles lectores del anuncio un plazo aproximadamente igual para presentar ofertas responde al deseo de brindar iguales oportunidades a los licitadores. El requisito de que se dé cierto margen de preferencia a los licitadores del país de la entidad adquirente denota una política de fomento de la industria local. La norma que establece la apertura pública de las ofertas obedece a la política de que la publicidad protege contra las prácticas desleales en la adjudicación de los concursos. Los aspectos políticos presentes, son múltiples y a veces, en el marco de los más importantes, es posible distinguir lo que podríamos denominar subaspectos. Conforme a una opinión, una vez que se han presentado ofertas en el marco de convocatorias internacionales de licitación en las que se establecen los criterios de adjudicación, no debería entablarse ningún tipo de negociaciones con los licitadores después de la apertura de las ofertas, y por consiguiente el contrato debería adjudicarse al licitador

⁴¹Preámbulo del Acuerdo sobre compras del sector público, Ginebra, 12 de abril de 1979.

⁴²Apartado a) del párrafo 1 del artículo 1.

⁴³El Acuerdo no es aplicable a todas las compras del sector público, sino sólo a las realizadas por un organismo público incluido por el gobierno interesado en la lista que figura en el anexo del Acuerdo.

⁴⁴Artículo III.

⁴⁵Artículo V.

⁴⁶*Public supply contracts in the European Community*, sección 2 (Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 1982). La directiva del Consejo de 26 de julio de 1971 sobre la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de contratos del sector público (*Official Journal of the European Communities*, 1971 (11) y la directriz del Consejo de 21 de diciembre de 1976 en la que se coordinan los procedimientos para la adjudicación de contratos de suministros públicos (*Official Journal of the European Communities*, No. 20, No. L13) han aplicado los criterios de política expuestos. Tanto la CEE como sus Estados miembros son partes en el Acuerdo del GATT.

que hubiera presentado la oferta con menor coste conforme a los criterios establecidos. Desde otro punto de vista, es admisible la celebración de negociaciones después de la apertura de los pliegos de oferta, por cuenta de las negociaciones con licitadores idóneos puede derivarse la oferta a la entidad adquirente de condiciones aún más favorables.

53. Las leyes y reglamentos relativos a la adquisición reflejan también su naturaleza fundamentalmente procesal, e incorporan normas necesarias para el desarrollo ordinario de los procedimientos de adquisición. Contienen, por ejemplo, reglas sobre la forma en que hay que presentar las ofertas, el número de copias de las ofertas que deben presentarse, el momento de apertura de los pliegos de ofertas, y el procedimiento que debe seguirse para realizar la apertura. El contenido político de esas reglas es escaso. En cambio, otras reglas de procedimiento podrían responder al interés general por la eficacia o claridad del proceso de adquisición; por ejemplo la norma en virtud de la cual, una vez abiertos los pliegos de oferta, cada página de ellos debe ser rubricada por la autoridad que procedió a su apertura con el fin de evitar cualquier manipulación posterior.

54. Las leyes y los reglamentos relativos a la adquisición regulan aspectos concretos de los procedimientos de adquisición, pero éstos tienen vigencia a su vez en el marco de un sistema jurídico aplicable, que será, por lo general, el sistema jurídico del país de la entidad adquirente. Ese sistema jurídico podría imponer obligaciones de buena fe en el curso de las negociaciones, o determinar hasta qué punto es posible la revocación o modificación de las ofertas, o el momento de celebración de un contrato entre el licitador y la entidad adquirente.

55. El análisis de las normas jurídicas que regulan la adquisición en algunos países en desarrollo seleccionados pone de manifiesto un panorama muy diverso. Algunos países cuentan con normas relativas a la adquisición que han formado tradicionalmente parte del sistema jurídico vigente en ese país, en tanto que en otros ese tipo de normas constituyen una reciente innovación. En algunos países la legislación contiene disposiciones detalladas sobre gran número de aspectos procesales; en otros se ocupa únicamente de algunos elementos de los procedimientos de licitación y deja un amplio margen a la entidad adquirente en relación con la forma de aplicar los procedimientos, en tanto que otros países parecen carecer de legislación al respecto. En estos últimos el procedimiento de adquisición se establece en cada caso concreto cuando surge cada una de las situaciones que hacen necesaria la adquisición de bienes o servicios. En muchos países los contratos de gran importancia se adjudican tradicionalmente mediante licitación en régimen de competencia, pero en otros se prefiere adjudicarlos bien mediante negociación únicamente o bien mediante una conjunción de licitación y negociación. La impresión general que puede obtenerse es la de que las normas y prácticas de adquisición están integradas por reglas que forman parte del legado de la tradición jurídica y por los elementos normalmente incorporados en los procedimientos de licitación en

régimen de competencia⁴⁷. Hasta el momento son muy pocos los países en desarrollo que han aceptado el Acuerdo⁴⁸.

4. *Labor que puede llevarse a cabo*

56. Dada la importancia que tiene ese tema para los países en desarrollo, se sugiere que la Comisión inicie trabajos en relación con la adquisición. Su labor podría abarcar dos etapas. En la primera podría realizarse un estudio de las cuestiones más importantes que se plantean en la esfera de la adquisición. Sería necesario examinar, entre otras cuestiones principales, la selección de procedimientos de adquisición por una entidad adquirente, los documentos que es necesario preparar para aplicar un procedimiento concreto, las cuestiones relativas a la presentación de ofertas (incluidas las obligaciones de las partes una vez presentada una oferta), los aspectos jurídicos relativos a la evaluación de las ofertas, y la celebración de un contrato basado en una adjudicación. En el examen de esas cuestiones, el estudio podría incluir descripciones de los procedimientos habitualmente empleados, formular criterios de política favorables o contrarios a procedimientos concretos, y en la medida de lo posible, describir el tratamiento que dan a esas cuestiones las normas y prácticas de adquisición de los países en desarrollo. Ese estudio sería útil para informar a los gobiernos y a las entidades del sector público de las consideraciones políticas pertinentes, y les permitiría reevaluar la idoneidad de sus normas y prácticas.

57. Respecto de los sectores de la adquisición que es necesario abordar, el estudio podría centrarse en la adquisición de diversos tipos de instalaciones y proyectos de infraestructura industriales y de servicios públicos, como los de puertos y hospitales. Tal interés especial lo justificaría la importancia que ese tipo de proyectos tiene para los países en desarrollo. Debería encomendarse a la secretaría que investigara si sería posible abordar también de forma adecuada en el estudio el tema de la adquisición que tenga por objeto exclusivamente bienes.

58. En una segunda etapa de los trabajos, y en función de la intensidad de la necesidad que haya podido desprenderse de ese estudio, la labor de la Comisión podría llevar a la proporción de normas reguladoras de la adquisición. Esas normas podrían servir de modelos a los gobiernos, las entidades del sector público y las empresas privadas de los países en desarrollo para establecer reglas adaptadas a sus necesidades.

59. La secretaría ha iniciado ya algunas investigaciones en la esfera de la adquisición con el fin de redactar el capítulo de la Guía que trata de la celebración de un contrato de obras⁴⁹. A juicio de la secretaría, no sería

⁴⁷Una autoridad ha señalado que ha resultado difícil encontrar estudios actualizados sobre los procedimientos que aplican los países en desarrollo para las adquisiciones (Westring, sección A.2.3.2 (véase la nota 39, *supra*)).

⁴⁸Cabe recordar que en todo caso el Acuerdo es aplicable únicamente a la adquisición de productos y a la de servicios inherentes al suministro de productos.

⁴⁹Capítulo III, "Procedimientos de celebración del contrato".

conveniente ampliar el alcance de dicho capítulo para incluir en él un estudio del tipo que se describe en el párrafo anterior. El estudio que se ha descrito antes tendría un enfoque diferente del adoptado en un proyecto de capítulo de la Guía, pues la finalidad fundamental de éste consiste en servir de orientación a un adquirente de instalaciones industriales en relación con la redacción. Además sería necesaria una ampliación del proyecto concreto de capítulo de tal envergadura que provocaría un desequilibrio entre dicho proyecto y los demás. Por otra parte, la necesidad de investigaciones ulteriores sobre la adquisición para alcanzar los objetivos que se fijan en el párrafo anterior retrasaría la terminación de la Guía. Sin embargo cabe señalar que el hecho de que la secretaría haya acopiado ya documentos sobre la adquisición con motivo de la labor realizada en relación con la Guía le permite emprender trabajos sobre esa cuestión inmediatamente después de terminar su labor referente a aquélla.

II. Conclusiones sobre la labor futura

60. Es posible resumir las conclusiones a que se ha llegado en la presente nota en relación con la labor futura en el ámbito del Nuevo Orden Económico Internacional de la forma que a continuación se indica. En lo que atañe a los contratos de cooperación industrial (sección A, *supra*), se propone un aplazamiento de la

iniciación de los trabajos hasta que su necesidad se establezca con mayor claridad (párrafos 18 a 21, *supra*). En cuanto a las empresas conjuntas (sección B, *supra*), se indica que en los casos en los que una empresa de un país en desarrollo haya formado una empresa conjunta con una empresa de un país desarrollado entre cuyos objetivos esté la construcción de instalaciones industriales, la Guía proporcionará una orientación suficiente a la empresa del país en desarrollo (párrafos 27 a 30, *supra*). Acerca de las cuestiones generales relativas a los aspectos jurídicos de las empresas conjuntas, se señala que los tipos de contratos de empresa conjunta son muy diferentes y que, por consiguiente, es difícil concebir trabajos que la Comisión pueda emprender provechosamente en esa esfera (párrafo 31, *supra*).

61. Se advierte que en la actualidad el comercio de compensación (sección C, *supra*) representa una proporción cada vez mayor del comercio de gran número de países en desarrollo, y se sugiere que podría emprenderse una labor encaminada a determinar y solucionar las dificultades jurídicas que experimentan en esa esfera los países en desarrollo (párrafo 41, *supra*). Se señala también que el sector de la adquisición (sección D, *supra*) es un ámbito de gran importancia para los países en desarrollo, y que podría resultar útil estudiar las principales cuestiones que plantea. Ese estudio podría complementarse en una etapa posterior mediante la preparación de normas modelos que regulen la adquisición (párrafos 55 a 58, *supra*).