



Asamblea General

Distr. general
7 de junio de 2017
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

50° período de sesiones

Viena, 3 a 21 de julio de 2017

Posible labor futura de la CNUDMI sobre redes contractuales: propuesta del Gobierno de Italia

Nota de la Secretaría

El Gobierno de Italia ha solicitado a la Secretaría que transmita a la Comisión la propuesta de una posible labor futura de la CNUDMI sobre formas de organización distintas de los modelos societarios (redes contractuales) para que la examine en su 50° período de sesiones. El texto de la propuesta se reproduce en el anexo de la presente nota, en la forma en que la recibió la Secretaría. La propuesta se presentó al Grupo de Trabajo I (MIPYME) durante su 28° período de sesiones (Nueva York, 1 a 9 de mayo de 2017) (A/CN.9/WG.I/WP.102).



Anexo

Redes contractuales y desarrollo económico: propuesta de Italia sobre una posible labor futura de la CNUDMI relativa a formas de organización distintas de los modelos societarios

I. Introducción

1. En el 23º período de sesiones del Grupo de Trabajo I, celebrado en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2014, Italia y Francia presentaron observaciones sobre posibles modelos legislativos alternativos para microempresas y pequeñas empresas (A/CN.9/WG.I/WP.87). Esas observaciones tenían por objeto presentar modelos legislativos nacionales aplicables a las microempresas y pequeñas empresas que podían permitir la separación de los bienes de una empresa sin tener que crear una entidad con personalidad jurídica, pero que podían brindar la protección de la responsabilidad limitada. En particular, con respecto al modelo italiano se hizo referencia a la cooperación entre microempresas y pequeñas y medianas empresas (MIPYME) mediante el llamado “contrato de red” (*contratto di rete*). Ese modelo no solo posibilita la separación de los bienes y, por consiguiente, la protección de la responsabilidad limitada, sino también facilita la internacionalización de las MIPYME y la cooperación transfronteriza. Además, crea un instrumento para vincular las MIPYME a empresas de mayor tamaño, al permitir a las primeras incorporarse a la cadena de suministro de las segundas.

2. El Grupo de Trabajo I se ocupa actualmente de dos instrumentos, uno sobre la inscripción registral de empresas (A/CN.9/WG.I/WP.101, acerca del proyecto de guía legislativa sobre los principios fundamentales de la inscripción registral de empresas) y otro sobre el régimen aplicable a una entidad de responsabilidad limitada (A/CN.9/WG.I/WP.99 y A/CN.9/WG.I/WP.99/Add.1, titulados “Proyecto de guía legislativa sobre la Entidad de Responsabilidad Limitada de la CNUDMI”). En su 27º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2016) el Grupo de Trabajo acordó dedicar parte del tiempo de su 28º período de sesiones (Nueva York, 1 a 9 de mayo de 2017) a la posible labor futura, una vez que se concluyeran los dos instrumentos señalados. Para complementar las observaciones formuladas por Italia y Francia en el documento A/CN.9/WG.I/WP.87, y convencida de que ese documento, sobre los modelos que permiten la separación de los bienes de una empresa, así como la internacionalización de las MIPYME y la cooperación transfronteriza entre ellas, complementaría a su vez los regímenes previstos en los textos que está elaborando el Grupo de Trabajo, Italia presenta estas observaciones para ilustrar tanto la posible labor futura relativa a formas de organización que ofrecen una alternativa a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada como sus beneficios previstos para las MIPYME. El objetivo es remediar, mediante un instrumento contractual flexible, el desequilibrio entre los mecanismos de inscripción registral de empresas, por una parte, y la creación de una entidad de responsabilidad limitada, por la otra. Como se explicará, ese modelo sería especialmente indicado para las economías cuyo entorno económico depende mucho de las MIPYME.

II. Entorno empresarial

1. Las cadenas de valor mundiales brindan muchas oportunidades a las pequeñas y medianas empresas

3. El desarrollo económico se orienta cada vez más hacia la incorporación de las economías nacionales a los mercados mundiales. Las estadísticas recientes indican que entre 1995 y 2011 la mayoría de los países desarrollados y en desarrollo aumentó considerablemente su contribución a las cadenas de valor mundiales, aprovechando la reducción de los costos del comercio y los avances de la tecnología de las

comunicaciones¹. La competitividad de las cadenas de valor mundiales no depende de una sola economía nacional, sino que se basa en un *conjunto de trabajo, capital y tecnología*².

4. En ese entorno, las inversiones extranjeras han cumplido una función importante. Sin embargo, han adquirido mayor relevancia incluso las llamadas “formas no accionariales” de producción internacional, como “la fabricación por contrato, la subcontratación de servicios, la agricultura por contrato, las franquicias, las licencias, los contratos de gestión y otros tipos de relaciones contractuales por las que las [empresas transnacionales] ETN coordinan las actividades de las empresas de los países receptores sin poseer acciones en ellas”³. Ciertamente, la participación en las cadenas de valor mundiales requiere una coordinación mayor y más explícita, y corresponde a los países en desarrollo facilitar mediante ella el fortalecimiento de las economías nacionales⁴.

5. ¿Cuál es el papel de las MIPYME en este contexto? Las cadenas de valor mundiales brindan oportunidades importantes a las pequeñas y medianas empresas, incluso a las que operan en países de ingresos bajos y países en desarrollo⁵. Al aprender de otros agentes de la cadena e interactuar con ellos, esas empresas pueden obtener acceso a tecnologías y mercados nuevos, contribuyendo de ese modo a la creación de valor, no solo para beneficio de las economías nacionales, sino también del conjunto de la sociedad⁶.

2. Sin embargo, las MIPYME tropiezan con una serie de graves obstáculos para obtener acceso al comercio mundial y las cadenas mundiales de suministro

6. Uno de esos obstáculos es la falta de un marco jurídico común adecuado. Las microempresas y las PYME⁷ son el esqueleto de los sistemas nacionales de producción industrial y agrícola⁸. No obstante, tropiezan con una serie de graves

¹ Véase OMC, Estadísticas del comercio internacional 2015: “En 2011, casi la mitad (el 49%) del comercio mundial de mercancías y servicios se llevó a cabo a través de cadenas de valor mundiales, frente a un 36% en 1995. La tendencia de los países a especializarse en determinadas etapas del proceso de producción de los bienes (el fenómeno conocido como especialización vertical), inducida por la inversión extranjera directa, ha generado nuevas oportunidades comerciales, especialmente para las pequeñas economías en desarrollo y para las economías de Europa Oriental. Una consecuencia de la intensificación de la especialización vertical ha sido el aumento del comercio mundial de bienes intermedios”.

² R. Baldwin, *Multilateralising 21st Century Regionalism*, Foro Mundial de la OCDE sobre Comercio, febrero de 2014, pág. 5.

³ Véase UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo 2011, en que se explica que en 2009 la actividad transfronteriza basada en esas “formas no accionariales” de producción generó en todo el mundo más de 2 billones de dólares en ventas. En ese documento se señala que “La fabricación por contrato y la subcontratación de servicios representaron entre 1,1 y 1,3 billones, las franquicias entre 330.000 y 350.000 millones, las licencias entre 340.000 y 360.000 millones y los contratos de gestión alrededor de 100.000 millones de dólares”.

⁴ Véase el informe de la OCDE, la OMC y el Grupo Banco Mundial titulado “Global Value Chains: Challenges, Opportunities and Implications for Policy”, preparado para presentarlo a la Reunión de Ministros de Comercio del G-20 celebrada en Sydney (Australia) el 19 de julio de 2014.

⁵ Véase el informe de la OCDE y el Grupo Banco Mundial titulado “Inclusive Global Value Chains Policy options in trade and complementary areas for GVC Integration by small and medium enterprises and low-income developing countries”, preparado para presentarlo a la Reunión de Ministros de Comercio del G-20 celebrada en Estambul (Turquía) el 6 de octubre de 2015.

⁶ Véase “Inclusive Global Value Chains Policy options”, en el documento citado.

⁷ Las diferencias entre las microempresas y las PYMES indican que se requieren políticas concretas para apoyar sus actividades y fomentar su crecimiento en los planos nacional y mundial. Si bien creemos que los objetivos son similares, sostenemos que los instrumentos jurídicos pueden diferir según el tamaño y la capacidad de las empresas y el ámbito de sus actividades (ya sea mundial o nacional).

⁸ En Italia, las microempresas (con 0 a 9 empleados) representan el 95,3% del total, las PYMES con 10 a 249 empleados el 4,6% y las que tienen 250 empleados o más el 0,1% en los sectores industrial, de los servicios y de la construcción (no se dispone de datos análogos sobre la agricultura); en términos de valor añadido, corresponde a las microempresas el 30,6%, a las PYMES el 38,4% y a las grandes empresas el 31%. En cuanto al total de empresas, las microempresas son el 83% en el sector industrial, el 96,7% en el de los servicios y el 96,1% en el

obstáculos para obtener acceso al comercio mundial y las cadenas mundiales de suministro⁹. Esos obstáculos se refieren, en particular a lo siguiente: 1) el acceso al capital, 2) el acceso a tecnología, derechos de propiedad intelectual y conocimientos técnicos, y 3) el acceso a mano de obra calificada y bien capacitada¹⁰. A fin de garantizar la participación de las PYMES en el comercio mundial, debe facilitarse su acceso a los recursos esenciales mediante la promoción de un marco jurídico común adecuado y nuevas políticas industriales.

7. La fragmentación del marco jurídico dificulta más aún la participación de las PYMES en el comercio mundial. Los sistemas jurídicos nacionales han elaborado diversos instrumentos, principalmente en el ámbito del derecho de sociedades, para promover la integración de las PYMES, pero se ha hecho relativamente poco para favorecer la colaboración contractual tanto entre las PYMES como entre estas y los líderes de cadenas mundiales, como las empresas transnacionales. La fragmentación es aún más problemática si se tienen en cuenta la legislación tributaria nacional y las políticas en materia de ayudas públicas e inversión extranjera directa (IED), en las que existen notables diferencias y es frecuente el arbitraje regulador. La armonización del derecho aplicable a la colaboración contractual entre empresas puede reducir la fragmentación regulatoria y ayudar a las PYMES que participan en el comercio mundial a lograr acceso a recursos y oportunidades.

3. Complementariedad entre la creación de empresas y la colaboración contractual

8. El crecimiento de las PYMES se ve propiciado, entre otros factores, por la adopción de un marco jurídico adecuado que fomente la coordinación entre ellas a fin de favorecer el crecimiento económico y la especialización. Las empresas pueden crecer por medio de su integración en sociedades o la colaboración contractual en diverso grado.

9. Estos dos grupos de instrumentos jurídicos son complementarios. El grupo societario (sociedad o cooperativa) apoya la integración de diferentes empresas ya existentes cuando el grado de confianza y conocimiento mutuos es elevado y si el proyecto industrial está bien definido desde el principio. El grupo contractual crea un marco para que las empresas busquen nuevas formas de colaborar, en particular cuando tal vez no se incorporarían normalmente a un proyecto industrial común exigente y oneroso. La falta de disponibilidad constante de capital físico o la desigualdad del acceso a recursos financieros entre los posibles socios también pueden disuadir a las PYMES de incorporarse a modalidades societarias de integración. La complementariedad de las modalidades societaria y contractual permitiría poner en marcha un proceso en el cual las PYMES comiencen por la colaboración contractual y terminen creando empresas nuevas que integraran algunas de sus actividades.

10. Si las PYMES conocen relativamente poco a sus socios, el grado de riesgo e incertidumbre de una posible colaboración es mayor, y los incentivos para invertir pueden ser menores al principio. En ese caso, el enfoque contractual es más apropiado que la creación de una nueva empresa. Se requiere un instrumento más flexible, que maximice las ventajas de la cooperación y mitigue los costos de los conflictos y el oportunismo.

11. La colaboración es un proceso que podría necesitar varias etapas. La primera sería la colaboración contractual, que podría o no dar lugar a la creación de una empresa con propiedad más integrada de los distintos tipos de bienes, tanto corporales como incorporeales. Por ello, la evolución de la colaboración contractual debería ser compatible con la resolución o preservación del contrato o su transformación en una sociedad. Las redes contractuales (por ejemplo, contratos pluripartitos entre PYMES ubicadas en una sola jurisdicción o en varias) pueden constituir un instrumento de ese

de la construcción; las PYMES son el 16,7% en el sector industrial, el 3,2% en el de los servicios, y el 3,9% en el de la construcción.

⁹ Véase “Inclusive Global Value Chains Policy options”, en el documento citado.

¹⁰ Véase el informe de la OIT titulado “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”, Conferencia Internacional del Trabajo, 2016, que puede consultarse en www.ilo.org.

tipo con un nivel relativamente bajo de capital inicial, bajos costos de entrada y de salida y una infraestructura de gestión sencilla. Los contratos pluripartitos pueden facilitar el acceso al capital al proporcionar garantías recíprocas a las instituciones de crédito; pueden facilitar el acceso a nuevas tecnologías mediante la creación de plataformas tecnológicas comunes, en las que podrán utilizarse derechos de propiedad intelectual comunes. Sería posible obtener mano de obra calificada mediante el intercambio de empleados, que podrán rotar entre las empresas participantes en la red, aumentando así la especialización y la eficacia en el aprovechamiento del capital humano.

4. Tipos existentes de redes contractuales

12. Las redes contractuales incluyen diferentes formas existentes de contratos pluripartitos, relativos, por ejemplo, a empresas conjuntas, consorcios, franquicias o fondos comunes de patentes; puede tratarse de un contrato único entre varias partes o de un conjunto de contratos bilaterales intervinculados y con un alto grado de coordinación e interdependencia. Esos modelos contractuales abarcan la producción y la distribución, y pueden ser de alcance nacional o internacional. Pueden suministrar a las PYMES la infraestructura jurídica necesaria para realizar sus actividades comerciales (por ejemplo, a través de plataformas de comercio electrónico y sistemas de pago como PayPal). Hay grandes diferencias entre los marcos jurídicos de las respectivas jurisdicciones, lo que dificulta mucho la colaboración internacional entre PYMES. Además, las normas sobre la elección de la ley aplicable y la elección del foro no son claras en el caso de los contratos pluripartitos¹¹, y lo son menos aún respecto de los contratos intervinculados.

13. En lo esencial existen actualmente dos tipos de redes contractuales: las **redes verticales**, que funcionan a lo largo de las cadenas de suministro con distintos eslabones de producción y distribución. Los participantes en redes verticales (es decir, los proveedores) realizan actividades (como producir bienes intermedios o suministrar servicios) que se incorporan a las de otro participante en la cadena (por ejemplo, un ensamblador), y la red tiene por objeto coordinar esas actividades interdependientes en el marco de un proyecto de la cadena, con frecuencia elaborado por uno de sus líderes. Las empresas transnacionales suelen afrontar elevados costos de transacción cuando invierten en países en desarrollo, porque las empresas locales funcionan de manera aislada y los intermediarios convencionales en el país (como los dirigentes locales, las asociaciones de empresarios, las cámaras de comercio y los organismos gubernamentales) no son muy eficientes. Las empresas transnacionales buscan relaciones estables, que reduzcan los gastos de coordinación y aumenten a su vez la estabilidad de la oferta que requieren los mercados mundiales. Para estabilizar la gestión de la cadena de suministro necesitan una coordinación más estrecha entre los proveedores locales de insumos y bienes intermedios y los líderes de la cadena. La situación se complica más aún por el número cada vez mayor de disposiciones reglamentarias, por ejemplo, en materia de seguridad, protección del medio ambiente y protección social, que deben cumplirse a lo largo de la cadena mundial. Para facilitar el acceso al comercio mundial se requiere una colaboración contractual transfronteriza, así como formas jurídicas ajustadas expresamente a las PYMES. Esas formas pueden contribuir a la internacionalización de las PYMES, mediante las cadenas mundiales existentes o independientemente de ellas. Los actuales instrumentos internacionales consolidados sobre la compraventa y la distribución son una excelente guía práctica en materia de relaciones bilaterales, pero no prevén la promoción de la coordinación pluripartita entre PYMES que contribuyan al mismo proceso de producción pero estén ubicadas en distintas jurisdicciones¹². Los contratos

¹¹ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (aprobados el 19 de marzo de 2015), que pueden consultarse en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6312&dtid=21>.

¹² Se ha debatido acerca de la conveniencia de revisar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM) a fin de establecer una correlación ente los contratos de compraventa y las cadenas mundiales. La CNUDMI podría

pluripartitos por los que se vinculan varias PYMES que participen en cadenas mundiales de suministro pueden ser útiles como instrumento de colaboración, siempre que estén concebidos para facilitar y abaratar el acceso a recursos esenciales.

14. Las **redes horizontales** son aquellas en que varias PYMES contribuyen mediante *productos o servicios* a un proyecto común, desempeñando un papel similar a lo largo de la cadena de suministro, o con expectativas análogas respecto del programa de esa red (por ejemplo, nuevas posibilidades de vender sus productos finales). Ese programa podrá enfocarse, por ejemplo, hacia el sector de la construcción, cuyos proveedores de infraestructura eléctrica pueden colaborar con fontaneros y carpinteros para complementar la labor del contratista principal, o hacia la industria de la moda y del vestido, en que la etapa inicial del proceso de producción requiere integrar el diseño de los productos y los programas informáticos. También existen redes horizontales en la agricultura, o la industria agroalimentaria, en que, por ejemplo, quienes elaboran diversos productos finales (por ejemplo, vinos) o productos básicos (como arroz, maíz o soja) colaboran para crear una cartera de productos más variada con la que penetrar en un nuevo mercado extranjero.

15. Las redes verticales de PYMES forman parte de cadenas más amplias de suministro que tienen uno o varios líderes. Por ejemplo, en las cadenas de suministro de la industria agroalimentaria pueden compartir el liderazgo el elaborador del producto final y una gran empresa minorista. Las relaciones contractuales entre el líder o los líderes y las PYMES se caracterizan en general por su marcado poder asimétrico entre empresas ubicadas en distintas jurisdicciones. La elección de la ley aplicable y la elección del foro adquieren gran importancia y pueden influir en la eficacia de la colaboración. Las redes horizontales pueden estar integradas por PYMES de la misma jurisdicción (en la mayoría de los casos) o de distintas jurisdicciones (situación más habitual en la industria de alta tecnología o en el comercio electrónico). Las redes horizontales se caracterizan por una distribución menos marcada del poder asimétrico.

16. La tercera dimensión pertinente de las redes contractuales es, sencillamente, el número de sus integrantes. Las redes pequeñas de colaboración entre PYMES (de 2 a 10 empresas) requieren una estructura de gestión distinta de la de aquellas que agrupan a cientos o incluso miles de miembros (como ocurre en el caso de las plataformas transnacionales de comercio electrónico dedicadas a las PYMES).

17. Por último, la creatividad y la innovación, unidas a la protección y gestión de la propiedad intelectual, figuran entre los factores principales que impulsan la competitividad, el crecimiento y el desarrollo. Ello pone de relieve la importancia de los contratos de red en la creación de plataformas orientadas a la explotación colectiva de los derechos de propiedad intelectual. En particular, las PYMES pueden compartir las tecnologías ya existentes que aporten uno o más miembros de la plataforma, coproducir nuevas tecnologías directamente dentro de esta o adquirirlas bajo licencia o por transferencia de personas o entidades ajenas a ella. Los contratos de red también pueden agilizar la prestación a las PYMES de asistencia técnica relacionada con la propiedad intelectual por empresas y órganos estatales, al facilitar la transferencia de información y conocimientos a un solo sujeto colectivo y su difusión posterior entre los miembros de la red.

5. Cuestiones relativas específicamente a las microempresas

18. Si se comparan con las PYMES, las microempresas tienen débiles financieros, tecnológicos y comerciales que son mayores que los de empresas de otro tipo. Las instituciones públicas, las organizaciones no gubernamentales (ONG), los intermediarios comerciales o financieros e incluso las empresas multinacionales a menudo son determinantes para dar a las microempresas la posibilidad de incorporarse a las cadenas de valor mundiales. Lograr el acceso a esas cadenas es un proceso

contribuir a ese debate coordinando la propuesta sobre las redes contractuales con la de revisar los instrumentos vigentes sobre los contratos internacionales.

prolongado, cuyos elementos fundamentales son la colaboración estratégica, el fomento de la capacidad y la distribución justa del valor. Las redes se orientan a establecer ese tipo de colaboración, centrada principalmente en los servicios antes que en el mero intercambio de bienes.

19. De hecho, cabe distinguir varios tipos entre las redes en que participan microempresas:

- a) Las integradas exclusivamente por microempresas;
- b) Aquellas en que participan microempresas y agentes no empresariales, por ejemplo, entidades públicas, ONG, etc.;
- c) Aquellas en que participan microempresas y agentes empresariales, por ejemplo, empresas multinacionales e intermediarios comerciales; y
- d) Diversas combinaciones de los anteriores.

20. Al abordar las redes en las que participan microempresas, los instrumentos jurídicos uniformes deberían ocuparse expresamente de las cuestiones de la equidad en que deben basarse las relaciones entre los integrantes de dichas redes y las garantías de que deben disfrutar las microempresas respecto de otros participantes en las cadenas de valor mundiales, al margen de que esos miembros pertenezcan o no a la misma red contractual. Si bien en esos instrumentos se pudiera prever la adopción de mecanismos para vigilar, en el caso c), la equidad de las cláusulas y las prácticas contractuales, en los dos primeros casos podrían orientarse a empoderar a las partes contratantes (por ejemplo, mediante la creación de plataformas comunes de negociación), a fin de reducir las asimetrías de poder a lo largo de la cadena.

21. Todo instrumento jurídico que facilite la colaboración entre microempresas debería centrarse en el fomento de la capacidad colectiva, a fin de favorecer el crecimiento económico tanto individual como colectivo.

III. Marco jurídico

22. Habida cuenta de lo anterior, un instrumento jurídico internacional podría eliminar los obstáculos jurídicos y dar cabida a las necesidades concretas de ese modelo de cooperación. Con el único propósito de presentar a la Comisión las cuestiones que se podrían examinar, y con la esperanza de facilitar la evaluación de la posible utilización de ese instrumento, Italia examinará algunas de las cuestiones principales que han de incluirse en el marco jurídico. Se trata de consideraciones generales y preliminares, que se formulan para someterlas a debate, sin ánimo de exhaustividad ni, en modo alguno, de proponer a la Comisión una determinada opción normativa.

1. Posibles enfoques jurídicos de las redes contractuales

23. Las diferencias señaladas más arriba indican que todo marco jurídico de las redes contractuales podría organizarse sobre la base de algunas distinciones funcionales:

- a) Redes horizontales en contraposición a redes verticales;
- b) Redes nacionales en contraposición a redes internacionales;
- c) Redes pequeñas en contraposición a redes de gran tamaño;
- d) Redes de microempresas en contraposición a redes de PYMES; y
- e) Redes con fines de lucro en contraposición a redes sin fines de lucro.

2. Propuesta modular integrada relativa a un instrumento internacional sobre las redes contractuales

24. Aunque a nuestro juicio los instrumentos relativos a las microempresas podrían diferir de los aplicables a las PYMES, y que estas sin duda deberían formar parte del

comercio mundial, preveríamos un instrumento jurídico modular, cuyos principios generales fueran comunes y que tal vez constara de dos secciones, una dedicada a las microempresas y otra a las PYMES.

25. Esos principios podrían formularse teniendo presente un sistema en varios niveles, es decir, conforme al cual cualquier aspecto que no estuviera expresamente reglamentado se rigiera complementariamente por la legislación nacional, dejando en su estructura jurídica un cierto margen para la diferenciación. Ese instrumento internacional definiría los principios específicos y establecería las definiciones pertinentes, pero algunos aspectos (por ejemplo, los errores, el fraude y la resolución de un contrato) podrían quedar sujetos al derecho contractual en vigor.

26. Lo más importante es que la estructura de esos principios debería determinar las nuevas funciones del contrato, más allá del mero intercambio y centrándose en sus aspectos de organización y reglamentación, a fin de garantizar que los contratos de red también promovieran el cumplimiento de las normas mundiales de protección ambiental, social y de los datos, y se aplicaran tanto a las redes nacionales como a las transnacionales.

27. Esas normas deberían garantizar la estabilidad y flexibilidad de la red contractual, así como distinguir entre las relaciones internas entre los miembros y las de la red con terceros, en particular los acreedores. En ellas podrían preverse distintos grados de complejidad, reflejados en formas de gestión progresivamente más estructuradas, que podrían crearse dentro de la red o basarse en empresas controladas por esta que realizaran actividades concretas para las que se requiriera una entidad de responsabilidad limitada y la separación de activos.

3. Gestión, transferencia de conocimientos e innovación

28. Al definir un marco jurídico uniforme, podría asignarse importancia estratégica a la innovación y la transferencia de conocimientos entre las empresas de la red y entre esta y terceros. Las reglas contractuales adquieren suma importancia cuando no es posible “propietarizar” los conocimientos (es decir, cuando no se puede ampararlos por derechos de propiedad intelectual), ya sea porque no existen mecanismos jurídicos o porque los beneficios de difundirlos son tales que no conviene convertirlos en propiedad individual, o incluso colectiva. En particular, se suelen plantear dos problemas en la gestión de una red: 1) la falta de proporcionalidad entre las inversiones, las contribuciones y los ingresos, porque a menudo hay disparidad entre inversiones y utilidades, así como la conducta oportunista en que pueden incurrir algunos miembros de la red; y 2) la necesidad de proteger los intereses de las redes contractuales de conductas como la competencia desleal, la violación de secretos comerciales o las transferencias no autorizadas a terceros ajenos a la red.

29. Tal vez haría falta elaborar también un régimen especial para los secretos comerciales y los derechos de propiedad intelectual, a fin de maximizar los incentivos a la innovación dentro de la red, pero al mismo tiempo, para generar salvaguardas vigorosas contra la filtración de conocimientos al exterior. Como la creación y el ejercicio de derechos de propiedad intelectual podrían resultar demasiado costosos para algunas MIPYME, las formas de propiedad colectiva y la utilización bajo licencia podrían reglamentarse mediante contratos pluripartitos, que también posibilitarían la innovación en las empresas con capital limitado.

30. Además, se deberían examinar instrumentos que permitieran la separación de los activos y garantizarían la protección de la responsabilidad limitada en las actividades de la red contractual (o de partes de ella), a fin de dar otros recursos jurídicos a las MIPYME.

31. Por último, en este contexto tal vez convendría establecer normas expresas relativas al derecho internacional privado¹³. En los contratos pluripartitos, cuando hay empresas de distintas jurisdicciones interesadas en colaborar es necesario llegar a un acuerdo sobre la ley aplicable, para que todo aspecto no regulado expresamente en el contrato quede sujeto a esa legislación. Se debería fomentar la libertad de elección de la ley aplicable, como se ha hecho en otras iniciativas de alcance internacional¹⁴. La dimensión internacional de la red puede requerir también formas de reconocimiento mutuo si las empresas están inscritas en registros nacionales cuyos requisitos sean diferentes. Respecto de lo anterior, convendría que el proyecto de instrumento internacional permitiera la coordinación entre los distintos regímenes de inscripción registral de empresas existentes en los países de los miembros de la red.

¹³ Las consideraciones anteriores se formulan sin perjuicio de la competencia de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

¹⁴ Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (aprobados el 19 de marzo de 2015), que pueden consultarse en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6312&dtid=21>.

Anexo de la propuesta

La legislación italiana sobre los contratos de red¹⁵

1. Aspectos principales

1. El contrato de red empresarial (*contratto di rete*) se introdujo recientemente en el ordenamiento jurídico italiano mediante el Decreto Ley núm. 5, de 10 de febrero de 2009, que se convirtió en la Ley núm. 33, de 9 de abril de 2009, y se modificó posteriormente¹⁶. Se trata de un convenio en virtud del cual “*varios empresarios que persiguen el objetivo de aumentar, individual y colectivamente, su capacidad innovadora y su competitividad en el mercado, se obligan, sobre la base de un programa común, a colaborar en la forma y en los ámbitos específicos que acuerden en el contrato de red, a intercambiar información o servicios de carácter industrial, comercial, técnico o tecnológico, o a ejercer en común una o más actividades comprendidas en el objeto de sus respectivas empresas*” (artículo 3)¹⁷. Por consiguiente, el alcance de los contratos de red empresarial puede diferir en gran medida, y las partes tienen libertad para acordar el tipo y grado de cooperación que entablarán, a condición de que, mediante la determinación de un programa común, se compartan metas estratégicas que permitan mejorar la capacidad innovadora o aumentar la competitividad.

2. La cooperación puede abarcar desde el mero compromiso de intercambiar información o servicios, hasta la organización de la cooperación, pasando por el ejercicio conjunto de actividades económicas. Por otro lado, las dos metas de cooperación mencionadas se interpretan en un sentido amplio: se entiende que el mejoramiento de la capacidad innovadora incluye cualquier oportunidad nueva que puedan tener las empresas por el hecho de pertenecer a una red, como la creación de nuevas oportunidades técnicas o tecnológicas.

3. Con respecto al crecimiento de la competitividad, ello significa, por lo general, aumentar la competitividad de los miembros de la red o de esta misma, tanto a nivel nacional como internacional, en el sentido de abrir oportunidades de negocios que de otro modo estarían fuera del alcance de una sola empresa. La competitividad se aumenta, entre otras cosas, mediante la creación de acceso a financiación, las facilidades fiscales vigentes, la participación en licitaciones públicas y medidas previstas en la legislación laboral con que se favorece a las empresas de las redes contractuales, así como gracias a factores endógenos de crecimiento (como la subsanación de las restricciones dimensionales, la creación de oportunidades de comercialización, el intercambio de conocimientos, etc.). Ello deja la puerta abierta para la integración vertical (la coordinación de proveedores con normas comunes de producción, distribución o cadenas de franquicia) u horizontal (la investigación y el desarrollo o un punto centralizado de venta o de adquisición). De conformidad con la modificación más reciente de la legislación aplicable, las redes empresariales también pueden participar en las licitaciones públicas¹⁸.

4. Cualquiera sea la categoría que pueda abstraerse de las funciones empresariales de los contratos de red, no existe ningún tipo específico de acuerdo de red que corresponda a ninguna de esas entidades: incumbe a las partes determinar la estructura orgánica y el funcionamiento de su red. El único requisito para celebrar un contrato de red empresarial es ser un empresario, independientemente del tipo y la índole de actividades ejercidas. Se incluyen los propietarios únicos, las sociedades de todo tipo

¹⁵ El presente anexo es una versión ligeramente ajustada de los párrafos 8 a 17 del documento A/CN.9/WG.I/WP.87.

¹⁶ Esta ley volvió a modificarse en el período 2009-2010 (Ley núm. 99/2009 y Ley núm. 122/2010) y en 2012 (Ley núm. 134/2012 y Ley núm. 221/2012).

¹⁷ Al 3 de enero de 2017 se habían celebrado 3.320 contratos de este tipo, con la participación de unos 17.000 empresarios (<http://contrattidirete.registroimprese.it>).

¹⁸ Autoridad Italiana de Supervisión de Contratos Públicos de Obras, Servicios y Suministros (AVCP), resolución núm. 3/2013.

y las entidades públicas, incluso las de naturaleza no comercial, así como las entidades con o sin fines de lucro (las redes mixtas no parecen estar excluidas cuando participan en ellas entidades con y sin fines de lucro). Por consiguiente, aunque en los hechos las redes empresariales se utilizan principalmente como un sistema de cooperación de pequeñas y medianas empresas, en general se admite su uso por cualquier tipo de empresa, como las sociedades y los grupos.

2. Contenido mínimo del contrato e inscripción registral

5. En todo contrato de red empresarial se debe indicar, como mínimo, lo siguiente: i) La razón social o la denominación de cada empresa participante, así como el nombre de la red en caso de que se constituya un fondo común; ii) Los objetivos estratégicos de la cooperación y los procedimientos acordados para medir los progresos logrados para alcanzar esos objetivos; iii) La descripción del programa de red, con una enunciación de los derechos y obligaciones de cada participante, los medios de alcanzar el objetivo común y, en caso de que se prevea la constitución de un fondo común, el monto y los criterios de valuación de las contribuciones de cada participante y las normas de gestión de dicho fondo; iv) La duración del contrato y las modalidades de adhesión. Pueden incluirse también normas relativas a la rescisión del contrato o la renuncia anticipada de un participante (en su defecto se aplican los principios generales sobre rescisión de contratos pluripartitos con un fin común); v) El nombre de la entidad que en su caso se haya designado para actuar como órgano encargado de administrar la ejecución del contrato o de una o más de sus partes o etapas; vi) Las normas relativas a la adopción de decisiones de los participantes sobre cualquier tema o aspecto de interés común (que no se haya confiado al órgano encargado de la administración, si se hubiera nombrado uno).

6. El contrato debe otorgarse por escrito, ya sea en escritura pública o en documento privado autenticado por notario público, e inscribirse en el Registro de Comercio del lugar donde se encuentre registrado cada uno de sus miembros. El contrato comienza a surtir efecto, tanto entre las partes contratantes¹⁹ como frente a terceros, a partir de que se realice la última inscripción registral exigida; por consiguiente, la inscripción registral es un requisito previo necesario y esencial para la validez jurídica del contrato (*pubblicità costitutiva*). Las modificaciones de la red y del contrato también deben inscribirse en el Registro de Comercio en el que esté inscrito el miembro directamente interesado, y el director del Registro de Comercio correspondiente debe comunicarlas directamente a los demás registros interesados de manera que el cambio se incluya automáticamente en cada uno de ellos. En el contrato se puede prever también la creación de un fondo patrimonial (*fondo patrimoniale*) y el nombramiento de un órgano común encargado de la gestión, en nombre y por cuenta de los participantes, de las actividades para la ejecución del contrato o de cada una de sus partes o etapas.

3. Fondo separado

7. Para llevar a cabo el programa de la red empresarial, las partes contratantes pueden crear un fondo común. Se trata de un fondo separado, que se destina exclusivamente a ejecutar dicho programa y, ulteriormente, a perseguir los objetivos estratégicos de la red. Los acreedores de cada uno de los miembros de la red no pueden recurrir al fondo, que sirve únicamente para el pago de los créditos derivados de las actividades realizadas dentro del ámbito de la red. Si bien son aplicables las disposiciones del Código Civil sobre la constitución y los efectos de los fondos creados por consorcios, el alcance exacto de esa referencia debe evaluarse teniendo en cuenta que un contrato de red empresarial, tal como se describe más arriba, podría suponer una cooperación mucho menos estrecha entre los miembros, en virtud de la cual las actividades podrían llevarse a cabo individualmente, pero con un fin común y en el marco de un programa común.

¹⁹ Sin embargo, algunos juristas opinan que la inscripción registral solo afecta a la oponibilidad a terceros, pues el contrato de red es válido entre las partes independientemente de su inscripción registral.

8. Como se señaló más arriba, en el contrato de red se debe establecer el monto y los criterios de valuación de las contribuciones. Estas pueden consistir en dinero o en bienes y servicios, o también en un fondo separado. En otras leyes se ha previsto asimismo la posibilidad de que las empresas agrícolas que establezcan una red empresarial constituyan un fondo común, que a su vez puede contribuir a un fondo nacional mutuo destinado a estabilizar los ingresos de esa categoría de empresarios²⁰.

4. Gestión

9. La gestión de la red se deja al arbitrio contractual. Si se nombra un órgano común para la gestión de las actividades del fondo, este actuará en nombre y por cuenta de la red cuando esta tenga personalidad jurídica, o en nombre y por cuenta de los miembros de la red cuando no la tenga.

5. Personalidad jurídica

10. Las redes empresariales no suelen tener personalidad jurídica. Sin embargo, las modificaciones más recientes introducidas en la legislación pertinente (hasta 2012) permiten que estas se establezcan también con personalidad jurídica²¹.

²⁰ Decreto Ley núm. 83, de 22 de junio de 2012, convertido en Ley núm. 134/2012.

²¹ Al 3 de enero de 2017 se habían creado 474 redes empresariales con personalidad jurídica (<http://contrattidirete.registroimprese.it>).