



NACIONES UNIDAS
CONSEJO
ECONOMICO
Y SOCIAL



Distr.
LIMITADA

E/CEPAL/SEM.3/L.2
19 de marzo de 1982

ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLES

C E P A L

Comisión Económica para América Latina

Seminario sobre Políticas y Negociaciones con
Empresas Transnacionales en el Sector Minero,
auspiciado por el Gobierno de Bolivia, el
Centro de las Naciones Unidas sobre Empresas
Transnacionales y la Unidad Conjunta CEPAL/CET
sobre Empresas Transnacionales

La Paz, Bolivia, 17 al 22 de mayo de 1982

REESTRUCTURACION DE LOS ACUERDOS MINEROS TRANSNACIONALES */

*/ Este documento fue preparado por el señor Samuel K.B. Asante, Asesor Jurídico Principal del Centro de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales. Las opiniones expresadas en este estudio son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

INDICE

	<u>Página</u>
I. Introducción	1
II. El régimen tradicional: Concesiones	4
III. Un nuevo arreglo legal: Empresas mixtas	7
IV. Otras formas contractuales nuevas	27
Observaciones finales	37

I. INTRODUCCION

Dentro de nuestra propia generación no menos de 70 países han alcanzado la independencia política y se han incorporado a la comunidad internacional de naciones. Los países del Tercer Mundo tienen en la actualidad una mayoría preponderante en las Naciones Unidas y otros órganos mundiales, pero es de conocimiento general que el logro de la independencia política y la proliferación de naciones del Tercer Mundo han surtido pocos efectos en la estructura del poder económico mundial. El acceso a los pasillos de las Naciones Unidas y otros órganos internacionales no ha asegurado necesariamente una participación efectiva en la conformación y reestructuración del sistema económico mundial.^{1/} Tras el primer acceso de regocijo por su independencia política, los países en desarrollo han comprendido ahora la escueta realidad de que la soberanía no es sinónimo de autosuficiencia económica o desarrollo y que los países industrializados ricos todavía controlan sustancialmente la producción y distribución de los recursos del mundo. Un análisis de la inversión directa europea en Africa revela que a fines de 1967 las antiguas potencias metropolitanas aún dominaban las inversiones en sus anteriores colonias.^{2/} (En el cuadro 1 figura el porcentaje de las inversiones extranjeras totales en estos países africanos que corresponde a las antiguas potencias imperiales.)

La comprensión de esta realidad se está traduciendo ahora en una embestida resuelta y sostenida contra el orden económico internacional y la hegemonía de los países industrializados sobre dicho sistema. Son muy conocidos los intentos realizados por los países de la OPEP para invertir el sentido de la vieja modalidad de producción y distribución del petróleo mediante medidas colectivas. En los últimos años han resonado en los salones de las Naciones Unidas persistentes exigencias de los países en desarrollo de que se introduzcan arreglos más equitativos en la fijación de precios y el suministro de materias primas básicas, la participación en la tecnología y la distribución de los recursos alimentarios mundiales. En forma más explícita y precisa, los países menos desarrollados han insistido en un precio justo del petróleo, la afirmación incondicional por cada Estado de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales, la imposición de límites a las prácticas monopolísticas u oligopólicas en el sistema económico global, la celebración de acuerdos estables y justos en materia de productos básicos para asegurar un rendimiento justo y confiable de las mercaderías producidas en el Tercer Mundo, una reglamentación más estricta de los contratos de adquisición de tecnología y, lo que es más pertinente a nuestros fines, un control más eficaz sobre las empresas transnacionales y la inversión extranjera. Estos son algunos de los elementos del "nuevo orden económico internacional" proclamado por la Asamblea

^{1/} Véanse los párrafos 1 y 2 de la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, documento de las Naciones Unidas A/RES/3201 (S-VI), 1974.

^{2/} Las corporaciones multinacionales en el desarrollo mundial, pp. 169 y 170 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.73.II.A.11, 1973).

General de las Naciones Unidas 3/ y activamente impulsado en foros internacionales como la UNCTAD, la Comisión de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, el Diálogo Norte-Sur, la Conferencia de los Primeros Ministros de la Commonwealth, etc.

Al pedir el establecimiento de un orden económico internacional más equitativo y el control efectivo de sus respectivos recursos económicos, los países en desarrollo han invocado diversas razones filosóficas, jurídicas y pragmáticas de carácter general tales como la igualdad, las necesidades humanas, el derecho histórico, la rectificación de injusticias pasadas y la necesidad de confianza en los propios medios y de desarrollo económico.^{4/} El debate tiene el tono familiar de la campaña anticolonial que precedió la era de independencia política. En este punto debo apresurarme a hacer una aclaración. El objeto de este documento no es volver a repetir la retórica que ha caracterizado la solicitud de reestructuración del orden económico mundial. Tampoco pretenderé desenredar las complejidades de las desigualdades de las relaciones económicas existentes entre el Norte y el Sur, tarea que dejaré a los expertos económicos competentes. Mi objeto es menos ambicioso: me propongo explayarme sobre algunos aspectos relacionados con el campo más bien limitado de la infraestructura legal de estas relaciones económicas que se revelan en acuerdos mineros transnacionales a fin de demostrar hasta qué grado algunas instituciones, valores y conceptos legales básicos del derecho transnacional tradicional sirven como apuntalamiento fundamental del viejo orden económico internacional. Mi interés en este punto es demostrar que dicho sistema, que ha sido objeto de mucha retórica en las Naciones Unidas y otros foros internacionales, está apoyado por un arsenal formidable y muy complejo de valores y conceptos jurídicos y comerciales que requieren una revisión radical si se desea reestructurar el orden económico internacional para promover las metas de desarrollo del Tercer Mundo. Asimismo, consideraré la medida en que, a este respecto, los arreglos jurídicos revisados han logrado eliminar los incidentes esenciales del viejo orden económico y promover las metas económicas declaradas de los países en desarrollo.

En resumen, se trata de un ejercicio en "particularismo profesional". Es decir, mientras nuestros políticos y diplomáticos vociferan contra las desigualdades del orden económico internacional imperante con la ostentación que capta los titulares de los periódicos, los profesionales como abogados, contadores, economistas, ingenieros y evaluadores deben concentrarse en los aspectos más prosaicos, pero igualmente vitales; deberíamos desenredar todas las consecuencias técnicas de los conceptos jurídicos, contables, financieros o técnicos relacionados generalmente con este sistema a fin de preparar el camino para una reestructuración significativa de las relaciones económicas Norte-Sur.

3/ Resoluciones de los períodos extraordinarios de sesiones 6º y 7º de la Asamblea General, a saber: la Declaración y el Programa de Acción sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, resoluciones 3201 (S-VI) y 3202 (S-VI), 1974; la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, resolución 3281 (XXIX), 1974; y la resolución 3362 (S-VII), 1975, sobre desarrollo y cooperación económica internacional.

4/ Véase O. Schächter, *Sharing the World's Resources* (1977).

Cuadro 1

INVERSIONES EN AFRICA DE LAS ANTIGUAS POTENCIAS COLONIALES

	Antigua colonia	Porcentaje de inversión extranjera	Antigua colonia	Porcentaje de inversión extranjera	
Reino Unido	Swazilandia	96.6	Francia	Niger	95.7
	Malawi	92.7		Rep. Centro-africana	91.8
	Botswana	88.0		Senegal	87.4
	Rhodesia	83.3		Chad	80.4
	Zambia	79.6		Mali	76.9
	Kenya	78.8		Camerún	75.1
	Sudán	74.9		Gabón	73.4
	Ghana	59.1		Argelia	71.7
	Nigeria	53.8		Dahomey	57.0
Bélgica	Zaire	87.8	Italia	Somalia	83.3
	Rwanda	86.8			
	Burundi	84.5			

Fuente: Multinational Corporations in World Development, pp. 182 y 183 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.73.II, A.11, 1973).

Antes de examinar algunos de estos conceptos jurídicos, que he clasificado como conceptos tradicionales, debo decir unas pocas palabras de advertencia. En primer lugar, conceptos que parecen muy inocuos dentro del contexto de un sistema jurídico municipal pueden tener graves consecuencias al ser transplantados a la esfera de las transacciones transnacionales. De este modo, al poner en duda la conveniencia o viabilidad de algunos de estos conceptos en el proceso de inversiones transnacionales, no deberá entenderse que estoy lanzando un ataque general contra estos conceptos tal como actúan dentro de una ley municipal en particular. En segundo lugar, los adherentes de la escuela positivista en Europa y en América suelen referirse a estos conceptos jurídicos como componentes descoloridos o neutrales en valor de un sistema jurídico. Sin embargo, cualquier observador perspicaz que conozca la evolución de estos conceptos y el papel que ha desempeñado en diversas sociedades de Europa y América reconocería que a veces denotan discretos sistemas de valores de un claro sesgo individualista que a menudo son manifiestamente opuestos a las aspiraciones y los objetivos de desarrollo de las nuevas naciones. Por consiguiente, es apropiado que nos recordemos a nosotros mismos que estos conceptos no gozan de la condición de postulados inmutables y universales y que deberían ser sometidos a una rigurosa revaluación a la luz de las estrategias de desarrollo.

II. EL REGIMEN TRADICIONAL: CONCESIONES

En los últimos 100 años muchas compañías norteamericanas y europeas adquirieron cuantiosos derechos de producción respecto de recursos de petróleo, minerales y madera del Tercer Mundo. El clásico marco contractual en el sector extractivo (petróleo, minerales duros, madera, etc.) era la concesión. Con arreglo a la concesión, la empresa transnacional hacía una inversión directa de capital con el propósito de explotar determinado recurso natural. En muchos casos, la concesión equivalía a que las empresas transnacionales prácticamente se arrogaban la soberanía sobre los recursos naturales del país receptor, lo que constituía un ejemplo del viejo orden económico internacional.^{5/} Excluía al gobierno huésped de la participación en la propiedad, el control y la explotación de la empresa. Se concedían a la empresa transnacional derechos exclusivos, amplios y plenarios para explotar el recurso natural determinado y se le aseguraba en efecto la propiedad de ese recurso en el punto de extracción.

En el Africa colonial, este fenómeno tuvo sus propias características peculiares. Varias compañías de países metropolitanos obtuvieron amplias "concesiones" para explotar minerales, madera y otros recursos naturales. En el Africa británica un número considerable de dichas concesiones fue otorgado por las autoridades nativas o los jefes tradicionales con el consentimiento benigno del Gobernador colonial. La participación de los jefes estaba basada en la teoría jurídica de que los minerales pertenecían a las autoridades tradicionales, y la función de las autoridades coloniales debía limitarse estrictamente, conforme a las mejores tradiciones del laissez-faire, a la fiscalización nominal de los arreglos celebrados entre las compañías inglesas y las autoridades nativas. Sir Keith Hancock, el historiador imperial, ha observado acertadamente que el método más seguro para quitar a un pueblo nativo sus tierras y recursos naturales era reconocer su libertad absoluta de enajenación.^{6/} A veces dichas concesiones eran otorgadas por el propio gobernador colonial, pero ya fuera que las concesiones derivaran oficialmente de los jefes o de las autoridades coloniales, presentaban una característica común: eran subterfugios para llevar a cabo una descarada explotación económica. Los derechos de concesión se otorgaban por períodos excesivamente prolongados. La Sierra Leone Selection Trust tenía una concesión de diamantes en Sierra Leona por un plazo de 99 años; la Ashanti Goldfields Corporation de Ghana disponía de un plazo de 90 años; la Consolidated African Selection Trust tenía varias concesiones de diamantes en Ghana cuyos plazos tenían un promedio de 77 años. En Nigeria las concesiones petroleras otorgadas a las compañías eran por 30 ó 40 años, sujetas a renovación;^{7/} en Swazilandia, una concesión de asbestos Havilock se prolongaba hasta 100 años. En todos los casos se otorgaban a estas compañías plenos derechos para extraer todos los minerales, no un mineral solamente, que se hallaran en las zonas de la concesión. Además de los derechos mineros, las compañías disfrutaban de amplios derechos de superficie sobre las zonas de la concesión que difícilmente se podían distinguir de un título de dominio absoluto.

^{5/} D.N. Smith y L. Wells, Jr., Negotiating Third World Mineral Agreements: Promises as Prologue, pp. 27-37 (1975).

^{6/} K. Hancock, Survey of British Commonwealth Affairs, p. 182, citado en S. Asante, Property Law and Social Goals in Ghana, p. 164 (Ghana Universities Press, 1976).

^{7/} Los plazos de las concesiones petroleras en otras regiones variaban de 60 a 75 años. Véase Zakariya, Legal and Institutional Aspects of Petroleum Exploration in Petroleum Co-operation among Developing Countries, documento de las Naciones Unidas ST/ESA/57 (1975), p. 44.

En el Zaire, la Union Minière prácticamente ejercía soberanía sobre la zona de concesión cuprera. No había disposición alguna para la reversión de ninguna parte de las zonas de concesión a las autoridades nativas a título de renuncia y no es necesario que señale que dichas zonas abarcaban vastas extensiones de tierra.

La consideración para estos beneficios económicos exclusivos era evidentemente absurda. En muchos casos las compañías pagaban un alquiler nominal de, por ejemplo, 150 libras esterlinas por toda una concesión, más una o dos botellas de ron. No había regalías en el sentido moderno, es decir, un porcentaje fijo de los ingresos brutos. Lo que se suponía era una regalía -y ésta fue una adición ulterior- era una estipulación para que se pagara un pequeño porcentaje, como 3 a 5% de las utilidades declaradas de las compañías.^{8/} No había ninguna cláusula para renegociar las concesiones, y los arreglos para la participación de las autoridades en la propiedad o la administración del capital eran herejía pura y totalmente inconcebibles. Es cierto que dichas compañías pagaban impuesto sobre la renta, pero demostraban poca inclinación a participar en el desarrollo social de las zonas en que trabajaban. En Ghana, la ciudad de Obuasi se convirtió en una monstruosidad urbana clásica que atendía a las necesidades de una de las minas de oro más ricas del mundo. Se proporcionó poca infraestructura social.

La clasificación tradicional de la relación legal entre las empresas transnacionales y los recursos vitales respecto de los cuales habían obtenido concesiones era de propiedad privada. Las empresas invocaban conceptos tradicionales de propiedad al hacer valer sus títulos de propiedad, no sólo de las instalaciones extractivas como la mina, el pozo, el activo fijo, el equipo y las existencias, sino también del mineral, la madera o el petróleo mismos, es decir, el recurso natural del país receptor. El título de dominio del recurso natural pasaba a la empresa transnacional en el punto de extracción.

Como se señaló anteriormente, las consecuencias funcionales del concepto de propiedad del inversionista tuvieron una importancia económica decisiva. La propiedad no sólo significaba una tenencia exclusiva del capital social de la empresa o una simple declaración de título, sino que también entrañaba, entre otras cosas, lo siguiente:

- 1) Incautación exclusiva de las utilidades de la empresa, sujeta, desde luego, a modestas imposiciones fiscales;
- 2) Administración exclusiva de la empresa a todos los niveles;
- 3) Control sin trabas de la producción del recurso y todas las materias conexas, como el volumen de producción, expansión y explotación; y
- 4) Responsabilidad exclusiva de la comercialización, distribución, elaboración y todas las demás operaciones "río abajo".

En resumen, el régimen de concesión tradicional creaba una condición jurídica de enclave para la empresa transnacional reforzada por un régimen de arreglos económicos y legales tan formidables y penetrantes que desafiaba abiertamente la soberanía del gobierno receptor sobre sus recursos naturales.

^{8/} Por ejemplo, véanse las condiciones de numerosas concesiones de diamantes otorgadas por los jefes africanos de Ghana a la Consolidated African Selection Trust a comienzos de este siglo. Los acuerdos se hallan en posesión del autor. En el presente artículo el autor utiliza varios acuerdos que se encuentran en su poder.

Una de las mayores paradojas de la historia reciente es la medida en que la idea de la propiedad de los recursos naturales por parte del inversionista, idea que era uno de los fundamentos vitales del viejo orden económico internacional y por cierto del sistema colonial, persistió incluso después del logro de la independencia política. Los dirigentes del Tercer Mundo se contentaron con disfrutar de los símbolos de la soberanía mientras el control de sus recursos vitales seguía en manos de las empresas transnacionales. El primer ataque contra este principio llegó cuando muchos países recién independizados proclamaron que los recursos naturales eran de propiedad del Estado. Económicamente esto no significó mucho, ya que los nuevos gobiernos fueron persuadidos por las antiguas potencias metropolitanas, así como por las compañías interesadas, a preservar las concesiones mismas pretextando inviolabilidad de contrato.

Pronto se hizo evidente que el control extranjero de los recursos naturales de los países en desarrollo hacía estéril su soberanía nacional recién adquirida y efectivamente socavaba sus esfuerzos por explotar y controlar esos vitales recursos económicos. No cabe sorprenderse, pues, de que la propiedad de los recursos naturales por parte del inversionista fuera enfáticamente rechazada por las Naciones Unidas en su histórica resolución sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales, aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1962.^{9/} El concepto de la soberanía permanente ha sido reforzado aún más por varias resoluciones ulteriores de las Naciones Unidas, las más recientes de las cuales son la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional,^{10/} y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.^{11/}

En la actualidad, el concepto de la soberanía permanente sobre los recursos naturales es vigorosamente defendido por los países en desarrollo como una condición sine qua non de la independencia nacional y la autosuficiencia económica. Ha sido invocado como la premisa fundamental del derecho a nacionalizar o regular las operaciones de las empresas transnacionales, particularmente en el sector extractivo: en resumen, el derecho de los Estados a ejercer un control pleno y efectivo sobre el aprovechamiento de sus recursos económicos. El concepto es, desde luego, la antítesis de la propiedad del inversionista, y muchos países en desarrollo han tratado de traducir en acción el principio de la soberanía permanente nacionalizando las empresas mineras y petroleras en sus territorios. Otros, sin embargo, han tratado de alcanzar el mismo objetivo recurriendo a la estrategia menos drástica de adquirir una mayoría de las acciones de las filiales locales de las empresas transnacionales o negociando arreglos contractuales con las empresas transnacionales para reemplazar el régimen tradicional. Este fenómeno es bastante evidente en África. El Zaire nacionalizó el cobre y otros intereses mineros de la Union Minière du Haut Katanga en 1967. Zambia adquirió el 51% de las empresas de la minería del cobre (Anglo-American and Roan Selection Trust) en 1970. Ghana ha adquirido el 55% de todas las empresas mineras y madereras de propiedad extranjera. Del mismo modo, Sierra Leona ha adquirido el 51% de las minas de diamantes de la Sierra Leone Selection Trust y Liberia, el 50% de las acciones de la Lamco, una compañía minera que explota hierro. Guinea posee

9/ Resolución 1803 de la Asamblea General, documentos oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Suplemento N° 17, p. 15, documento de las Naciones Unidas A/5217 (1962).

10/ Documento de las Naciones Unidas A/RES/3201 (S-VI), 1974.

11/ Documento de las Naciones Unidas A/RES/3281 (XXIX), 1974.

el 49% de las acciones de una empresa mixta con un consorcio internacional de compañías que explotan la bauxita en el proyecto Boke. Nigeria ha adquirido el 55% de las acciones de todas las empresas petroleras que operan en ese país, mientras que Libia ha llevado el proceso a su conclusión lógica nacionalizando todas las empresas petroleras de propiedad extranjera (véanse los cuadros 2 y 3). Se puede plantear la cuestión de si esos intentos han logrado éxito. En otras palabras, ¿han eliminado los nuevos arreglos por completo los incidentes de la idea tradicional de propiedad de los inversionistas?

Por lo que se refiere a la nacionalización, difícilmente se puede negar que resuelve definitivamente la cuestión de la propiedad. La nacionalización transfiere toda la propiedad de la empresa al Estado. Sin embargo, esto no quiere decir que todos los incidentes de la propiedad del inversionista se eliminan con la simple afirmación de la propiedad del Estado. En este documento mi interés particular radica en el dificultoso asunto del control, y es importante reconocer que el control se le puede escapar a un gobierno incluso después de la nacionalización.

Algunos países en desarrollo han tratado de reestructurar sus relaciones con las empresas transnacionales reemplazando el régimen tradicional de concesión con formas nuevas y, según se cree, más refinadas de arreglos legales, por ejemplo, empresas mixtas, contratos de servicios, acuerdos de participación en la producción y acuerdos de asistencia técnica.^{12/} La premisa básica de este cambio es que estas nuevas formas proporcionan un marco institucional más eficaz para hacer realidad metas de desarrollo nacional tales como la propiedad, el control y un elevado rendimiento financiero. ¿Es válida esta premisa?

III. UN NUEVO ARREGLO LEGAL: EMPRESAS MIXTAS

En los últimos 15 años, muchos países en desarrollo han tratado de establecer control sobre las operaciones de las empresas transnacionales adquiriendo una mayoría de las acciones o de los activos de sus filiales locales. La experiencia común de la mayoría de los países receptores es que la estructura corporativa de las empresas transnacionales invariablemente niega a las filiales esa medida de autonomía que les permitiría integrarse plenamente en las estrategias económicas del país receptor. Por consiguiente, se considera que la adquisición del control sobre las filiales constituye un eficaz recurso para superar las limitaciones impuestas por la empresa matriz. Al emplear este recurso, algunos países en desarrollo parecen haber partido de la premisa de que la adquisición de la propiedad implica necesariamente un control efectivo, pero la experiencia de muchos países en desarrollo, particularmente de Africa, desmiente esta proposición. Como dijo el tribunal arbitral en el caso Anaconda Company contra Overseas Private Investment Corporation,

el "control" como se aplica a las operaciones de las empresas es un término evasivo, ya que a veces tiene que ver con el grado de influencia ejercido en realidad o potencialmente por algunas personas dentro de una estructura

^{12/} Para una relación de estos acontecimientos, véanse Schanze y otros autores, Mining Agreements in Developing Countries, 12 J. World Trade L., pp. 135-173 (1978); Walde, Lifting the Veil from Transnational Mineral Contracts, 1 Nat. Resources Forum, p. 227 (1977); Zorn, New Developments in Third World Mining Agreements, p. 239.

compleja respecto de múltiples medidas adoptadas por muchos otros. En contextos legales diferentes, distintos aspectos de dicha influencia pueden asumir mayor o menor importancia; a veces el control actual efectivamente ejercido es más importante que el control potencial pero latente y a veces lo contrario es cierto.^{13/}

Todos conocemos el fenómeno de la revolución administrativa en la práctica corriente de las empresas, es decir, la evolución de una clase gerencial que efectivamente administra y controla una compañía con accionistas dispersos aunque dicha clase tenga participación insignificante o nula en el capital accionario de la compañía. Esta revolución representa una división entre la propiedad, que indudablemente está en manos de los accionistas, y el control, que es invariablemente ejercido por la administración, y efectivamente elimina la fácil suposición de que la propiedad en la forma de una tenencia considerable de acciones necesariamente significa control.

Los países nacientes que tratan de resolver los problemas de la independencia a menudo pasan por tres etapas distintas en su búsqueda del control sobre sus recursos naturales. Cada etapa tiene una clara importancia política aunque puede tener poco o ningún efecto sobre las estructuras existentes para controlar el aprovechamiento y la explotación de determinado recurso natural. Sin embargo, la terminología oficial tiende a confundir cada etapa con el fenómeno del control.

La primera etapa es, por supuesto, el logro de la soberanía política. Los nacionalistas que lanzan invectivas contra un régimen colonial siempre han considerado que la independencia política es sinónimo de independencia económica y un control sin trabas sobre sus recursos naturales. Sin embargo, después del primer acceso de regocijo al alcanzar esta etapa, las nuevas naciones pronto llegan a darse cuenta de que el control sobre sus recursos naturales es todavía una meta distante. La próxima etapa consiste en la afirmación enfática, a través de la legislación, de que todos los recursos minerales pertenecen al Estado. De nuevo, pronto se hace evidente que el control real no deriva necesariamente de tal proclamación: después de todo, la propiedad de los recursos minerales por parte del Estado es perfectamente compatible, por lo menos conceptualmente, con la propiedad privada extranjera de una empresa minera.

Las dos primeras etapas pueden describirse como aspectos de soberanía. La tercera etapa comprende un concepto de propiedad y comercial: el gobierno receptor adquiere la totalidad o una parte considerable de la propiedad de la empresa extranjera en forma de acciones, esperando de este modo conseguir los sólidos beneficios económicos generalmente relacionados con una transferencia de la propiedad. Sin embargo, como demostraré pronto, el control efectivo de la empresa en términos económicos o funcionales puede escapar todavía al gobierno receptor después de dar este paso, por políticamente atrayente que pueda ser.

En el proceso de inversiones transnacionales, el control comprende el ejercicio de facultades de toma de decisiones en asuntos operacionales y administrativos tan vitales como el presupuesto, los programas de expansión y desarrollo, la designación de los altos ejecutivos, la fijación de precios, la comercialización, la declaración de dividendos, la obtención de préstamos, la reorganización, la adquisición de equipo y la integración de la empresa con los objetivos de desarrollo de los países receptores. De este modo, la prueba adecuada de la

^{13/} Anaconda Co. contra Overseas Private Investment Corp., reimpresso en 14 ILM 1210, 1227-28 (1975).

Cuadro 2

CAMBIOS EN LAS RELACIONES PRIMORDIALMENTE EN EL SECTOR PETROLERO

País	Empresa transnacional	Año	Resultado
Argelia	Getty Oil	1968	51% de participación de Sonatrach
Argelia	CFP/ERAP	1971	51% de participación de Sonatrach (Código de Mayoría del Petróleo: participación obligatoria del Estado, compañía estatal Sonatrach tenedora de concesión/licencias)
Argelia	ERAP	1975	100% de propiedad estatal, ruptura de relaciones
Argelia	CFP	1975	51% de participación estatal, renovó contrato hasta 1980
Colombia		1975	Concesiones canceladas; renegociación en asociación y contratos de servicios
Ecuador ^{a/}	Texaco-Gulf (y otras)	1973/ 1974	25% de participación de la CEPE (compañía estatal)
Ecuador	Texaco-Gulf	1977	100% de propiedad del Estado
Indonesia		1974	Impuesto sobre ganancias excesivas para los contratistas de Pertamina (por estatuto y renegociación)
Indonesia		1976	Nuevo acuerdo: participación en los ingresos netos de explotación: 85% para el gobierno y 15% para las firmas extranjeras
Irán	"Consortium" (Gulf, Mobil, Exxon, Texaco, BP, ARCO, CFP, Standard Oil of Calif. y otras)	1973	Acuerdo de consorcio de 1954 abrogado; la administración y el control plenos asumidos por la NICC. Acuerdo de ventas y compras con el consorcio (5 años)
Kuwait	Kuwait Oil Company	1972	25% de participación del Estado

^{a/} A partir de 1977, además de la compañía petrolera nacional, CEPE, se organizó un consorcio con un 62.5% de participación de la CEPE y 37.5% de participación de la Texaco.

Cuadro 2 (cont. 1)

País	Empresa transnacional	Año	Resultado
Kuwait	Kuwait Oil Company	1974	60% de participación del Estado
Kuwait	Kuwait Oil Company	1976	100% de propiedad del Estado (con efecto retroactivo a partir de 1975)
Kuwait	BP/Gulf	1975	Contrato de suministro (5 años) para empresa transnacional; 100% de propiedad del Estado
Jamahiriya Arabe	Exxon y otras	1973/ 1974	51% de participación
Libia		1977	100% de propiedad del Estado
Nigeria	Shell/BP	1973	Calendario de participación: 35 a 51% en 1981
Nigeria	Shell/BP	1974	55% inmediatamente
Nigeria	Shell/BP	1976	60% el gobierno, 20% la Shell y 20% la BP
Qatar	QGPC, QPC y otras	1974	60% de participación del Estado
Qatar	QGPC, QPC y otras	1976	100% de propiedad del Estado; contrato de servicios para las empresas transnacionales
Arabia Saudita	ARAMCO	1974	60% de participación; suministro a largo plazo, contrato de asistencia técnica
Arabia Saudita	ARAMCO	1976	100% de propiedad del Estado; se mantiene a la ARAMCO como entidad explotadora (contrato de servicios)
Emiratos Arabes Unidos	Abu Dhabi Oil Company	1974	60% de participación del Estado
Emiratos Arabes Unidos	Abu Dhabi Oil Company	1976	100% de propiedad estatal de toda la gasolina, tanto asociada como no asociada, formalizada por decreto

Cuadro 2 (concl.)

País	Empresa transnacional	Año	Resultado
Venezuela <u>b/</u>		1975	Adquisición de las compañías petroleras; reemplazo por acuerdos de ventas de petróleo (2 años, renovables), acuerdos de asistencia técnica (3 años)

Fuente: Centro de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, sobre la base de fuentes nacionales.

b/ Desde 1975 el Gobierno está tratando de ampliar y diversificar su venta de petróleo a nuevos consumidores independientemente de las compañías petroleras extranjeras.

Cuadro 3

CAMBIOS EN LAS RELACIONES PRIMORDIALMENTE EN EL SECTOR DE MINERALES NO COMBUSTIBLES

País	Empresa transnacional	Año	Resultado
Gabón/ Mauritania	Miferma/Somifer	1974	Adquisición parcial/completa, arreglos de comercialización, entrada de empresas mercantiles japonesas
Ghana (oro)	Lonrho	1973	55% de las acciones en mina de oro reorganizada, con contrato de administración de 5 años para la Lonrho; 6% de regalía más derecho e impuesto sobre el mineral al 50%
Ghana (diamantes)	CAST	1973	55% de las secciones en mina reorganizada de diamantes, con contrato de administración de 5 años para la CAST; 6% de regalía más derecho e impuesto sobre el mineral al 50%
Ghana (aluminio)	Kaiser & Reynolds (VALCO)	1977	Aumento considerable de las tarifas para la compra de energía eléctrica
Indonesia (cobre)	Freeport Minerals	1974/ 1975	Reducción de la exoneración del pago de impuestos
Jamaica (bauxita)	Kaiser, Reynolds, ALCOA y ALCAN	1974/ 1976/ 1977	Super-regalía: establecimiento de un impuesto basado en un porcentaje del precio final del lingote (7.5-8.5%)
Jamaica (bauxita)	Kaiser (preámbulos de acuerdos/acuerdos finales)		51% de participación de Jamaica; programa para aumentar la transformación de la bauxita en alúmina en Jamaica; acuerdo de suministro a largo plazo (40 años); contrato de administración de 7 años
Liberia (hierro y acero)	LAMCO	1974	Aumento en el uso del sistema de transporte de la compañía, localización del empleo, aumento pequeño de ingresos fiscales
Liberia (hierro y acero)	Dt. Exploration and Bergbau (Bong Mining Company)	1974	Pequeño aumento de los ingresos, cláusulas más firmes para la localización, creación de comité técnico para aumentar el control nacional)

Cuadro 3 (concl.)

País	Empresa transnacional	Año	Resultado
Liberia (hierro y acero)	LISCO	1975	Pagos por aplazamiento de la explotación, sujeción a impuestos de aplicación general
Liberia (caucho)	Firestone	1976	Sometimiento a leyes generales, modernización de acuerdo, aumento de ingresos
Papua Nueva Guinea (cobre/ Bougainville)	Río Tinto Zinc	1974	Impuestos sobre ganancias excesivas (impuesto de escala móvil) y otros cambios tributarios; revisión mutua de acuerdo cada 7 años; otras cláusulas de ajuste
Senegal (fosfato)	Taiba	1974	50% de participación del gobierno, aumento de las entradas tributarias
Sierra Leona (diamantes)	Consolidated African Selection Trust Ltd.	1970	51% de las acciones para el gobierno y compensación de 2.55 millones de libras esterlinas pagadas mediante bonos del gobierno con interés de 5 1/2% durante 8 años; contrato de administración para la empresa transnacional
Venezuela (mineral de hierro)	U.S. Steel, Bethlehem Steel	1974	Adquisición negociada seguida por acuerdo de administración con otra compañía de los Estados Unidos
Zambia (cobre)	Roan/AMAX	1969	51% de participación estatal; administración y contrato de ventas para la empresa transnacional
Zambia (cobre)	Roan/AMAX	1974	Aumento del control nacional sobre la administración por intermedio de la recién creada compañía estatal

Fuente: Centro de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, sobre la base del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Soberanía permanente sobre los recursos naturales, documentos de las Naciones Unidas E/C.7/53, A/9716 y E/C.7/66 (1975, 1974 y 1977); N. Girvan, Corporate Imperialism: Conflict and Expropriation, Transnational Corporations and Economic Nationalism in the Third World (White Plains, M.E. Sharpe, 1976); y otras fuentes.

viabilidad de cualquier nuevo arreglo que pretenda entregar el control al gobierno receptor es: ¿Transfiere la reestructuración efectivamente la facultad de adoptar las decisiones críticas sobre estas cuestiones específicas o de influir en dichas decisiones tanto a nivel de la junta como de la administración?

Por supuesto, la adquisición de una mayoría de las acciones otorga al gobierno receptor el derecho a nombrar a la mayoría de los miembros de la junta o comité directivo. Algunos gobiernos receptores se han contentado con nombrar sólo a la mitad de los miembros de la junta o comité, a pesar de poseer la mayoría de las acciones.^{14/} Semejante arreglo excluye claramente una posición de control para el gobierno a nivel de la junta. Constituye, en efecto, una concesión a la idea, muy difundida por las empresas transnacionales, de que una auténtica empresa mixta significa una sociedad en que cada socio posee el 50% de las acciones y en la que ninguna de las partes tiene una participación que le otorgue el control, reconocimiento explícito del principio de que la propiedad de la mayoría de las acciones y el control son dos conceptos separados.

En el caso usual, en que el hecho de que el gobierno posea la mayoría de las acciones ha sido reflejado debidamente en el número de sus designados a la junta de directores, el control gubernamental efectivo puede perfectamente negarse de las siguientes maneras.

En primer lugar, las acciones mantenidas respectivamente por el gobierno y la empresa transnacional en una entidad de explotación pueden clasificarse de tal manera que se niegue a las acciones del gobierno los plenos derechos de la tenencia de acciones. En un ejemplo extremo se clasificó a las acciones del gobierno en una empresa mixta como equivalentes a las acciones de la empresa transnacional en todos los aspectos salvo que no participaban ni en las votaciones ni en los dividendos.^{15/} Este arreglo, sin embargo, se puede considerar como una aberración impulsada por razones puramente políticas.

En los casos en que las acciones del gobierno están en un pie de igualdad desde todo punto de vista con las acciones de la empresa transnacional, la posición mayoritaria del gobierno todavía puede ser efectivamente neutralizada por formidables mecanismos de protección de la minoría. A instancia de las empresas transnacionales, los reglamentos o cartas de las nuevas empresas mixtas han estipulado procedimientos especiales de votación que exigen la participación de algunos directores o miembros del comité designados por la empresa respecto de cuestiones claves como poner término al funcionamiento de la empresa o vender una parte de sus activos, emitir nuevas acciones o valores convertibles en capital accionario, obtener préstamos por sumas más allá de cierto límite y gastar fondos para cualesquiera compromisos adicionales o programas de expansión.^{16/} El efecto de este

^{14/} Por ejemplo, en virtud del acuerdo de sociedad colectiva entre el Gobierno de Jamaica y la Kaiser Aluminum and Chemical Corporation, el Gobierno y la Kaiser designaron igual número de representantes en el Comité Ejecutivo de la empresa mixta.

^{15/} Lipton, Fiscal aspects of negotiating third world mineral agreements, 59, Transactions of the Society of Mining Engineers, 260 (marzo de 1976).

^{16/} La empresa mixta entre el Gobierno de Ghana y la Lonrho Ltd. of London respecto de la Ashanti Goldfields Corporation, 1973; la empresa mixta entre el Gobierno de Ghana y la Consolidated African Selection Trust respecto de las minas de diamantes de Ghana, 1973; los acuerdos de empresa mixta entre el Gobierno de Zambia y la Zambian Anglo-American Ltd. y la Roan Selection Trust Ltd. respecto de las minas de cobre de Zambia, 1970; el Diminco Agreement entre el (concl.)

procedimiento de votación es otorgar derecho de veto a la empresa transnacional en esferas claves de la administración y el control. Semejante arreglo difícilmente se puede distinguir de una empresa mixta en que el gobierno y la empresa transnacional tienen igual representación en la junta directiva o el comité ejecutivo.

Finalmente, un factor importante que disminuye la eficacia de los directores o miembros del comité designados por el gobierno, y desde luego socava todo el

16/ (Concl.) Gobierno de Sierra Leona y la Sierra Leone Selection Trust Ltd. respecto de una empresa explotadora de diamantes, 1970; el acuerdo de asociación entre el Gobierno de Panamá (Cerro Colorado Mining Development Corporation) y la Texasgulf Inc., 1976. De este modo, mientras en el Diminco Agreement se dispone que haya 6 directores nombrados por el gobierno y 5 directores nombrados por la SLST, en la sección 102 de los Artículos de Asociación de la National Diamond Mining Co., Ltd., la nueva compañía que constituye la empresa mixta, se dispone lo siguiente:

Además de cualquier otro requisito aplicable de la ley, las siguientes medidas requerirán el voto afirmativo de las tres cuartas partes de todos los directores de la compañía. Dicho voto afirmativo no será rehusado sin razón valedera por ningún Director teniendo en cuenta las intereses de la Compañía y de los accionistas que designaron a dicho Director.

i) El término de las operaciones de la Compañía o la venta, transferencia o enajenación de la totalidad o cualquier parte de los activos de la Compañía (salvo en la marcha normal de los negocios) o la asignación u otorgamiento a otros de cualquier parte de sus derechos de concesión, mineros o de otra índole, o cualquier fusión o reconstrucción de la Compañía o de la que la Compañía sea una parte.

ii) La emisión de nuevas acciones o cualquier valor convertible en capital accionario o la obtención de cualquier préstamo o la creación de cualquier cargo o el otorgamiento de préstamos o la entrega de garantías.

iii) La designación o remoción de los Auditores de la Compañía o cualquier filial, a condición de que los Directores puedan designar además por simple mayoría al Auditor del Gobierno o cualquier otro auditor para que verifique las cuentas de la Compañía.

iv) Toda compra o venta de cualquier producto o activo o cualquier otra transacción llevada a cabo de manera distinta que en las mejores condiciones comerciales razonablemente disponibles o en las actividades comerciales normales de la Compañía.

v) Cualquier restricción en la aplicación efectiva de los Acuerdos con el Gobierno o cualquier modificación o cancelación de cualquiera de esos Acuerdos.

vi) El gasto por parte de la Compañía de cualquier dinero o la aceptación de cualquier compromiso respecto de cualquier nueva operación o instalación minera o la aceptación de cualquier contribución de gastos, desembolso, contrato o compromiso en cualquier negocio o empresa que por lo menos tres Directores puedan considerar que está fuera de la marcha ordinaria de los negocios.

vii) La designación de cualquier comité o junta local o abogado entre cuyas facultades se incluya realizar cualquiera de los actos especificados en este párrafo del presente Artículo.

esfuerzo del gobierno receptor por adquirir el control sobre las actividades de una empresa transnacional, es la falta de conocimientos técnicos especializados. En muchos casos, los directores nombrados por los gobiernos receptores han demostrado no estar capacitados para la tarea exigente y sumamente compleja de evaluar, examinar detenidamente o supervisar las actividades de las empresas transnacionales.^{17/} Algunos directores deben su nombramiento más a la influencia política que a su propia habilidad o competencia.^{18/} El problema no se resuelve designando altos funcionarios gubernamentales a jornada parcial. Dichos funcionarios, por capaces y perspicaces que sean, están tan agobiados por sus responsabilidades normales que no pueden hallar tiempo suficiente para el tipo de supervisión rigurosa que es una condición sine qua non del control efectivo.

Algunos gobiernos receptores han reconocido la importancia de la competencia técnica en esta esfera y han logrado más éxito que otros en asegurar una supervisión eficaz a nivel de la junta. Algunos gobiernos, como Colombia y Botswana, han designado comités de expertos técnicos para asesorar a los directores gubernamentales de la empresa mixta y para darles instrucciones antes de todas las reuniones de la junta.^{19/} Otros han retenido a consultores para que supervisen las actividades de las empresas transnacionales o para que asesoren a los directores gubernamentales. Varios países en desarrollo incluso han designado a consultores como directores de las empresas mixtas.^{20/} Otros han establecido organismos nacionales en cuya plantilla figuran expertos técnicos de dedicación exclusiva que tienen la responsabilidad general de supervisar los intereses gubernamentales en las empresas mixtas en un sector determinado.^{21/}

Administración

A pesar de haber adquirido la mayoría de las acciones en las empresas mixtas, la mayor parte de los gobiernos receptores han estado dispuestos a confiar la administración de la empresa a la compañía transnacional,^{22/} al parecer debido a que

^{17/} Smith & Wells, nota 5 supra, p.

^{18/} Anécdota: Un director de gobierno, después de su regreso de una reunión de la junta de una empresa mixta celebrada en Londres, envió una nota de agradecimiento al director gerente inglés de la compañía por los deliciosos platos servidos en el almuerzo de los directores. Pasó por alto el hecho de que después de ese almuerzo soberbio los directores ingleses consiguieron que se revaloraran los activos de la compañía, lo que dio por resultado beneficios tributarios muy cuantiosos para la compañía.

^{19/} Por ejemplo, con respecto al acuerdo sobre el níquel de Colombia con la Chevron and Hanna Mining Company, el Gobierno colombiano nombró un comité técnico que, entre otras cosas, asesoró a los representantes gubernamentales en la junta de directores de la empresa mixta sobre los aspectos técnicos de las operaciones. Smith & Wells, nota 5 supra, p.

^{20/} Por ejemplo, Swazilandia.

^{21/} Muchos países productores de petróleo han establecido organismos nacionales del petróleo con este fin. Tras derogar el acuerdo de administración con la Roan Selection Trust Ltd. y la Zambian Anglo-American Ltd., el Gobierno de Zambia estableció sus propios organismos para que se encargaran de la gestión de las minas de cobre y la comercialización de la producción de las minas. Otro buen ejemplo es la Nigerian National Petroleum Corporation (Empresa Nacional del Petróleo de Nigeria).

^{22/} Acuerdos de administración entre el Gobierno de Ghana y la Lonrho Ltd., la Consolidated African Selection Trust Ltd. y la United African Company, (concl.)

suponen que pueden ejercer un control eficaz únicamente por intermedio de la representación a nivel de la junta. Esta suposición puede resultar mal fundada, no sólo en virtud de los factores antes reseñados, sino también a causa del fondo y la forma de las facultades administrativas otorgadas a la empresa transnacional y la manera en que esas facultades se ejercen. La demarcación formal de responsabilidades entre la junta directiva y la administración es tal que la junta se ve relegada a veces a un papel secundario en lo que se refiere a cuestiones administrativas claves. Un acuerdo administrativo típico entre un gobierno receptor y una empresa transnacional respecto de una empresa minera dispone que, con sujeción al asesoramiento y supervisión generales de la junta o del comité ejecutivo, la empresa tendrá todas las facultades necesarias para realizar la explotación minera, incluidos asuntos tan vitales como

utilizar y explotar el equipo y las instalaciones mineras; emplear y despedir empleados de la compañía en las condiciones que se consideren apropiadas; retener a consultores y celebrar contratos para proyectar, diseñar, construir y explotar todas las instalaciones; elaborar los presupuestos para el diseño, la construcción y la puesta en marcha del proyecto.^{23/}

De nuevo, en virtud del Acuerdo de Administración suscrito en 1973 entre el Gobierno de Ghana y la Consolidated African Selection Trust Ltd. (CAST) respecto de la mina de diamantes de Akwatia, el alcance de la gestión técnica, que fue encomendada a la CAST, incluía, entre otras cosas:

i. la exploración, prospección, explotación de minas, minería, elaboración, manipulación del transporte, selección, protección del almacenamiento y ventas de diamantes en y desde las zonas de explotación;

ii. planes a corto y a largo plazo, estudios de viabilidad y otros estudios semejantes para mantener, ampliar o mejorar las operaciones y la producción;

iii. recomendar políticas sobre reservas y rendimientos mineros y metalúrgicos;

iv. asesoramiento en materia de investigación y aplicación de los resultados;

v. la supervisión y el control de los contratistas independientes que haya que emplear;

^{22/} (Concl.) respecto de empresas mixtas en la minería del oro, la minería del diamante y la producción de madera, respectivamente; el Diminco Agreement entre el Gobierno de Sierra Leona y la Sierra Leone Selection Trust Ltd. en 1970; los diversos acuerdos celebrados entre el Gobierno de Nigeria y las diversas compañías petroleras en los que Nigeria ha adquirido una participación del 55% de las acciones; la mayoría de los acuerdos originales de empresas mixtas entre los países productores de petróleo en el Oriente Medio y América Latina y las compañías petroleras antes de la adquisición del 100% de dichas compañías; el acuerdo de empresa mixta de 1970 celebrado entre el Gobierno de Zambia y la Roan Selection Trust Ltd. y la Zambian Anglo-American Ltd.; el acuerdo de sociedad colectiva entre el Gobierno de Jamaica y la Kaiser Aluminum and Chemical Corporation, 1977.

^{23/} El acuerdo de sociedad colectiva celebrado entre el Gobierno de Jamaica y la Kaiser Aluminum and Chemical Corporation, 1977.

vi. las operaciones de mantenimiento necesarias, la protección y la seguridad (incluidos seguros) de la propiedad minera y de los activos utilizados en las operaciones;

vii. la adquisición y supervisión de materiales, suministros, equipo, maquinaria y servicios.^{24/}

El resultado evidente de tal estructura organizacional es que deja prácticamente intactas las facultades administrativas anteriores de la empresa transnacional. El statu quo es preservado aún más por la pura fuerza de la práctica empresarial establecida. De este modo, aunque las empresas mixtas puedan haber sido reorganizadas como compañías locales con sedes en las capitales de los países en desarrollo, la administración puede continuar todavía remitiendo todas las decisiones importantes -técnicas, administrativas o financieras- a sus antiguas compañías matrices en América o Europa. El resultado es que las sedes de las antiguas compañías matrices retienen el control de hecho de las nuevas empresas mixtas, en las que técnicamente son socios menores, dentro del marco de sus operaciones globales.

Lejos de negar cualquier intención de mantener el control, algunas empresas transnacionales sostienen que el carácter mundial de sus actividades es intrínsecamente incompatible con la renuncia al control sobre las de cualquiera de sus filiales dispersas por el mundo. El control debe ser mantenido para asegurar la eficiencia general y su ajuste a la modalidad general de sus actividades mundiales. Por consiguiente, a su juicio la adquisición de la mayoría de las acciones en una empresa local equivale sólo a una participación en una actividad mundial.

En el caso de Anaconda contra OPIC que versaba ampliamente sobre la cuestión del control continuado de la Anaconda sobre su empresa de la minería del cobre en Chile después de que el Gobierno de Chile había adquirido un 51% de las acciones, el tribunal hizo las siguientes curiosas observaciones:

Concretamente, nos encontramos aquí con el problema añadido de que los negociadores chilenos se negaron, debido a la presión política externa, a celebrar un contrato "administrativo" con la Anaconda análogo al ya celebrado con la Kennecott (Braden) ... Sin embargo, estaban dispuestos a aceptar que la Anaconda continuara a cargo de las operaciones. Por otra parte, el mantenimiento del control adecuado era considerado por la Anaconda como condición sine qua non y los negociadores chilenos estuvieron de acuerdo. Esta cuestión produjo la sesión "más áspera" ... El resultado fue un complejo juego de documentos ... destinado a dar a Codelco la apariencia o "fachada" de predominio pero a la Anaconda la mayor parte del control importante ... Aunque Codelco podía, si así lo deseaba, ejercer autoridad respecto de asuntos de política mediante su control legal de la Junta de Directores, la Anaconda tenía la facultad de proponer planes de explotación minera y decisiones en materia de personal a la junta (en la que la Codelco tenía 4 miembros y la Anaconda, 3). En resumen, si bien la junta podía rechazar los planes propuestos no podía elaborar sus propios planes opcionales. Los dividendos y otros asuntos financieros y contables fueron encomendados a la Anaconda, la que tenía derecho a veto sobre algunos asuntos esenciales.^{25/}

^{24/} Véase la nota 16 supra.

^{25/} Anaconda contra OPIC, nota 13 supra, pp. 1226-27. Del mismo modo, la intención de la Lonrho de retener el control efectivo sobre los yacimientos de oro de Ashanti tras la adquisición del 55% de las acciones por el Gobierno de (concl.)

Después de revisar los arreglos administrativos, el tribunal decidió lo siguiente:

En la declaración queda en claro que desde fines de 1969 hasta 1971 la Anaconda retuvo el control de hecho en el sentido de que las operaciones se siguieron realizando en la misma forma que antes, por el mismo personal -salvo unas pocas excepciones- que antes, por intermedio de prácticamente la misma línea jerárquica que antes y conforme a los mismos planes que antes.^{26/}

En esas circunstancias, el tribunal sostuvo que la Anaconda seguía teniendo participación en la producción de la mina y las utilidades resultantes, participación que constituía un interés asegurable que estaba cubierto por la garantía de la OPIC.^{27/}

El control central de las antiguas compañías matrices es reforzado por el fenómeno de las transacciones entre filiales. Muchos gobiernos huéspedes que han logrado adquirir una mayoría de las acciones de las filiales locales de empresas transnacionales se han visto obligados a confiar en la estructura organizacional de las empresas para el suministro de servicios especializados y técnicos, tales

^{25/} (Concl.) Ghana estuvo apenas velada en el proyecto de contrato administrativo que presentó al Gobierno de Ghana en 1973. La definición de "administración técnica" dada por la Lonrho equivalía prácticamente a una reafirmación del statu quo al hacer hincapié de manera inequívoca en el control en esferas fundamentales. Véanse, por ejemplo, los componentes siguientes:

1. Preparación y ejecución de programas anuales y a largo plazo para la minería, la explotación de las minas, la perforación al diamante, la profundización de pozos y la exploración.
2. Preparación de presupuestos anuales del costo de explotación. Control de los gastos relacionados con los presupuestos establecidos.
3. Elaboración de pronósticos anuales y a largo plazo del gasto de capital. Control sobre el gasto de capital autorizado.
4. Preparación de programas detallados de construcción de ingeniería y control de su ejecución.
5. Asesoramiento y dirección de todos los procesos metalúrgicos y control sobre la operación de la planta de tratamiento.
6. Organización y control de procedimientos eficientes para las existencias, los pedidos, la adquisición y la contabilidad.
7. Supervisión de la función contable de la mina y control sobre ella: mantención de registros adecuados y libros de cuentas para fines estatutarios y suministro de información administrativa y el recibo y pago de todos los fondos.
8. Estipulación de procedimientos apropiados para la transferencia, refinación y venta del oro, la plata y otros minerales.
9. La inversión de todo fondo sobrante en títulos a corto plazo en la marcha normal de los negocios.

^{26/} Anaconda contra OPIC, nota 13 supra, p. 1237.

^{27/} Id., p. 1238.

como la adquisición de equipo, retención de servicios consultivos, elaboración y comercialización. En el transcurso de los años, las empresas transnacionales han acumulado considerables conocimientos especializados en estas esferas a través de diversas filiales y sucursales que se especializan en proporcionar los diversos servicios. La práctica normal de una compañía transnacional a la que se le ha encomendado la administración de una empresa mixta con un país en desarrollo es insistir en que dicha empresa compre cada uno de estos servicios técnicos por separado a la respectiva filial o sucursal especializada.^{28/} Estas transacciones se caracterizan a menudo por una elevada incidencia de fijación de precios de transferencia distorsionados u otras formas de fijación desleal de precios, con el resultado de que la empresa mixta con frecuencia paga una cantidad excesiva por el equipo y los materiales comprados a las filiales de la empresa transnacional, mientras que su propia producción se vende por debajo del nivel imperante en el mercado o el precio justo equivalente. Así, pues, este mecanismo de transacciones entre filiales no sólo perpetúa el control de la empresa transnacional sino que maximiza también las utilidades que le corresponden de la empresa mixta.

De lo que he dicho será evidente que la participación accionaria en la sucursal local de las empresas transnacionales no significa necesariamente participación en las actividades corrientes, la comercialización, la elaboración, las compras, etc. de la empresa transnacional.

De este modo, la progresión desde un régimen de concesión tradicional hasta una empresa mixta no afecta sustancialmente la localización del control o el proceso de adopción de decisiones mientras una compañía transnacional siga administrando la empresa. En resumen, la sola adquisición de una participación mayoritaria de acciones no libera a las industrias extractivas de los países en desarrollo de la red mundial de las empresas transnacionales occidentales o de los incidentes del viejo orden económico internacional. A menos que la transferencia de propiedad vaya acompañada por una transferencia significativa de facultades administrativas cruciales y la adquisición y movilización de conocimientos técnicos especializados para los fines de administración efectiva, el control de este sector por un país en desarrollo resultará ser en gran parte ilusorio.

Algunos gobiernos receptores han reaccionado ante esta situación rescindiendo o revisando sus acuerdos de administración con las empresas transnacionales. En 1975 Ghana rescindió sus acuerdos de administración con todas las compañías madereras de propiedad extranjera en las que había adquirido la mayoría de las acciones. Del mismo modo, en 1973 el Gobierno de Zambia rescindió sus acuerdos de administración con la Roan Selection Trust y la Zambian Anglo-American Limited respecto de sus empresas mixtas de la minería del cobre tras una crítica detallada de las actividades en esferas tales como el control, procedimientos de votación, empleo de las utilidades, ventas y comercialización, administración y consultoría. La enumeración que hizo el Presidente Kaunda de las disposiciones opuestas al interés nacional de Zambia fue la siguiente:

Control efectivo

El control efectivo de la industria estaba firmemente en manos de los accionistas minoritarios. /Se recordará que el gobierno adquirió el 51% de las acciones de ambas compañías./

^{28/} Véase Commonwealth Secretariat, The Legislative Framework, Agreements and Financial Impositions Affecting the Mining Industry in African Commonwealth Countries 7.39 (Londres).

Derecho de veto de los accionistas minoritarios

Los accionistas minoritarios tienen derecho de veto respecto de una amplia gama de medidas y decisiones. Entre éstas se incluyen las siguientes: liquidar las empresas de explotación y vender activos o ceder cualquiera de sus concesiones, derechos mineros u otros derechos importantes a otros, ampliar las actividades de las compañías, contraer cualquier compromiso financiero, obtener préstamos de dinero, obtener créditos respecto de gastos de capital, o efectuar gastos para exploración o prospección, etc.

Fórmula para el rescate de bonos

En los Acuerdos se dispone una cantidad mínima fija que se ha de pagar cada año para el rescate de los bonos ZIMCO independientemente de la rentabilidad de las compañías. En ellos se dispone también la aceleración del rescate de bonos cuando las utilidades son altas. Sin embargo, no hay ninguna cláusula para extender el período de rescate de bonos durante los años de crisis cuando hay una aguda declinación del precio del cobre o desastres naturales como el derrumbe que ocurrió en la mina Mufulira en 1970.

Empleo de las utilidades

En los Acuerdos se dispone que las utilidades procedentes de las minas no pueden emplearse para actividades no relacionadas con la minería. En otras palabras, no se puede obligar a las compañías mineras a emplear las utilidades de la minería en beneficio de la economía de Zambia si los accionistas minoritarios prefieren utilizar ese dinero fuera de Zambia como dividendos. Nuestra experiencia en los últimos tres y medio años ha sido que han sacado de Zambia cada ngwee que les correspondía. La mayor parte del capital para programas de expansión de ambas compañías se ha obtenido de créditos externos y no de utilidades retenidas. ¡Tal vez les interese saber que ahora mismo se le está pidiendo a mi gobierno que apruebe un crédito externo de las dos compañías por alrededor de 65 millones de kwacha!

Ventas y comercialización

Los Acuerdos dan a los accionistas minoritarios los derechos exclusivos para prestar servicios de venta y comercialización de los metales y minerales cobrando honorarios muy elevados.

Administración y consultoría

En los Acuerdos también se señala que los accionistas minoritarios proporcionarán servicios de administración y consultoría por los que recibirán considerables honorarios. Aunque la mayor parte de esta labor se realiza en Zambia, los accionistas minoritarios han celebrado arreglos separados con compañías no residentes por razones que ellos conocen muy bien, pero que son incomprensibles para nosotros.^{29/}

El Gobierno de Zambia estableció posteriormente sus propios organismos para que se encargaran de la administración y comercialización, aunque con la ayuda de la asistencia técnica prestada por las dos empresas transnacionales en virtud de acuerdos de asistencia técnica.

Beneficios financieros y económicos

Los costos y beneficios financieros de las empresas mixtas pueden ser equiparados equitativamente. Desde el punto de vista del gobierno receptor, los beneficios financieros y económicos dependen en parte de la estructura del régimen

^{29/} Discurso pronunciado por el Presidente Kenneth Kaunda, el 31 de agosto de 1973. Id. en 7.38.

fiscal, la fórmula de compensación por las acciones adquiridas por el gobierno, y los vínculos económicos previstos en los arreglos. Las utilidades financieras pueden aumentar considerablemente para el gobierno receptor si éste retiene el derecho a imponer una regalía además de otras formas de rendimiento tales como impuestos sobre la renta de la empresa y sobre los dividendos de los accionistas, alquiler de superficie, pagos de primas y derecho a subsuelo, además de los dividendos que producirá su patrimonio recién adquirido. El régimen fiscal impuesto por el Decreto de Operaciones Mineras de Ghana de 1972 (participación del gobierno), en el que se especificaban las principales condiciones para las empresas mixtas con la Lonrho Limited y la Consolidated African Selection Trust Limited, proporciona un buen ejemplo. Las compañías mineras reorganizadas habían de pagar una regalía de 6% además de un derecho minero que variaba según la rentabilidad de la producción y un impuesto sobre la renta a la tasa del 50%. La compensación por los activos adquiridos por el Gobierno había de calcularse sobre su valor rebajado neto para los fines del impuesto sobre la renta en los libros de las dos compañías. Las cantidades correspondientes fueron pagadas en un período de 5 años con un interés del 6%.

Los beneficios financieros son menos evidentes donde el gobierno adquiere una participación en el capital en lugar de todas las regalías, el impuesto sobre la renta y otras imposiciones, como en el Proyecto Lamco de Liberia.^{30/} Además, la cantidad de capital y expertos extranjeros que se introduce al país tiende a ser menor y las necesidades de capital y expertos nacionales correspondientemente mayores, en el caso de una empresa mixta que en una filial totalmente de propiedad extranjera. Salvo en los casos en que el capital y los expertos nacionales no pueden ser efectivamente empleados en otra parte, el enfoque de empresa mixta implica por consiguiente un nivel agregado más bajo de inversión para la compañía como un todo que lo que sería posible de otra manera. Además, el hecho de que las utilidades tengan que ser compartidas con los tenedores locales de acciones crea un incentivo para que la compañía matriz minimice las utilidades declaradas localmente haciendo uso de cualquier flexibilidad que exista en la fijación de precios de los insumos y productos, cargando los costos totales de los servicios técnicos, administrativos y de otro tipo suministrados desde la sede o sus filiales, y por otros medios.

^{30/} Este es el efecto de las secciones 9a) y 8a) del Acuerdo de Concesión Minera de fecha 28 de abril de 1960, en su forma enmendada, celebrado entre el Gobierno de Liberia, la Liberian American-Swedish Minerals Co. y la Bethlehem Steel. Sin embargo, un completo análisis económico de este acuerdo sería incompleto sin referencia a los beneficios sustanciales en forma de infraestructura que recibió el país. Entre éstos se incluyen una vía férrea de 165 millas, un puerto de 42 pies de profundidad, amplias instalaciones portuarias (una zona de almacenamiento, un muelle de carga, equipo para la zona de carga y manipulación), instalaciones auxiliares como un generador de energía eléctrica e instalaciones de transmisión, y talleres de reparación, viviendas, escuelas, iglesias, hospitales, servicios de comunicación, suministro de agua y plantas de depuración de aguas cloacales, aeropuertos, y caminos de acceso limitado para acomodar a los obreros y al personal de supervisión técnica. La empresa mixta se comprometió asimismo a aumentar las instalaciones portuarias comerciales en el puerto para dar cabida al comercio en general.

Los aspectos financieros de la empresa mixta entre el Gobierno de Zambia y el Grupo Anglo-American Company (AAC) demuestran algunas de las dificultades con que puede tropezar un gobierno receptor en esta esfera. En virtud de los acuerdos de 1970, el Gobierno de Zambia adquirió un 51% de las acciones en las minas de cobre controladas por el Grupo AAC por un precio de 126 millones de kwacha (176 millones de dólares estadounidenses), lo que representa el 51% del valor contable de esas minas al 31 de diciembre de 1969. El pago se hizo mediante la emisión de obligaciones reembolsables con un interés de 6% en 24 cuotas semestrales iguales. Sin embargo, en los acuerdos se estipulaba que el Grupo AAC proporcionaría servicios administrativos, consultivos, técnicos y de comercialización durante 10 años y servicios de compras durante 5 años. La remuneración correspondiente a esos servicios era la siguiente:

Servicios administrativos, consultivos y técnicos: 3/4% del producto de las ventas brutas y el 2% de las utilidades consolidadas después del impuesto a los minerales y antes del impuesto sobre la renta.

Servicios de comercialización de metales: porcentajes del producto de las ventas brutas a la tasa del 3/4% sobre el cobre y a diversas tasas respecto de otros metales.

Servicios de compras: hasta el 1 3/4% sobre el costo de las compras.

Servicios de ingeniería: el 3% sobre el costo de los proyectos de inversión emprendidos por la NCCM, más reembolso de ciertos gastos.^{31/}

Se estipulaba en el acuerdo que el rescate de la totalidad de las obligaciones constituía una condición previa para rescindir estos arreglos de administración. De este modo, cuando el Gobierno de Zambia decidió rescindir los arreglos de administración por las razones reseñadas anteriormente, las obligaciones pendientes fueron rescatadas de inmediato. Sin embargo, ésta no fue la única consecuencia de la rescisión prematura de los arreglos de administración. El Gobierno de Zambia también tuvo que pagar al Grupo AAC, a título de compensación, 33 millones de kwacha, en seis cuotas trimestrales iguales de 3 millones de kwacha seguidas por seis cuotas trimestrales de 2 1/2 millones de kwacha. Además de esta compensación, el Gobierno de Zambia se comprometió a indemnizar al Grupo AAC por cualquier compensación que pudiera hacerse pagadera por él debido a la rescisión de contratos celebrados con terceras partes en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud de los acuerdos de 1970.^{32/}

Los arreglos precedentes sólo se aplican a la empresa mixta entre el Gobierno de Zambia y el Grupo AAC, pero Zambia hizo arreglos análogos respecto de la empresa mixta con la Roan Selection Trust.

Un observador perspicaz ha resumido concisamente las consecuencias financieras de la empresa mixta en la siguiente forma:

Una compañía de empresa mixta es compatible con las aspiraciones nacionales de los países en desarrollo, pero sus gobiernos reconocen que el tomar acciones en una compañía no va a cambiar la cifra de "punto bajo" para un inversionista. Ya sea que una compañía minera le pague a un gobierno en forma de dividendos, regalías, impuestos sobre las utilidades, primas o alquileres de superficie, tales pagos deben salir del "punto bajo" -el rendimiento para el inversionista, su flujo de efectivo descontado.^{33/}

^{31/} Véase The Legislative Framework, nota 28 supra, en 7.34.

^{32/} Ibid. Se ha afirmado que la cotización de las acciones del AAC respecto de sus intereses en el cobre de Zambia subió en la Bolsa de Valores de Londres con el anuncio de los arreglos de empresa mixta.

^{33/} Véase Lipton, nota 15 supra, p. 261.

Por consiguiente, no cabe sorprenderse de que las propias empresas transnacionales hayan vencido sus reservas anteriores acerca de las empresas mixtas con gobiernos receptores en el sector extractivo. Se han dado cuenta de que tales empresas pueden acallar eficazmente las objeciones nacionalistas al control extranjero de los recursos naturales sin disminuir sustancialmente el control efectivo de la empresa o sus utilidades financieras. Además, desde el punto de vista operacional, la participación accionaria del gobierno, unida a la presencia de importantes oficiales gubernamentales en la junta de la empresa mixta, asegura un fácil acceso al capital local y otras facilidades, como permisos y licencias de importación de los organismos gubernamentales, y generalmente mejora las comunicaciones entre el gobierno y la empresa transnacional.

Hasta ahora me he referido al fenómeno del control en las empresas mixtas entre los gobiernos y las empresas transnacionales. Sin embargo, la retención del control por parte de una empresa transnacional que posee una minoría de acciones es incluso más pronunciada dentro del marco de las empresas mixtas con nacionales del país receptor o un grupo de entidades de ese país. Ya he señalado que, en virtud de la revolución empresarial, la administración de una compañía puede ejercer control efectivo sin poseer ningún capital accionario. En los casos en que la empresa transnacional tiene una acción, aunque sea una participación minoritaria en la empresa mixta con nacionales, su capacidad para retener el control es acrecentada no sólo por todos los factores antes detallados, sino también porque los accionistas locales por lo general están dispersos y por lo tanto no pueden movilizar la fuerza necesaria para ejercer control o influencia significativos sobre las operaciones de la empresa. Este factor ha de ser cuidadosamente considerado al iniciar el tipo de planes de "indigenización" actualmente muy en boga en Nigeria, Ghana y muchos otros países en desarrollo.

Si el objeto de estas medidas es permitir que los nacionales asuman "las alturas dominantes" de la economía, debería reconocerse entonces que la transferencia de la mayoría de las acciones en las empresas de propiedad extranjera a los ciudadanos del país receptor no garantiza necesariamente un cambio de control.

Los problemas planteados por la propiedad y el control han ocupado la atención del Grupo Intergubernamental de Trabajo de la Comisión de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, al que se le ha encomendado que formule un código de conducta para las empresas transnacionales. Algunas de las normas tentativas formuladas para ser debatidas por dicho órgano son las siguientes:

17. Las empresas transnacionales deben asegurarse de que la división del poder de adopción de decisiones entre sus entidades permita que éstas actúen como buenos ciudadanos y contribuyan al desarrollo económico y social de los países en que funcionan.

18. Las diversas entidades de las empresas transnacionales deben cooperar entre sí a fin de satisfacer efectivamente los requisitos establecidos en los países en que funcionan.

19. Las empresas transnacionales deben cooperar con los gobiernos y los nacionales de los países en que funcionan en la facilitación de la participación local en el capital de sus entidades con miras a promover los objetivos nacionales de desarrollo.

20. Independientemente de la división formal del control determinada por la participación en el capital en las empresas mixtas y por los términos contractuales en los arreglos sin participación en el capital entre las empresas transnacionales y los intereses locales, las empresas transnacionales deben asegurar que el control compartido por los asociados locales pueda ser ejercido efectivamente.

21. Al aplicar sus políticas de personal, las empresas transnacionales deben dar prioridad al empleo y promoción de nacionales de los países receptores en todos los niveles de la gestión y la dirección con miras a fomentar su participación efectiva en el proceso de adopción de decisiones de las entidades locales.

22. Las empresas transnacionales deben contribuir a la capacitación administrativa de nacionales de los países huéspedes y facilitar su empleo en todos los niveles de la gestión de las empresas transnacionales en su conjunto.^{34/}

Debo señalar en términos inequívocos que el objeto de mi crítica de las empresas mixtas y los arreglos de participación no es iniciar un proceso contra tales transacciones. Hay que subrayar que, aparte de los posibles beneficios financieros y económicos, las empresas mixtas, cuando son debidamente manejadas o controladas, podrían servir como mecanismos útiles para la capacitación administrativa y técnica. Asimismo, podrían proporcionar acceso a las estrategias, políticas y técnicas operacionales de una empresa transnacional. Sin embargo, mi interés primordial es señalar los posibles peligros de tales arreglos que pueden socavar efectivamente las estrategias de desarrollo de los gobiernos receptores.

Si he pintado un cuadro demasiado desalentador sobre el problema de ejercer control dentro del marco empresarial de los arreglos de participación, me apresuro a añadir que un gobierno enfrentado a estas formidables dificultades no está indefenso. Puede invocar sus derechos soberanos para imponer un régimen externo de leyes, reglamentos y prácticas administrativas que puedan alcanzar sustancialmente el control que ha escapado a sus representantes en la sala de reuniones de la junta. La eficacia de un mecanismo externo de control dependerá, desde luego, del carácter del control que se busca obtener, el sector en que funcione la empresa transnacional, el carácter de la empresa y la eficacia con que se hagan cumplir las leyes pertinentes.

En cuanto al tipo de control que un gobierno puede considerar conveniente, las esferas importantes son políticas, financieras, técnicas y relacionadas con el desarrollo. Controlar las actividades políticamente delicadas de las empresas transnacionales, tales como la injerencia en los asuntos internos, soborno de funcionarios públicos, y actuar como instrumentos para promover los intereses políticos de los gobiernos locales, constituye esencialmente una cuestión de la que debe ocuparse el gobierno y no la sala de sesiones de la junta. Por consiguiente, estos asuntos se prestan para su reglamentación mediante leyes generales, etc.

Con respecto a los asuntos financieros, el principal interés del gobierno receptor radica en la cantidad de los tributos fiscales -honorarios, regalías, impuestos- y también en ejercer algún control sobre: 1) pagos al exterior de la empresa transnacional, como repatriación de dividendos, compras de materiales en el extranjero y fijación de precios de transferencia; 2) la estructura del capital de la compañía, y 3) acceso al capital local, reinversión de utilidades y adquisiciones. Un examen del carácter del control en cada uno de estos casos sugiere que el control a nivel gubernamental no sólo es adecuado sino también la estrategia más eficaz, independientemente de las políticas de las juntas de directores. Las

^{34/} Formulaciones del Presidente del Grupo Intergubernamental de Trabajo sobre principios y cuestiones importantes que se relacionan con las actividades de las empresas transnacionales, documento de las Naciones Unidas E/C.10/AC.2/8 (1978).

remesas de dividendos constituyen en gran medida una cuestión de política de control cambiario hecha cumplir mediante reglamentos de control cambiario; la fijación de precios de transferencia, la facturación, la compra de insumos no pueden ser tratadas fácilmente al nivel de la junta o por un solo organismo del gobierno receptor. El control sobre dichas actividades requiere un examen bastante detallado de las cuentas, una estricta vigilancia de todas las etapas de la transacción en las que se sospeche de prácticas inaceptables. En Ghana, por ejemplo, el mecanismo de control en esta esfera comprende a una firma suiza, General Superintendence,^{35/} retenida por el gobierno para verificar los precios de las exportaciones e importaciones frente a los niveles vigentes en el mercado mundial, el Banco de Ghana, el Departamento de Aduanas y de Impuesto al Consumo, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Comercio y el Departamento del Procurador General. A veces se crea una comisión investigadora para que investigue las acusaciones de facturación incorrecta y remesas ilegales.

El acceso al crédito local es también una cuestión de política gubernamental y reglamentaciones bancarias; y las adquisiciones son un asunto que corresponde a los organismos que se ocupan de la estructura industrial. En otras palabras, aunque la representación en la junta de directores puede perfectamente ser útil para influir en las actitudes y políticas de las filiales de empresas transnacionales en estas esferas, el control efectivo tendrá que provenir del gobierno y sus organismos pertinentes.^{36/}

Al parecer las políticas de desarrollo serían reguladas más apropiadamente a nivel de la junta que a nivel gubernamental. La junta debe controlar asuntos tales como la política de dividendos, el programa de expansión, la ejecución del programa de capacitación y la contratación de personal local. En algunas esferas el gobierno puede complementar los esfuerzos de los directores: por ejemplo, en la explotación de reservas de mineral puede conseguir un compromiso general de parte de la empresa transnacional en forma de una obligación en el acuerdo patrón, y en el empleo de nacionales el gobierno puede influir indirectamente en la compañía negándole un determinado nivel de cuota de expatriados. Con respecto a la expansión y otras actividades por el estilo, un gobierno con un sistema de control de las importaciones podría tener un efecto significativo en las estrategias de la compañía mediante la administración de las licencias de importación. Sin embargo, vale la pena señalar que la intervención notoria del gobierno en estos asuntos podría ser contraproducente.

El control sobre los asuntos técnicos, por ejemplo, las normas técnicas, de seguridad y ecológicas que han de observar las compañías mineras, constituye claramente materia de reglamentación general del gobierno.

^{35/} Conocida también como Société Générale de Surveillance, proporciona servicios de inspección bajo contrato a varios gobiernos de países en desarrollo que carecen de los expertos para controlar la calidad de las importaciones suministradas por los proveedores extranjeros.

^{36/} Léanse en general los documentos sobre control presentados por Edith Penrose a la Mesa Redonda sobre Negociaciones organizada por el Centro de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas, 24 a 28 de abril de 1978.

IV. OTRAS FORMAS CONTRACTUALES NUEVAS

En los 12 últimos años, la búsqueda de control y de mayores utilidades financieras por parte de los gobiernos huéspedes, particularmente en los países productores de petróleo, ha dado origen a una variedad de arreglos contractuales con las empresas transnacionales que, por lo menos en la forma, representan una desviación considerable del régimen de concesión tradicional. La característica común de estas nuevas formas de acuerdo es que subrayan la posición del Estado receptor como dueño indiscutido del recurso natural que se explotará. Están formalmente estructurados para poner término a la condición de enclave de que disfrutaba la empresa transnacional en la concesión tradicional y para reafirmar sin reservas la soberanía del Estado huésped sobre sus recursos naturales.

A diferencia de las concesiones, en estos nuevos contratos no se otorga a las empresas transnacionales la propiedad del recurso natural; simplemente se contrata a las empresas como contratistas o socios comerciales para que cumplan ciertas tareas especificadas por un honorario o recompensa en especie. Al parecer, los gobiernos huéspedes asignan gran importancia a la afirmación oficial de la propiedad de los recursos naturales por parte del Estado; algunos han promulgado leyes aboliendo expresamente las concesiones por ser incompatibles con la propiedad estatal. Al explicar semejante medida en Indonesia, el general Sutowo señaló lo siguiente:

Al otorgar una concesión, el factor más importante es la propiedad del petróleo. En todos los acuerdos de concesión el petróleo extranjero pertenece en su estado geológico al gobierno, pero tan pronto como el hombre le ha hecho algo, él es el dueño del petróleo. En esto radica la diferencia entre "concesión" y "no concesión", que el petróleo es propiedad del pueblo indonesio hasta el momento en que es transferido a otra parte, de acuerdo con la Constitución.^{37/}

Por otra parte, una ley boliviana de 1972 permite únicamente contratos de explotación con las empresas transnacionales en el aprovechamiento de los hidrocarburos. El Perú ha abolido análogamente su régimen de concesiones anteriormente basado en la ley del petróleo N° 11780.

A pesar del indudable significado político de la propiedad, algunos comentaristas ^{38/} han sugerido que las consecuencias funcionales de las nuevas formas de arreglos contractuales no son marcadamente diferentes de las de una concesión. Esta evaluación exige un análisis de los diversos tipos de acuerdo.

Contratos de servicio

La información disponible indica que hay poca uniformidad de contenido en los acuerdos calificados de contratos de servicio: los empleados en la industria del petróleo en el Oriente Medio y América Latina son sustancialmente distintos de los acuerdos celebrados respecto de minerales duros en Indonesia. Si bien estos últimos son llamados "contratos de servicio", difícilmente se pueden distinguir de las concesiones. Asimismo, cabe señalar que los contratos análogos en América Latina se llaman a veces contratos de explotación, trabajo o riesgo.

^{37/} Citado en R. Fabrikant, *Oil Discovery and Technical Change in Southeast Asia - Legal Aspects of Production Sharing Contracts in the Indonesian Petroleum Industry*, p. 137 (Institute of Southeast Asia Studies, Singapur, 1973).

^{38/} Smith y Wells, nota 5 supra, y Fabrikant, nota 37 supra.

Dos de los primeros contratos de servicio de la industria petrolera fueron acuerdos celebrados por el organismo estatal francés, Entreprise de Recherches et d'Activités Pétrolières (ERAP), con la Compañía Nacional de Petróleo del Irán en 1966 y la Compañía Nacional de Petróleo del Iraq en 1968, respectivamente.^{39/} Las principales características de dichos acuerdos y de los elaborados tomándolos como modelo son las siguientes:

1) La ERAP se comprometió a proporcionar la totalidad del capital de riesgo para la exploración y también para la producción si se descubría petróleo en cantidades comerciales. La filial de la ERAP tenía que proporcionar todos los servicios técnicos necesarios y actuar como contratista general.

2) Al descubrirse petróleo explotable comercialmente, todos los gastos de exploración efectuados por el Iraq habían de ser cargados a la Compañía Nacional de Petróleo en calidad de préstamo y reembolsados cuando la producción comenzara en forma de petróleo crudo en un período de 15 años, sin intereses. Los fondos gastados por la ERAP en la explotación del petróleo habían de considerarse como un préstamo con interés y reembolsarse en un período más corto.

3) Se encomendó a la ERAP que administrara la empresa y comercializara el petróleo que deseara exportar la Compañía Nacional de Petróleo.

4) El petróleo y el gasóleo producidos pertenecían a la Compañía Nacional de Petróleo, con sujeción a arreglos para la remuneración de la ERAP. No se concedieron a la ERAP derechos de propiedad sobre el petróleo y el gasóleo. A manera de remuneración, se autorizó a la ERAP para que comprara una parte garantizada del petróleo producido a un precio menor que el del mercado. En el Irán, se eximió a la ERAP del impuesto sobre la renta por considerarse que sus actividades no perseguían fines de lucro. Sin embargo, el acuerdo iraquí impuso una regalía del 13.5% basada en el precio de lista y también el pago de una prima por un total de 15 millones de dólares.

5) La duración del contrato era de 25 años en el Irán y de 20 años en el Iraq para la etapa de producción. El acuerdo incluía cláusulas de renuncia.

Los contratos de explotación o de riesgo en América Latina siguieron en gran medida la estructura básica de los contratos de servicio del Oriente Medio. De este modo, con arreglo al contrato de explotación celebrado en el Perú en 1971 entre Petróleos del Perú (PETROPERU), organismo estatal, y la Occidental Petroleum Corporation of Peru, empresa privada estadounidense, la Occidental se comprometió a proporcionar el capital de riesgo, todos los fondos necesarios para exploración y explotación, y todos los servicios técnicos necesarios. La empresa actuaría como contratista general y se le confió la responsabilidad exclusiva de todas las operaciones. La propiedad de los hidrocarburos descubiertos y producidos seguiría correspondiendo al Estado del Perú, de conformidad con el Artículo 37 de su Constitución. En consideración a sus servicios, la empresa recibiría entre el 44 y el 50% de los hidrocarburos extraídos, después de deducir los impuestos pagados al gobierno peruano.^{40/}

^{39/} Zakariya, nota 7 *supra*, p. 51.

^{40/} Cárdenas, Nuevas características del marco jurídico de la explotación de recursos naturales en el contexto latinoamericano (documento preparado para el Centro de Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas).

El modelo peruano ha sido seguido en gran medida en contratos de explotación celebrados por organismos nacionales encargados del petróleo o minerales en Panamá, el Uruguay, Guatemala, Bolivia y el Brasil.^{41/} Según los partidarios del modelo peruano, las notables ventajas del contrato de explotación son las siguientes:

1. El Estado no arriesga o invierte capital en la operación, y la zona es de responsabilidad exclusiva del contratista.

2. El petróleo y las reservas siguen siendo en todo momento propiedad del Perú, que no renuncia a sus derechos soberanos, situación que no es afectada por el pago en especie que recibe el contratista si logra éxito.

3. El Estado participa en el éxito desde el primer día en que éste se produce.

4. El acuerdo es directo, claro y sencillo de administrar, y de este modo reduce al mínimo los mecanismos administrativos y de supervisión.^{42/}

Como se indicó anteriormente, los contratos de servicio o de trabajo celebrados por Indonesia para la explotación de sus recursos de minerales duros difícilmente se pueden distinguir de una concesión, más allá de la designación de la empresa transnacional como contratista. Así, pues, en el contrato de trabajo celebrado en 1972 entre el Gobierno de Indonesia y la P.T. Baliem Valley Minerals, compañía indonesia organizada por un consorcio de empresas transnacionales, se otorgó a la compañía, entre otras cosas, "el derecho exclusivo a explorar y buscar minerales en la zona del contrato, a explotar todos los yacimientos minerales encontrados y a elaborar, refinar, almacenar y transportar por cualquier medio todos los minerales extraídos y a comercializar, vender o enajenar todos esos minerales dentro y fuera de Indonesia".^{43/} Cualquiera que fuese la posición técnica relativa a la propiedad estatal de recursos minerales, el contrato confiaba a la compañía el "control pleno y la administración exclusiva de todos los asuntos relacionados con la empresa".^{44/} Además, se dio a la compañía, "la opción librada a su discreción de discontinuar en cualquier etapa cualquiera operación emprendida por ella".^{45/}

En cuanto al régimen fiscal, en el contrato se estipulaban los tributos concesionarios usuales, a saber, alquiler de la tierra, regalías, impuesto sobre la renta, impuesto sobre las ventas y derecho de timbre. El plazo medio correspondiente a las diversas partes de la zona del contrato era de 40 años. Se aseguraba a la compañía el control y la gestión exclusivas de todos los asuntos relacionados con la comercialización de todos los productos de la empresa. No había disposición alguna relativa a la remuneración de la compañía en especie. De este modo, en lo que se refiere a todos los asuntos sustantivos tales como control, administración, comercialización, duración y régimen fiscal, este contrato de trabajo era más como una variante de una concesión que un contrato de servicio.

Los gobiernos receptores que han adoptado el modelo del Oriente Medio o latinoamericano han mantenido que estos contratos constituyen una mejora importante respecto de las concesiones. Señalan que en los contratos de servicio se hace

41/ Ibid.

42/ Ibid.

43/ Art. 2 a).

44/ Art. 2 f).

45/ Art. 2 f).

hincapié en la posición del Estado como dueño del recurso natural incluso después del descubrimiento y se relega a la empresa transnacional a la condición sólo de contratista y no de propietaria.^{46/} El enfoque funcional que he adoptado en el presente documento lleva a preguntarse si se trata únicamente de un detalle legal con poca significación funcional. Cualquiera que haya sido la posición oficial hace unos 30 años, las constituciones y las leyes de la mayoría de los países receptores han proclamado desde entonces la propiedad de los recursos naturales por parte del Estado. Técnicamente, el otorgamiento de una concesión no menoscaba esta posición legal porque los acuerdos de concesión rara vez designan al concesionario como propietario de un recurso al ser extraído. Lo que una concesión confiere a la empresa transnacional es el derecho exclusivo a la explotación y la comercialización. Cuando semejante derecho es reforzado por el control y la administración exclusivos de la empresa, entonces el concesionario ostenta para todos los fines prácticos la condición de propietario incluso en el punto de extracción.

De este modo, si el contrato de servicio continúa confiriendo la administración y el control exclusivos a la empresa transnacional, persistirá un componente esencial del régimen de concesión tradicional, a pesar del hecho de que en el contrato se considere que el Estado es propietario del recurso natural en el punto de extracción o que la empresa transnacional es remunerada en especie.

Algunos gobiernos, como los de Bolivia y Venezuela, han procurado participar en la gestión de la empresa estableciendo comités de control para que supervisen diversos aspectos de las operaciones y de los contratos de servicio.^{47/}

Sin embargo, un estudio empírico del funcionamiento de dichos contratos indica que la transferencia del control de las empresas transnacionales a los gobiernos receptores está garantizada no tanto por el recurso a formas contractuales y arreglos institucionales complejos como por la supervisión efectiva de las operaciones. En los casos en que la autoridad supervisora carece de las habilidades técnicas, financieras y administrativas necesarias, tal supervisión tiende a ser ineficaz y el control gubernamental se torna en gran medida ilusorio.^{48/}

Al examinar las consecuencias financieras de los contratos de servicio, de trabajo y de riesgo, vale la pena hacer hincapié en que la primera ventaja mencionada por los partidarios del modelo peruano es que el Estado no arriesga o invierte capital en la operación. Pero esta característica es compartida por los regímenes de concesión. Por lo tanto, el verdadero problema es si las utilidades financieras que obtiene el Estado en virtud de un contrato de servicio o su equivalente exceden sustancialmente los beneficios financieros de un régimen de concesión.

La novedad relativa de los contratos de servicio y acuerdos semejantes y la escasez de datos empíricos sobre las utilidades financieras que reportan a los gobiernos receptores hacen que esa comparación sea prematura. El monto de esas utilidades dependerá claramente del contenido del conjunto de medidas financieras y la fórmula para compensar a la empresa transnacional por sus servicios. Se puede afirmar con seguridad que ante los arreglos contractuales, el gobierno huésped debería obtener una utilidad más elevada de un contrato de servicio que

^{46/} Cárdenas, nota 40 supra.

^{47/} Smith y Wells, nota 5 supra, p. 49.

^{48/} Ibid.

los modestos beneficios financieros asociados a una concesión tradicional (a diferencia de la concesión modernizada).^{49/} Además, los contratos de servicio celebrados en el sector del petróleo en los 5 últimos años reflejan plenamente el incremento sustancial del precio del petróleo crudo dentro de este período y, por consiguiente, prometen un nivel mucho más elevado de rendimiento para los gobiernos receptores.^{50/}

Con todo, es dudoso que el empleo de cualquier forma contractual por sí misma altere el rendimiento mínimo que la empresa transnacional considera una condición previa absoluta para participar en un proyecto, particularmente cuando se trata de minerales no combustibles. Se puede despojar al contrato de servicios de los atributos de propiedad de un régimen de concesión, pero todavía entraña la venta del capital de riesgo de la empresa transnacional y de sus conocimientos especializados técnicos, administrativos y de comercialización. No cabe sorprenderse entonces de que las propias empresas no se hayan resistido tenazmente a estas innovaciones. Un comentarista ha sugerido en efecto que si la empresa transnacional ha proporcionado poco o ningún capital en virtud de un contrato de servicio, sus rendimientos financieros pueden ser incluso más elevados que los derivados de las concesiones. En tal caso, los riesgos financieros se reducen considerablemente, mientras que la estructura de los arreglos legales hace que la empresa transnacional sea menos vulnerable políticamente.^{51/}

Contratos de participación en la producción

Los contratos de participación en la producción suscritos entre los gobiernos receptores de países en desarrollo y las empresas transnacionales constituyen esencialmente variantes de contratos de servicio, excepto en un aspecto importante: en ellos se dispone la participación en la producción de la empresa por parte del gobierno receptor y la empresa transnacional sobre la base de una fórmula de distribución prescrita.

^{49/} Los beneficios financieros de las concesiones modernizadas, como el acuerdo renegociado del cobre de Bougainville entre el Gobierno de Papau Nueva Guinea y la Bougainville Copper Ltd. en 1974 podrían ser considerables. Véase Faber, Bougainville renegotiated - An analysis of new fiscal term, Mining Magazine, diciembre de 1974, p. 446.

^{50/} Por ejemplo, los acuerdos que la National Iranian Oil Co. celebró en 1974 con la CFP en Francia y la DEMINEX, de la República Federal de Alemania. En virtud de dichos contratos, las dos empresas transnacionales se comprometieron a pagar una prima de firma de 6 millones de dólares y 65 millones de dólares, respectivamente, y a gastar un mínimo de 40 millones de dólares y 65 millones de dólares, respectivamente, en labores de exploración en un período de 5 años. Asimismo, convinieron en pagar primas de producción. A manera de remuneración, sólo se les garantizó el derecho a adquirir cierta cantidad de la producción efectiva, entre el 35 y el 40%, durante un período de 15 años a un descuento que fluctuaba del 3 al 5% del precio de mercado. En ambos acuerdos las empresas transnacionales proporcionaron capital de riesgo para fines de exploración y explotación, pero había disposiciones apropiadas para que recuperaran estos gastos durante la etapa de producción (véase Zakariya, nota 7 supra, p. 53).

^{51/} Lipton, nota 15 supra, p. 59.

Una forma refinada de contrato de participación en la producción puede hallarse en Indonesia, que ha confiado mucho en tales arreglos contractuales con el propósito de explotar sus recursos naturales. Como en el caso de los contratos de servicio, la forma y el fondo de los contratos de participación en la producción varían considerablemente de acuerdo con el recurso natural en particular y las circunstancias que rodean su explotación.

En los 10 últimos años, el organismo nacional del petróleo de Indonesia, Pertamina (conocido anteriormente como Permina), ha suscrito varios contratos de participación en la producción con empresas transnacionales, en particular con las llamadas independientes, como la Phillips Petroleum Company. Las características esenciales de esos contratos son las siguientes:^{52/}

1) La empresa transnacional, que actúa como contratista general, se compromete a proporcionar toda la asistencia financiera y técnica necesaria para la explotación del petróleo y corre el riesgo de los costos de explotación necesarios.

2) Estos costos son recuperables del 40% del petróleo crudo producido por año. Si los gastos exceden el 40% estipulado, todo exceso recuperable ha de recobrase en los años subsiguientes. Del 60% restante de la producción, la Pertamina tiene derecho al 65% y el contratista, al 35%.

3) El derecho a la parte del contratista en la producción se produce en el punto de exportación. El contratista no adquiere ningún título sobre la zona de superficie. El equipo adquirido por el contratista llega a ser por último propiedad de Pertamina.

4) Un aspecto muy significativo de estos contratos es que se ha confiado a Pertamina la responsabilidad de la administración de las operaciones. Está dispuesto expresamente que el contratista será responsable ante Pertamina de la ejecución de las actividades petroleras; por consiguiente, el contratista es designado como el explotador exclusivo. A pesar de sus facultades administrativas, se exige a Pertamina que preste asistencia al contratista y celebre consultas con éste periódicamente "con miras al hecho de que se asigne al contratista la responsabilidad de llevar a cabo el programa de trabajo."^{53/} El otorgamiento de responsabilidad administrativa al organismo nacional del petróleo constituye una marcada desviación de los arreglos administrativos en virtud de concesiones, empresas mixtas y contratos de servicio. Sin embargo, cabe señalar que la importancia práctica de la estipulación indonesia se ve disminuida por el hecho de que la responsabilidad operacional se confía al contratista.

Las consecuencias funcionales del contrato de participación en la producción no pueden ser evaluadas haciendo referencia a las disposiciones del contrato únicamente. Es cierto que el modelo indonesio sitúa claramente la propiedad de la producción en el Estado receptor. El derecho a la parte de la producción de la empresa transnacional ocurre en el punto de exportación y no en la fuente, como en virtud del régimen de concesión tradicional. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, esta distinción tiende a ser artificial en términos funcionales y, en el mejor de los casos, es sólo un recurso técnico para ajustarse a las formalidades de la soberanía nacional sobre los recursos naturales.

^{52/} Véase, por ejemplo, el contrato de participación en la producción celebrado entre Pertamina y la Phillips Petroleum Co. Indonesia y la Tenneco Indonesia Inc., de fecha 22 de marzo de 1975, enmendado el 30 de junio de 1975.

^{53/} Id., sección V, punto 1.3 a).

Robert Fabrikant pone en tela de juicio incluso el significado legal de esta distinción:

Los indonesios sostienen que el Artículo 33 de la Constitución de 1945, en el que se declara que "las riquezas naturales serán controladas por el Estado", prohíbe a los contratistas que adquieran la propiedad del petróleo crudo antes del punto de exportación ... Sin embargo, simplemente postergando la transferencia de la propiedad, los contratos de participación en la producción crean una distinción artificial que eleva a la forma por sobre el fondo. Es más, hay motivos para creer que las partes consideran que la transferencia de propiedad efectivamente ha tenido lugar antes del punto de exportación. Si la propiedad del petróleo fue verdaderamente retenida por Indonesia antes del punto de exportación parece extraño que Pertamina: 1) compense a los contratistas por abastecer al mercado interno de petróleo que no ha pasado y puede no pasar jamás por un punto de exportación, o 2) devuelva toda la diferencia de precio del petróleo "al costo" a los contratistas que no pueden igualar el precio de comercialización de Pertamina.

Compensar al contratista por satisfacer la necesidad de abastecimiento interno implica que se está pagando al contratista por renunciar a su derecho al petróleo, del que en otras circunstancias tendría derecho a disponer libremente. Esto presupone que tiene título de propiedad sobre el petróleo o que, si bien su petición de que se le otorgue el título no ha sido todavía formalmente aceptada, es tan fuerte que no puede ser derrotada sin compensación. Si el contratista no tiene título de propiedad y no puede igualar el precio de comercialización de Pertamina, en ese caso no debería reclamar la diferencia de precio del "petróleo al costo" que no ha pasado todavía un punto de exportación. Dado que devolver la diferencia al contratista no conviene al interés financiero de Pertamina, la única justificación debe ser que el petróleo ya pertenece al contratista.^{54/}

La cuestión crucial es si las nuevas formas contractuales aseguran al gobierno huésped el control efectivo sobre las actividades de la empresa transnacional. A este respecto, el contrato indonesio de participación en la producción va más allá que los demás arreglos legales al idear un mecanismo para el control, a saber la designación de Pertamina como administrador de la empresa. Sin embargo, la eficacia de estos importantes arreglos institucionales ha sido socavada en la práctica por la falta de habilidades administrativas y tecnológicas de Pertamina. Fabrikant nuevamente hace una observación perspicaz a este respecto:

A primera vista es difícil no estar de acuerdo con las reclamaciones indonesias de que, a diferencia de los típicos arreglos concesionarios, la explotación de petróleo en Indonesia está en manos de los indonesios; sin embargo, un examen de las relaciones existentes entre Pertamina y las compañías petroleras revela la disparidad entre la palabra escrita y la realidad. Las diferencias legales entre los contratos de participación

^{54/} Fabrikant, nota 37 *supra*, pp. 138-139. Fabrikant califica este análisis con la sugerencia de que la única significación de postergar la transferencia de propiedad es que podría impedir las acciones legales iniciadas por los contratistas contra los compradores de petróleo nacionalizado, dado que, en teoría, el gobierno podía pasar el título a una tercera parte antes de que el petróleo llegara al punto de exportación. Esto parecería ser válido, pero es dudoso que sea apropiado referirse al petróleo desviado por el gobierno en violación del contrato como nacionalizado, dado que el título de propiedad sobre dicho petróleo ya correspondería al Estado.

en la producción y los contratos de concesión a menudo carecen de importancia operacional. En particular ... los contratistas han retenido un efectivo control administrativo a pesar de la cláusula de administración. Las funciones que hasta ahora han desempeñado los contratistas prácticamente no se pueden distinguir de las desempeñadas por los concesionarios que tienen una participación oficial en el capital y gozan de privilegios administrativos exclusivos. La atracción, así como la asignación, de capital, habilidades administrativas y tecnología han permanecido básicamente en manos de los contratistas.^{55/}

Se ha sugerido que los gobiernos del Oriente Medio ejercían, en virtud de las concesiones modernizadas, mayor control sobre las operaciones de las empresas transnacionales que el ejercido por Pertamina.^{56/}

El contrato de participación en la producción celebrado en 1973 entre la Nigerian National Oil Corporation y la Ashland Oil (Nigeria) Company sigue en líneas generales el modelo indonesio en lo que se refiere a disposiciones básicas como el régimen fiscal, las obligaciones laborales y los arreglos de participación en la producción. Sin embargo, las disposiciones del acuerdo nigeriano son menos ambiciosas -algunos dirían que menos pretenciosas- que los arreglos indonesios en las esferas de la propiedad y el control. Así, pues, en contraste con los acuerdos indonesios, en el acuerdo Ashland se dispone que "el título de propiedad sobre el petróleo crudo disponible asignado a cada parte tendrá lugar en la fuente".^{57/} Como ya he señalado, aunque este concepto ha sido identificado con el régimen de concesión tradicional, las estipulaciones técnicas referentes al traspaso del título tienen poca o ninguna significación económica o funcional.

Por lo que se refiere al control, el acuerdo Ashland se aparta del modelo indonesio al confiar las responsabilidades administrativas y operacionales exclusivamente a la Ashland. Sin embargo, teniendo en cuenta la discrepancia entre las disposiciones contractuales oficiales y la práctica en los arreglos indonesios, el efecto de las disposiciones indonesias no es notablemente distinto del efecto del acuerdo Ashland. Tal vez la única diferencia significativa sea que, en virtud de sus facultades administrativas oficiales, Pertamina dispone de más medios para insistir en una inspección minuciosa de todos los aspectos de las actividades de las compañías petroleras. En particular, Pertamina tiene acceso a más documentos, informes y otros datos que los que habría sido posible obtener de otra manera, con arreglo a los requisitos usuales de presentación de informes en otros tipos de acuerdos. Las disposiciones administrativas brindan a los oficiales de Pertamina una excelente oportunidad para aprender las técnicas y habilidades operacionales de las compañías petroleras, proceso que finalmente fortalecerá las funciones de supervisión de Pertamina y, por consiguiente, su control.^{58/}

^{55/} Id., p. 129.

^{56/} Id., p. 130.

^{57/} Sección VI, subsección 1.4 del acuerdo.

^{58/} Sin embargo, informes recientes indican que el Gobierno de Indonesia ha realizado una importante investigación por acusaciones de grave inmoralidad contra Pertamina.

En cuanto a los aspectos financieros, hay pocos indicios de que los contratos de coproducción dejen mayores utilidades a los gobiernos huéspedes que los contratos de servicio; pero la eliminación de los arreglos de participación en las utilidades acaba con una fuente potencial de conflicto con las empresas transnacionales respecto de materias tales como la determinación de utilidades, el cálculo de los impuestos y las transacciones entre filiales que entrañen fijación de precios de transferencia.

Acuerdos de asistencia técnica

Una adición reciente y muy importante a las nuevas formas de arreglos contractuales entre los gobiernos receptores de países en desarrollo y las empresas transnacionales es el acuerdo de asistencia técnica. En dicho arreglo, la empresa transnacional se compromete a proporcionar servicios técnicos para la ejecución de un proyecto por un honorario especificado, sin ningún interés de propiedad, ya sea inmediato o remoto, en la producción de la empresa. La estructura de un acuerdo de asistencia técnica representa la desviación más radical respecto de una concesión tradicional: perfecciona la relegación de la empresa transnacional de la posición de propietaria a la de contratista. Un ejemplo típico es el acuerdo celebrado el 26 de septiembre de 1972 entre la Sar Chesmeh Copper Mine Company, compañía nacional minera del Irán, y la Anaconda Irán, una filial de propiedad total de la Anaconda Company, cuyos aspectos característicos pueden resumirse de la siguiente manera:

1) A diferencia de las concesiones, los contratos de servicio y los acuerdos de participación en la producción, el acuerdo de asistencia técnica no impone ninguna obligación a la empresa transnacional de proporcionar capital para el proyecto. La financiación del proyecto es de la exclusiva responsabilidad del gobierno receptor. Ello significa, en efecto, que la empresa transnacional no asume absolutamente ningún riesgo financiero respecto del proyecto.

2) El gobierno huésped es el propietario de los recursos naturales, la totalidad de la producción y el equipo y otras instalaciones relacionadas con el proyecto.

3) La empresa transnacional proporciona servicios técnicos en forma de datos y asistencia en todos los aspectos de la ejecución del proyecto, lo que incluye los aspectos mineros, geológicos, de ingeniería, metalúrgicos y de diseño, así como la elaboración de datos, los procedimientos de explotación y conservación, los programas de capacitación, los procedimientos de contratación de personal, invenciones y otra información patentada, y un plan para llevar a la práctica las diversas fases del proyecto. Entre las obligaciones de la empresa transnacional no se incluye la responsabilidad por la enajenación o comercialización del producto, la prestación de asesoramiento de mercado, la capacitación de un personal de ventas para el gobierno huésped, y la adquisición de cualquier parte del producto por su propia cuenta.

4) En cuanto a la administración, la junta directiva del organismo nacional de minería, que actúa por intermedio de su director gerente, tiene "plenas facultades, autoridad y responsabilidad respecto del proyecto". Sin embargo, la empresa transnacional adscribe a su propio personal técnico para que dirija el proyecto bajo un gerente general designado por la empresa y nombrado por el organismo nacional. El gerente general es el miembro de mayor jerarquía del personal adscrito y asume la responsabilidad por el

/desempeño de

desempeño de la empresa transnacional en virtud del acuerdo. Para permitirle que actúe eficazmente, el organismo nacional delega en él todas las facultades administrativas, excepto en determinadas materias tales como el empleo de contratistas y subcontratistas, la entrega de certificados de recepción definitiva al contratista o los contratistas, y la liberación final del contratista o contratistas generales y el pago a ellos, para lo cual tiene que conseguir la aprobación previa del director gerente.

5) Antes de que comience la producción, se remunera a la empresa transnacional mediante honorarios en cantidades estipuladas y más tarde, durante un período convenido, mediante un porcentaje convenido del valor de las ventas del producto.

Es evidente que la empresa transnacional actúa simplemente como contratista en virtud de estos arreglos. No proporciona ningún capital de riesgo o ninguna forma de financiamiento para el proyecto; no reclama la propiedad o siquiera derechos garantizados de compra de parte alguna de la producción; y no asume ninguna responsabilidad por la comercialización. Si bien proporciona personal técnico para que dirija la empresa, dicho personal, incluido el gerente general, actúa bajo la autoridad del director gerente y la junta directiva del organismo nacional de minería.

Desde el punto de vista del gobierno receptor, la afirmación de soberanía y propiedad es completa en un acuerdo de asistencia técnica ya que el carácter mismo de la transacción impide la transferencia de la propiedad de cualquier aspecto de la empresa a la compañía transnacional. Sin embargo, los beneficios financieros son menos evidentes; el gobierno asume todos los riesgos financieros del proyecto a la vez que se compromete a pagar a la empresa transnacional un honorario fijo, incluso antes de que comience la producción comercial. En cuanto a la administración, los arreglos son similares a los efectuados entre Pertamina de Indonesia y las empresas transnacionales en la industria del petróleo. Aunque la autoridad y responsabilidad plenas de la junta directiva del organismo nacional se subrayan de manera inequívoca en el acuerdo, la contratación del personal de la empresa transnacional y la delegación de vastas facultades administrativas al gerente general, también adscrito por la empresa, parecerían dejar la administración prácticamente en sus manos. Como se ha señalado reiteradamente en el presente documento, el control sin el conocimiento técnico especializado es una simple ilusión.

Experiencia Este-Oeste

En el último decenio, las empresas transnacionales occidentales han celebrado arreglos contractuales como acuerdos de coproducción, empresas mixtas, concesión de licencias, investigación y aplicación de los resultados en conjunto, comercialización conjunta y especialización con diversos organismos de países de Europa Oriental. Aunque estos arreglos no se han efectuado en el sector extractivo, son ilustrativos como instrumentos viables de cooperación entre organizaciones de diferentes países.^{59/}

^{59/} Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, Analytical Report on Industrial Co-operation Among European Economic Countries (Informe analítico sobre la cooperación industrial entre países de la Comunidad Económica Europea) (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.73II.E.11, 1973).

En los acuerdos de coproducción, por ejemplo, los asociados se proporcionan mutuamente partes y componentes que se incorporarán en un producto final conjunto que es comercializado por ambos socios en sus respectivos mercados. En 1977 un acuerdo semejante fue celebrado por un organismo húngaro y una firma de la República Federal de Alemania para la fabricación conjunta de correas transportadoras y máquinas machacadoras para la industria minera, con una producción anual proyectada de aproximadamente 2 millones de marcos. Un acuerdo de especialización difiere de la coproducción en el sentido de que ciertas partes de una línea de productos son fabricadas por el socio oriental mientras otras son producidas por el socio occidental. A continuación, los productos son intercambiados y se otorgan derechos de comercialización recíprocos. Un ejemplo de esta forma de cooperación es el arreglo concertado entre una firma de la República Federal de Alemania y una empresa yugoslava para la especialización en la producción de una serie de motores diesel. Los motores más pequeños son producidos por el socio yugoslavo y los más grandes, por el socio occidental.

Estos arreglos han logrado éxito en gran parte porque los socios orientales disponen de los necesarios conocimientos técnicos especializados para participar efectivamente en la administración y el control. De este modo, las empresas conjuntas han sido acogidas con agrado como formas eficaces de cooperación industrial sobre la base de igualdad por asociados de diferentes sistemas económicos y sociales.

OBSERVACIONES FINALES

He examinado con cierto detenimiento los diversos arreglos legales para demostrar que, en su búsqueda de la propiedad y el control, los gobiernos de los países en desarrollo con frecuencia han confundido los símbolos con lo esencial. La idea de propiedad evoca el sentimiento de satisfacción y euforia políticas asociado al logro de la independencia política. Sin embargo, así como actualmente se reconoce que la soberanía carece de sentido sin el poder económico, del mismo modo la propiedad tiene poca significación en términos económicos a menos que se traduzca en control efectivo y beneficios financieros concretos reforzados por sólidas habilidades administrativas y técnicas. Si bien la adopción de complejos arreglos jurídicos es ciertamente útil, tales mecanismos no pueden por sí solos asegurar a los países en desarrollo el logro de todas sus metas de desarrollo. No existe sustituto alguno para la capacitación técnica y la adquisición de las habilidades básicas esenciales para la administración y la explotación de empresas que pertenecían anteriormente a empresas transnacionales.

Las dificultades formidables con que se ha tropezado al reestructurar las relaciones entre los gobiernos receptores y las empresas transnacionales con respecto a las esferas críticas del control y los beneficios financieros han producido a veces una desesperación que raya en el cinismo. Se ha sugerido que ninguna innovación refinada en materia de arreglos contractuales podrá impedir eficazmente que las empresas transnacionales obtengan el beneficio que deseen o retengan control de hecho mientras disfruten prácticamente de un monopolio de recursos tan vitales como el capital, los conocimientos especializados tecnológicos y administrativos, y los medios de distribución. Es inútil y contraproducente, se sostiene, hacer más severo el marco institucional para el funcionamiento de las empresas transnacionales ya que dichas empresas siempre encontrarán los medios para lograr que los países en desarrollo paguen un precio apropiado por los recursos vitales de que disponen.

/Los "realistas"

Los "realistas" derivarán ciertamente algún consuelo de las pruebas que he presentado en este documento. El desarrollo nacional, el poder económico y la confianza en los propios medios no se pueden lograr únicamente mediante la habilidad legal; tienen que ser respaldados por sólidas medidas políticas y económicas, así como por una movilización intencionada de aquellas habilidades decisivas que constituyen las condiciones previas esenciales de la autosuficiencia económica. Sin embargo, el reconocimiento de estas serias realidades de ninguna manera disminuye el valor de un proceso continuado y sostenido de revisión de los arreglos legales con las empresas transnacionales para corregir el desequilibrio del antiguo patrón de relaciones. Sería simplista desechar del todo la pertinencia de la innovación legal e institucional.

Sin embargo, los realistas suelen ir más lejos que esto; insisten en el argumento hasta el punto de aconsejar contra cualquier revisión significativa de los conceptos tradicionales relativos a las transacciones transnacionales sobre la base de que tal medida provocaría alguna reacción de las empresas perjudicial para el interés de los países en desarrollo. Así, se señala, por ejemplo, que una empresa transnacional, enfrentada a los estrictos reglamentos de un país receptor, puede recurrir a diversos mecanismos para maximizar sus utilidades en el tiempo más breve posible o desviar sus inversiones y otras operaciones hacia países desarrollados o hacia países en desarrollo más condescendientes. No se pueden desestimar por completo los peligros de semejante reacción; pero me permito decir que no constituyen un argumento convincente contra los esfuerzos sostenidos encaminados a lograr una reestructuración significativa del marco básico de la legislación transnacional en favor de los países en desarrollo. En primer lugar, ciertas materias primas como el petróleo atraerán siempre a las empresas transnacionales, cualesquiera que sean los arreglos legales estipulados por los países receptores. La racha reciente de renegociaciones y revisiones de acuerdos en el sector del petróleo no ha dado origen a un éxodo general de las empresas transnacionales desde los países productores de petróleo. Por el contrario, dichas empresas se han adaptado a arreglos tales como contratos de servicio, acuerdos de asistencia técnica, acuerdos de administración y contratos de compra a largo plazo. Por supuesto, es cierto que los minerales duros no aseguran a los países receptores el mismo poder de negociación que el petróleo. Sin embargo, la actitud de las empresas transnacionales respecto de la renegociación de acuerdos mineros se ha caracterizado por un considerable realismo y, si bien existen pocos indicios de que hayan hecho nuevas inversiones en el sector minero de los países en desarrollo en los últimos años, no hay pruebas concluyentes de que esta reacción sea permanente. Además, las compañías mineras transnacionales se están ajustando gradualmente a los arreglos legales revisados con sus gobiernos receptores.

Pero el enfoque realista plantea una cuestión mucho más fundamental, a saber, si existe una opción viable frente al estado casi permanente de antagonismo y desconfianza que amenaza las relaciones entre los gobiernos receptores y las empresas transnacionales. Cualquier observador perspicaz no puede menos que advertir que los países en desarrollo están en general desencantados de los conceptos legales básicos que apuntalan el viejo orden económico internacional, sentimiento que produce presiones poderosas para que el gobierno intervenga a fin de eliminar las injusticias del sistema. Por otra parte, es igualmente evidente que las empresas transnacionales han llegado a ser cada vez más sensibles a lo que ellas

/consideran una

consideran una intervención gubernamental imprevisible en sus intereses comerciales legítimos, situación que da a las empresas un incentivo poderoso para maximizar sus utilidades y abandonar el país receptor en la primera oportunidad con poco o ningún miramiento por las necesidades de desarrollo a largo plazo de dicho país. Creo que esta confrontación persistirá a menos que se reformen las normas básicas de procedimiento para asegurar un sistema más equitativo que considere debidamente tanto los intereses de desarrollo a largo plazo de los países receptores como los legítimos intereses financieros y comerciales de las empresas transnacionales.