

CAPÍTULO IV

Algunas otras experiencias	97
1. La experiencia del mercado común centroamericano	97
2. La experiencia del acuerdo subregional andino	111
a) Capítulo I	111
b) Capítulo II	119
c) Capítulo III	122
d) Capítulo IV	125
e) Capítulo V	127
f) Disposiciones transitorias	128
3. La experiencia en el mercado común europeo	130

CAPÍTULO IV

ALGUNAS OTRAS EXPERIENCIAS

SUMARIO: 1. La Experiencia del Mercado Común Centroamericano. 2. La Experiencia del Acuerdo Subregional Andino. *a)* Capítulo I. *b)* Capítulo II. *c)* Capítulo III. *d)* Capítulo IV. *e)* Capítulo V. *f)* Disposiciones Transitorias. 3. La Experiencia del Mercado Común Europeo.

1. *La experiencia del Mercado Común Centroamericano*

A diferencia de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Mercado Común Centroamericano, aunque se basa primordialmente en el Tratado General de Integración Económica,¹⁸¹ está regimentado por un verdadero ramillete de instrumentos iusinternacionales. El Tratado de Managua se suscribió con el objeto de reafirmar el propósito de Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador

de unificar las economías de los cuatro países e impulsar en forma conjunta el desarrollo de Centroamérica a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.¹⁸²

De acuerdo con el numeral 1, los Estados Miembros se proponen establecer entre ellos un mercado común en un plazo que no podrá exceder de los cinco años. Los firmantes agregan en el artículo siguiente que para poder perfeccionar el mercado común se comprometen a establecer un arancel centroamericano externo, en un plazo también de cinco años y de acuerdo con los dictados del Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación. La figura centroamericana implica una fase muy superior a la que busca constituir el Tratado de Montevideo que, como hemos visto, sólo da pie a la liberalización del comercio zonal, mientras que ésta entraña, además de la liberación del tráfico de mercaderías, el libre desplaza-

¹⁸¹ 13 de diciembre de 1960.

¹⁸² Párrafo segundo de los Considerando.

miento de los factores de la producción y un arancel externo común que substituya a las barreras unilaterales.

La estructura institucional, según este tratado, se constituye por el Consejo Económico Centroamericano, Consejo Ejecutivo y Secretaría Permanente. Además, con muy buen sentido, se estableció el Banco Centroamericano de Integración Económica que

actuará como instrumento de financiamiento y promoción del crecimiento económico integrado sobre una base de equilibrio regional.¹⁸³

Este cuerpo jurídico nos interesa en función de que el artículo xvi determina que los Estados

otorgarán el mismo tratamiento que a las compañías nacionales, a las empresas de los otros Estados signatarios que se dediquen a la construcción de carreteras, puentes, presas, sistemas de riego, electrificación, vivienda y otras obras que tiendan al desarrollo de la infraestructura económica centroamericana.

Concedores los Estados firmantes de que el desarrollo económico y social precisa de una adecuada infraestructura expresan que no es dable implantar un tratamiento discriminatorio a las empresas de otra Parte que operen en beneficio infraestructural.

Antes de que cobrara vida el Tratado de Managua, las mismas cinco repúblicas centroamericanas¹⁸⁴ se habían vinculado por obra del Convenio Sobre el Régimen de Industrias Centroamericanas de Integración.¹⁸⁵ El Convenio obliga a las Partes a "estimular y promover el establecimiento de industrias nuevas y la especialización y ampliación de las existentes". Esta promoción y estímulo, con miras a impulsar la industrialización regional, debe centrarse en los puntales de la reciprocidad y equidad.

En la terminología integrativa del istmo se entiende por "industrias centroamericanas de integración" aquellas que, a juzgar por la Comisión Centroamericana de Integración Industrial,

se compongan de una o más plantas cuya capacidad mínima requiera que tengan acceso al mercado centroamericano para operar en condiciones razonablemente económicas y competitivas.¹⁸⁶

¹⁸³ Artículo XVIII.

¹⁸⁴ El 23 de julio de 1962 se adhirió Costa Rica al Tratado de Managua.

¹⁸⁵ 10 de junio de 1958.

¹⁸⁶ Artículo II, párrafo segundo.

A la sazón, para que pueda aplicarse el Régimen, los Estados habrán designar un protocolo estipulando el país o países dónde se ubicarán inicialmente las plantas, su capacidad mínima y las condiciones en que deben admitirse con posterioridad nuevas plantas.¹⁸⁷ En los protocolos deberán consagrarse normas pertinentes respecto a la participación del capital centroamericano en las empresas que establezcan dichas plantas.

La producción de las industrias que se establezcan de acuerdo con el Convenio, podrán desplazarse libremente en el mercado integrado.¹⁸⁸ En complemento, la Comisión Centroamericana de Comercio se preocupará por la equiparación de los derechos y gravámenes aplicables a las mercancías extrarregionales similares o sucedáneas, "así como a la importancia de materias primas y envases necesarios para su producción y distribución".¹⁸⁹

Por el Convenio se aprecia que los Estados partícipes contemplan el mercado común como un medio para lograr la industrialización al alcanzarse mejores márgenes de eficiencia. Se trata de impedir también el crecimiento hegemónico de alguna de las Partes, pues el objetivo es asegurar que el crecimiento sea equilibrado.

El 29 de enero de 1963, como se abundará líneas abajo, se firmó un protocolo en cumplimiento del Artículo XVII del Tratado General respecto de la industria de sosa cáustica e insecticidas clorados e industria de llantas y neumáticos. Poco antes, el 31 de julio de 1962, fue firmado el Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales en virtud de

que es necesario unificar las disposiciones sobre incentivos fiscales al desarrollo industrial, y coordinar su aplicación entre los países miembros.

Este Convenio consagra un régimen aplicable al establecimiento o a la aplicación de las industrias del sector manufacturero que contribuyan a desarrollar el istmo.¹⁹⁰ Los Estados ven limitada su facultad de fijar los incentivos fiscales, que antes poseían, pues no podrán disponer beneficios impositivos de naturaleza, monto o plazo distintos a los previstos en este instrumento en tratándose de industrias manu-

¹⁸⁷ Artículo III, inciso a).

¹⁸⁸ Artículo IV, inciso a).

¹⁸⁹ Artículo V.

¹⁹⁰ Artículo I.

factureras, salvo algunas expresamente señaladas.¹⁹¹ En los capítulos III y IV se hace una clasificación de las empresas a efecto de apreciar cuáles se encuadran en el ámbito del Convenio.

Asimismo, se dedica todo un capítulo a desglosar en qué consisten los beneficios fiscales que incluye el Convenio: I) Exención total o parcial de derechos aduaneros y demás gravámenes conexos que incidan en la importación de maquinaria y equipo, materias primas, productos semielaborados y envases, combustibles estrictamente para el proceso industrial a excepción de la gasolina,¹⁹² II) Exención, para la empresa y socios, del impuesto sobre la renta y sobre las utilidades por los ingresos provenientes de las actividades calificadas,¹⁹³ III) Exención de impuestos sobre los activos y sobre el patrimonio pagaderos por la empresa o por sus propietarios o accionistas por concepto de las actividades calificadas.¹⁹⁴

Según las empresas que estén clasificadas en el grupo A o en el B, variarán los beneficios fiscales y el plazo de goce de los mismos. La autoridad administrativa nacional controlará la cumplimentación de los compromisos que se desprendan para las empresas clasificadas según este Convenio. Los Estados partícipes adquirirán preferentemente productos centroamericanos, siempre que el precio sea cuando menos igual a la calidad semejante.

Es muy claro que los Estados Partícipes al suscribir el Convenio buscaron lograr la equiparación de los incentivos fiscales con el fin de evitar el desarrollo caótico de la estructura industrial centroamericana. Si quedara intocado el derecho de cada Estado para incentivar el establecimiento de plantas industriales, sin ponderar la conveniencia ístmica, se advertirá que la producción industrial nacional no sería complementaria —en consecuencia no se aceleraría el proceso substitutivo— y cada empresa operaría ineficientemente, dados los estrechos mercados. La localización no se haría técnicamente, ya que se desata-

¹⁹¹ Las de extracción de minerales; las de extracción de petróleo y gas natural; la silvicultura y la extracción de madera; la piscicultura, la caza marítima y la pesca; las industrias y actividades de servicios; las actividades agropecuarias y la construcción de vivienda popular.

¹⁹² "No se concederá esta franquicia a empresas industriales para sus operaciones de transporte, ni para la generación de su propia energía cuando exista suministro adecuado por plantas de servicio público." Artículo 8, Fracción I, inciso c).

¹⁹³ "No se concederá la exención cuando dichas empresas o socios se hallen sujetos en otros países a impuestos que hagan inefectiva esta exención." Artículo 8, Fracción II.

¹⁹⁴ Artículo 8, Fracción III.

ría, sin la equiparación en este renglón, una verdadera carrera para atraer al inversionista industrial a base de estímulos fiscales, cada vez más disparatados.

Habría que recordar lo que ya se ha dicho muchas veces, que América Latina se inició en el proceso de sustitución de importaciones sin que obrara ninguna ponderación regional. Cada país establecía líneas de producción aun cuando otro país subcontinental ya lo hubiera hecho y pudiera ofrecerle los productos a precios y calidad aceptables. El resultado del caos substitutivo se traduce en la ineficiencia más absoluta.

En esas circunstancias cobra logicidad el Convenio, pues mira hacia un desarrollo industrial equilibrado y eficiente que aminore los problemas de las balanzas comercial y de pagos así como los de empleo y, sobre todo, los que entraña la dependencia económica. No está por demás mencionar que según el Convenio Constitutivo del Banco Centroamericano de Integración Económica¹⁹⁵ la institución, a fin de lograr el desarrollo económico equilibrado, deberá financiar

proyectos de inversión a largo plazo en industrias de carácter regional o de interés para el mercado centroamericano, que contribuyan a incrementar los bienes disponibles para intercambio centroamericano o para éste y el sector exportador. Quedará fuera de las actividades del Banco la inversión en industrias de carácter esencialmente local.¹⁹⁶

Además a esta institución crediticia se le atribuye la función de atender los

proyectos de financiamiento de empresas que requieran ampliar sus operaciones, modernizar sus procesos o cambiar la estructura de su producción para mejorar su eficiencia y su capacidad competitiva dentro del mercado común, a fin de facilitar el libre comercio.

En todas las disposiciones transcritas late la intención de estimular el crecimiento dimensional de la empresa centroamericana para que puedan beneficiarse del mercado ampliado, aun cuando es prudente subrayar que no se hace referencia a la necesidad de embarcarse con miras a no resultar desplazada por la competencia extranjera, bajo la forma de subsidiarias.

Se contempla preferentemente el respaldo a las empresas por razones de eficiencia para bienestar del consumidor.

¹⁹⁵ 13 de diciembre de 1960.

¹⁹⁶ Artículo 2, inciso b.

La figura integrativa que echaron a andar los países centroamericanos es más ambiciosa que la Asociación y que las mismas Comunidades Europeas, en cuanto a integración jurídica se refiere, pues en éstas

lo que preocupa es el "acercamiento" o "armonización" de las legislaciones nacionales, la integración centroamericana se inclinó, desde el inicio de su etapa multilateral, hacia la "unificación" de esas legislaciones en ciertas áreas en que se estimó como una verdadera necesidad unificar —no sólo armonizar y ni siquiera uniformar— el derecho interno de los cinco países.¹⁹⁷

La técnica de unificación va más allá de la mera eliminación de diferencias y disparidades, para imponer una misma fórmula para los diferentes Estados que constituyen el ámbito espacial de validez del orden jurídico unificado.¹⁹⁸

Este procedimiento unificador significa que no podrá lograrse la integración económica —y la política que tan grata parecería a los estadistas istmeños, al decir de los discursos— si no se estimula la jurídica, pues el derecho no es otra cosa que un marco normativo de contenidos económicos y políticos.

En el Mercado Común Centroamericano se percibe el interés de regimentar multilateralmente a los títulos-valores, las sociedades anónimas y las sociedades anónimas multinacionales, sobre cuyo concepto habremos de abundar líneas adelante.

En cuanto a la unificación de los títulos de crédito no puede sino mencionarse la destacada participación del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, que arranca desde la organización de una mesa redonda en 1964 con el fin de fijar las bases de una Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores.¹⁹⁹ Las bases que se aprobaron fueron turnadas al jusmercantilista mexicano Raúl Cervantes Ahumada para que redactara el proyecto que, posteriormente, fuera

¹⁹⁷ *Derecho Comunitario Centroamericano. Ensayo de Sistematización*. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, 1968. San José, Costa Rica, p. 455.

¹⁹⁸ Ver Batres, Marco Antonio. *Armonización de las Reglas de los Conflictos de Leyes y de Jurisdicción de los Diferentes Grupos Regionales*, en: "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado." Nos. 1-2, 1962-1963. Tegucigalpa, Honduras, pp. 19-29.

¹⁹⁹ Ver "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado". Nos. 3-4, 1964. Tegucigalpa, Honduras, pp. 287-290.

discutido en el Seminario de Tegucigalpa en 1965.²⁰⁰ El Instituto Centroamericano, según consta en la exposición de motivos del Proyecto, convino en que

la necesidad de una legislación uniforme de títulos-valores es urgente debido a que la regulación de los títulos-valores en los cinco países es diferente. Algunas legislaciones todavía conservan la forma tradicional de los códigos del siglo XIX que han perdido toda actualidad frente a la técnica legislativa usada por las codificaciones modernas. Guatemala, El Salvador y Nicaragua, todavía tienen una regulación tradicionalista inadecuada a las exigencias del tráfico comercial. Costa Rica y Honduras han logrado reformar su legislación, incorporando los principios de la técnica moderna y las teorías más avanzadas, que permitan a estos títulos su mayor eficacia y seguridad en las operaciones mercantiles.²⁰¹

Los títulos crediticios son el medio más adecuado para agilizar el tráfico comercial mediante un documento transmisible que hace innecesaria la utilización inmediata de dinero en efectivo. En transacciones internacionales —como significan en esencia las que tienen lugar en un marco integrativo— es incuestionable la necesidad de armonizar, aproximar y hasta unificar el derecho cambiario.

El citado proyecto reconoce como fuentes a las legislaciones vigentes del istmo, los Proyectos de Reformas al Código Comercial Salvadoreño y Guatemalteco, Proyecto de Ley Cuadra Chamorro de Nicaragua, Ley Uniforme de Letra de Cambio, Ley Uniforme sobre el Cheque, convenios vigentes y usos y costumbres comerciales centroamericanos. El Proyecto aceptó la clásica definición de título crediticio que aportó Vivante²⁰² y las características de formalismo,²⁰³ incorporación,²⁰⁴ legitimación,²⁰⁵ literalidad²⁰⁶ y autonomía.²⁰⁷

No norma el Proyecto Centroamericano todas las figuras que conoce el derecho cambiario contemporáneo sino tan sólo la letra de

²⁰⁰ Ver la versión publicada en el "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado". Nos. 7-8, 1967. Tegucigalpa, Honduras, pp. 185-219.

²⁰¹ *Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina*. BID-INTAL, 1967. Buenos Aires, p. 131.

²⁰² "Artículo 10. Los títulos-valores son documentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna."

²⁰³ Artículo 20.

²⁰⁴ Artículos 60., 100. y 110.

²⁰⁵ Artículo 31.

²⁰⁶ Artículo 90.

²⁰⁷ Artículo 80.

cambio, pagaré, cheque, certificado de depósito, bono de prenda, conocimiento de embarque, factura cambiaria y obligaciones. En coincidencia con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México ²⁰⁸ se hizo a un lado a los títulos accionarios.

Es digno de marcar que el Proyecto crea el cheque centroamericano que es aquel en el que el librador es un banco de Centroamérica, el librado el respectivo Banco Central, en moneda del país del librador o en pesos centroamericanos y siendo pagaderos por cualquier banco centroamericano ²⁰⁹ y la Cámara de Compensación que busca prestar servicio de mecanismo multilateral de compensación y créditos entre los bancos centrales, con el fin de facilitar los pagos y fomentar el uso de las monedas del área y obligar a los bancos a garantizar la convertibilidad del dólar de sus obligaciones registradas a su cargo en la Cámara, así como de las remesas en tránsito de las tenencias de valores compensables.

El Instituto para la Integración de América Latina encargó informes críticos a conocidos jusperitos como Rodolfo O. Fontanarrosa, Ignacio Winizky, Héctor Cámara y Teóphilo de Azeredo Santos, que arrojan importantes puntos de vista.

En relación al proceso de uniformización de los entes societarios sobre los que versa este estudio, en el seno del Mercado Común, conviene repasar, aunque sea gruesamente, los lineamientos del Proyecto de Bases para una Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas que elaboraran, a invitación del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, un selecto grupo de expertos de los cinco países participantes, ²¹⁰ pues es un paso en el esfuerzo de establecer empresas multinacionales.

El concepto de sociedad anónima se integraría con la conjugación de la denominación o razón social, división del capital en acciones y responsabilidad limitada. En seguimiento de la gran mayoría de las legislaciones nacionales se fijó en dos el número mínimo de socios, aunque se permite que pueda haber un solo socio, en un término que no rebase un año siempre y cuando responda subsidiaria e ilimitadamente.

Toda sociedad anónima, cualquiera que sea el país donde se constituya, tendrá personalidad jurídica, y las acciones —los títulos repre-

²⁰⁸ Publicada el 27 de agosto de 1932.

²⁰⁹ Artículo 154.

²¹⁰ Ramón F. Izaguirre, José Arcadio Sánchez, Yadira Centeno, Silvio Arguello, José Ramón, Carlos Falck, Arturo López Redezno, Juan Bonilla, Paulino Mora, Felipe Enamorado, Fernando López Mass.

sentativos de partes fraccionarias del capital social— podrán ser nominativas o al portador. Las primeras necesitarán que se consigne en un libre de registro las transmisiones, derechos y gravámenes que las afecten.

La asamblea, de acuerdo con el principio democrático que reina en las anónimas desde que surgieron a la vida comercial, es el órgano máximo y la administración societaria se deposita en un órgano colegiado, sin dar entrada a la posibilidad de un administrador único. El consejo de administración —y no la asamblea— será el encargado de nombrar tantos gerentes como requiera la buena marcha social, a fin de proveer a los cuadros directivos de manera expedita y oportuna.

Se admite en el Proyecto la institución de la fusión, tanto por absorción como por creación, siempre que se observen los siguientes principios: *a)* el acuerdo de fusión debe ser tomado separadamente por cada una de las sociedades interesadas, *b)* el acuerdo de fusión debe hacerse público, para conocimiento de los acreedores, quienes podrán oponerse a ella y *c)* transcurrido un plazo sin oposición o desechada la oposición, se podrá ejecutar aquélla.

El Proyecto desborda el encuadramiento que implica su rubro y en las bases 66, 67, 68, 69, 70, 71 y 72 habla de la Sociedad Anónima Centroamericana ²¹¹

que es una persona jurídica de derecho comunitario, que se registrará por esta ley, por el derecho comunitario, por las fuentes de ésta y subsidiariamente por el derecho nacional respectivo.²¹²

La SACA podrá constituirse por seis diferentes mecanismos: *a)* por transformación de las grandes Sociedades Anónimas constituidas en Centroamérica y que hayan operado directamente o por medio de filiales más de cinco años en dos o más países de la región,²¹³ *b)* sociedades constituidas fuera del área y cuyo capital suscrito y pagado rebase el medio millón de pesos centroamericanos que establezcan su domicilio en algún país del istmo y que hayan operado ininterrumpidamente por sí o a través de filiales por más de un lustro en dos o más países centroamericanos, *c)* por la fusión o creación de una filial

²¹¹ SACA.

²¹² Base 66.

²¹³ La base 62 dice que se considerarán "sociedades anónimas grandes" aquellas cuyo capital suscrito exceda de una cantidad que habrá de determinar la Ley respectiva.

común de dos o más grandes sociedades anónimas que hayan operado en dos o más países del área, *d*) por la fusión o creación de una filial común de dos o más SACAS o sociedades que reúnan los requisitos de los dos primeros casos, *e*) la creación de un holding company que tenga la finalidad de adquirir participaciones accionarias de dos o más sociedades que operen en el istmo y *f*) por la transformación de los entes públicos, privados o autónomos, que hayan operado más de cinco años en más de un país de Centroamérica.

Es oportuno comentar que los redactores del proyecto que comentamos no dieron muestra de purismo terminológico cuando hablan de "holding company" siendo que, con más rigor, podrían haber dicho sociedad tenedora, dominatriz o de control. A mayor abundamiento, nos parece que los expertos se quedaron cortos al exigir para la adopción de la forma SACA, sólo el requisito esencial de que la sociedad opere en dos o más países del área, sin poner en consideración el origen del capital, y lo que es peor, la naturaleza multinacional o regional de los intereses a que se aboque.

La sociedad anónima centroamericana deberá tener su domicilio en cualquiera de los cinco países de la región, y

podrá actuar libremente en todos los Estados del área, estando sujeta únicamente a los impuestos que determine el órgano comunitario del cual dependa, quien repartirá los ingresos así percibidos en proporción al volumen de las operaciones realizadas en cada país.²¹⁴

Las Partes o los súbditos de los mismos no podrán restringir el libre desplazamiento de los títulos accionarios que representan una fracción del capital social de estos entes centroamericanos.

El órgano contralor de las sociedades centroamericanas será de rango comunitario y de carácter judicial a fin de evitar conflictos jurisprudenciales que las podrían hacer nugatorias. Provisoriamente el Consejo Ejecutivo del Tratado General será el órgano competente de acuerdo con el Reglamento para Resolver Conflictos. La Sociedad Anónima Centroamericana deberá inscribirse en la Bolsa Centroamericana de Valores para poner a la venta sus acciones. El control y registro de estos entes sociales se depositará en la Secretaría.

Es importante no pasar por alto que el derecho nacional sólo será una fuente supletoria para la normación de las sociedades centroamericanas, puesto que el estatuto aplicable, en primer término, será la propia ley y el derecho integrativo del área.

²¹⁴ Base 70.

Ozores, al referirse a las Bases para una Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas, expresó, en nuestra opinión con justeza, que

las acciones al portador, a pesar de que ofrecen ciertas ventajas, tienden a desaparecer en la práctica y en la legislación por sus inconvenientes. Las acciones de estas Sociedades deberían ser todas nominativas, debiendo inscribirse en el Registro correspondiente, no sólo las transmisiones, sino también los gravámenes sobre las mismas, como pignoraciones, embargos, etc.²¹⁵

En efecto, hubiera sido más conveniente que las Bases hubieran proscrito las acciones al portador para sólo permitir las nominativas, en virtud de que este tipo de sociedades anónimas se abocan a intereses regionales muy delicados y es muy recomendable que exista un registro estricto, en el que se consigne quiénes son los socios y cuál es su nacionalidad, evitando la simulación.

Por su parte Piero Verrucoli, con verdadera perspicacia, enfatiza que la uniformización del tratamiento jurídico a las anónimas en centroamérica debe ser en función de que "deje de ser una organización familiar y se convierta en un instrumento apto para la captación y empleo del ahorro público".²¹⁶ El problema de América Latina es la escasez de capital y, de manera particular de gran capital, por lo que la sociedad anónima debe visualizarse como lo que es, como un instrumento para vertebrar pequeños aportes en función de lograr grandes recursos.

Es absurdo que la empresa que adopte la forma de sociedad anónima presente las notas de estructura cerrada y familiar, indiferente al mercado de capitales. La sociedad familiar es una sociedad anónima hipodesarrollada puesto que, por temor a la hegemonía extrafamiliar, no se interesan por la captación de otros recursos. En atención a esta circunstancia

²¹⁵ *Observaciones a las Bases para una Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas Aprobadas en San José, Costa Rica, el 21 de junio de 1967*, en: "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado". No. 10, 1969-70. Tegucigalpa, Honduras, p. 284.

²¹⁶ *Apuntes para un Esquema de Reforma de la Sociedad Anónima en Centroamérica y la Creación de una Sociedad Multinacional Centroamericana*, en: "Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado". No. 10, 1969-70. Tegucigalpa, Honduras, p. 289.

y a fin de permitir la posible utilización de la Sociedad Anónima por empresas de pequeñas dimensiones, y de carácter familiar (para los cuales sería recomendable la Sociedad de Responsabilidad Limitada), hace falta, cuando menos, crear una disciplina que tome en cuenta los problemas particulares de las Sociedades de dimensiones medianas y grandes, previendo los instrumentos necesarios para regular la captación del ahorro público. . .²¹⁷

Si se exige un capital mínimo elevado a los pequeños inversionistas que deseen una empresa familiar, éstos se verán obligados a utilizar cualquier otro tipo social de responsabilidad limitada.

De crearse una sociedad centroamericana —semejante a la europea de la Comunidad Económica— se evitaría el problema —que generalmente entraña medidas discriminatorias— de que una empresa nacional de un país centroamericano al pasar a otro país, también centroamericano, sea considerada extranjera. Por ende, el concepto “centroamericano” substituirá al de “nacionalidad” en tratándose de las empresas que adopten esa forma.

Otra experiencia que merece ser objeto de nuestra reflexión es la del Proyecto de Reforma Jurídica echado a andar en 1967 por juristas norteamericanos y costarricenses.²¹⁸ Dentro de este Proyecto, encaminado a investigar el papel general que le corresponde al derecho en el desarrollo económico de Costa Rica y Centroamérica, se elaboró el Proyecto de Bases y Comentarios sobre la Sociedad Anónima Multinacional en Centroamérica.²¹⁹

Además, es menester comentar las Bases Uniformes Generales para la Redacción de una Ley Uniforme Centroamericana de Sociedades Anónimas, circuladas por el Instituto Centroamericano de Derecho Comparado de septiembre de 1967, que basa el concepto de sociedad anónima sobre los tres puntales de denominación, división del capital en acciones y responsabilidad limitada. El nombre objetivo de la empresa hará referencia a la actividad principal objeto de ella y sin hacer mención de nombres personales.

En la base 7 se señala que el proyecto revisado debe exigir un número mínimo de socios que no podrán serlo por el mero aporte de

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ Boris Kozolchik, Octavio Torrealba, Blake Franklin, David Loring, Fernando Mora, Rodrigo Orearuno, Harry Zurcher Acuña y Harry Zurcher Blen.

²¹⁹ Ver *Proyecto Revisado de Bases y Comentarios sobre la Sociedad Anónima Multinacional en Centroamérica*, en: “Revista de Ciencias Jurídicas”. No. 12, 1968. San José, Costa Rica, pp. 23-74.

trabajo o asunción de responsabilidades. Las acciones podrán ser al portador o nominativas, estas últimas deberán ser inscritas en un registro para consignar las transmisiones.

En cuanto a la dimensión orgánica de esta sociedad centroamericana, la Base 38 expresa que la asamblea será el órgano supremo y que la administración podrá estar a cargo de un órgano unitario o colegiado. La asamblea general y el consejo podrán nombrar a los gerentes que sean necesarios.

Esta sociedad podrá emitir obligaciones y fusionarse por absorción o creación. La sociedad constituida en cualquier país centroamericano de acuerdo con la ley uniforme, será considerada sociedad nacional en los otros países centroamericanos donde no se constituyó.²²⁰

El Proyecto Revisado de Bases y Comentarios sobre la Sociedad Anónima Multinacional en Centroamérica insiste en puntualizar el carácter multinacional de las operaciones de la sociedad anónima, a través de la participación del público centroamericano como inversionista y en el manejo societario. A nuestro entender, la multinacionalidad de una empresa no se desprende necesariamente de la circunstancia de que los socios y administradores pertenezcan a varios países, sino de que responda la sociedad a intereses de varios países.

A diferencia de otros proyectos, éste admite la posibilidad de una empresa unipersonal porque no sólo es difícil evitar la defraudación sino que no hay razón real para temer que será más peligrosa, para los intereses de terceros, que la multipersonal.

El Proyecto habla de un organismo de control de las sociedades anónimas multinacionales con la facultad de calificar la escritura social y que será una combinación de los caracteres de la Comisión Nacional de Valores de México, de la Superintendencia de Sociedades en Chile y de la Securities and Exchange Commission de Estados Unidos para lo relativo a emisión, suscripción y venta pública de acciones.

Según este Proyecto se considerará mercantil a toda sociedad anónima sea cual fuere la naturaleza de su objeto. Cuando la aportación no sea pecuniaria sino en especie, el órgano contralor hará el avalúo correspondiente para evitar el menoscabo real de los recursos societarios.

Las facultades del órgano de control son tan dilatadas que le corresponde fijar el porcentaje accionario que puede adquirir la misma sociedad en los casos autorizados. En principio, las empresas no pueden

²²⁰ Base 61.

adquirir sus propias acciones porque —según creemos entrever— si se diera plena libertad, los administradores verían acrecentado su poder al reducirse el número y participación de los accionistas, que son, por lo menos en teoría, ante quienes responden.

Con muy buen sentido, la Base 32 conviene en que las acciones de estos tipos societarios no podrán sino ser nominativas, llevándose un registro de manera que se reconocerá como accionista a los tenedores que aparezcan en él. Esto se entiende porque

el grupo acordó eliminar las acciones al portador, ya que éstas se han prestado a un número de abusos en la práctica mercantil que frecuentemente se reflejan en simulaciones ilícitas. Además, es inconsistente la idea de un organismo de control cuya función frecuentemente será la de proteger grupos mayoritarios o minoritarios contra maniobras por parte de accionistas cuando la identidad de estos accionistas no puede llegar a establecerse.²²¹

Con toda ortodoxia los miembros del Proyecto establecieron que la asamblea es el órgano supremo que podrá convocarse por la junta directiva, comisarios o accionistas por medio del órgano contralor o el juez de la localidad. En las extraordinarias el quórum nunca podrá ser menor al 51% de las acciones emitidas al momento de la asamblea.

A diferencia del Proyecto de Ley Uniforme, que admite un órgano administrador unitario, el consejo tendrá cuando menos tres miembros que podrán ser socios o extraños y tendrán la obligación de proporcionar una fianza que garantice el adecuado manejo de los fondos sociales. También en desautorización a dicho proyecto sólo el órgano administrador podrá nombrar a los gerentes del caso.

Cuando los socios sean más de veinticinco tendrán que nombrar un comité de vigilancia, con amplias facultades para convocar a asamblea, examinar libros, ordenar auditorías y que estará en contacto con el órgano contralor. Cuando sean menos de veinticinco socios les será optativo nombrar dicho Comité. Entendemos que la obligación que se desprende al tocar o rebasar esa cifra es lógica a la luz del fenómeno que hemos llamado disociatorio, que diluye el control de la sociedad por parte de aquéllos.

La base 53bis especifica la órbita competencial del organismo de control supranacional diciendo que tiene las atribuciones de controlar:

²²¹ *Proyecto Revisado de Bases y Comentarios sobre la Sociedad Anónima Multinacional en Centroamérica*, en: "Revista de Ciencias Jurídicas". No. 12, 1968. San José, Costa Rica, p. 54.

a) la creación de la sociedad, evaluando la validez de la escritura de constitución y estatutos y de los estudios de factibilidad, b) el procedimiento de suscripción, c) la clasificación de los aportes en especie, d) el aumento y disminución del capital social, e) la emisión de bonos, f) la convocatoria a asambleas, a solicitud de los accionistas en los casos en que la ley lo permita, g) la auditoría externa de cualquier sociedad, a costa de la misma en los casos en que el organismo con razón fundada, lo crea absolutamente necesario. Además de actuar como superintendencia de las sociedades multinacionales.

2. *La experiencia del Acuerdo Subregional Andino*

a) *Capítulo I*

Como ya se abordó con algún detenimiento el marco general del Grupo Andino, nos limitaremos a analizar con profundidad al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, que significa una tentativa verdaderamente trascendente.

El artículo 1, a fin de evitar conflictos de orden interpretativo, precisa el contenido conceptual de algunos términos de relieve. Inversión extranjera directa puede estar constituida por aportes provenientes del exterior, de propiedad de personas físicas o empresas extranjeras, el capital de una empresa, en monedas libremente convertibles, plantas industriales, maquinaria o equipos, con derecho a la aportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior. La inversión puede constituirse por moneda nacional proveniente de recursos con derecho a ser remitidos al exterior. Obviamente el inversionista extranjero es el propietario de una inversión extranjera directa.

El inversionista nacional pueden ser el Estado, las personas físicas, las personas morales nacionales que no persiguen fin de lucro y las empresas definidas en este artículo. Son consideradas inversionistas nacionales las personas naturales extranjeras con residencia ininterrumpida en el país receptor no inferior a un año, que renuncien ante la autoridad nacional competente al derecho de reexportar el capital y transferir utilidades al exterior.

En cuanto a lo que consideran los Estados firmantes del Régimen como inversión extranjera, cabe opinar que su definición es un tanto estrecha al incluir sólo a los aportes provenientes del exterior, hechos por personas físicas o empresas extranjeras, siendo que podría hacerse ese aporte de bienes económicos por personas que en sentido

técnico-jurídico no sean empresas, y cuyos efectos pueden ser tan delicados como las inversiones realizadas por empresas o personas físicas.

Otorga al inversor extranjero el artículo 1, la posibilidad de que se conviertan en nacionales con el solo requisito de que, con una residencia ininterrumpida no inferior a un año, renuncien ante la autoridad competente al derecho de reexportar el capital y utilidades. Así, los signatarios parece que aplican el criterio del derecho de "reexportación del capital y utilidades", para calificar la nacionalidad del inversionista.

Por otra parte, entiende el multicitado documento que es empresa nacional aquélla constituida en el país anfitrión y cuyo capital pertenezca en más del 80% a inversionistas nacionales, siempre que, a juicio del organismo nacional competente, dicha proporción se manifieste en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

Una vez definidos algunos de los conceptos medulares de la inversión extranjera directa, el artículo 2 precisa que todo inversor no nacional deberá solicitar autorización a la autoridad competente, la cual podrá hacerlo cuando la evaluación que haya efectuado demuestre que la inversión coincide con el orden de prioridades de desarrollo del posible país receptor. El anexo No. 1 del Régimen consagra las pautas para la autorización, registro y control de la inversión extranjera, señalando los rubros que debe llenar el solicitante, como son: individualización del inversionista, modalidades de la inversión,²²² requerimientos que se satisfacen,²²³ plan de participación nacional progresivo²²⁴ y efectos de la nueva inversión.²²⁵

Las Partes Contratantes no autorizarán la captación de inversión extranjera en las líneas económicas que consideren que están aten-

²²² Recursos financieros en divisas o créditos, recursos físicos o tangibles y recursos derivados de la tecnología o intangibles.

²²³ Escasez de ahorro interno, escasez de divisas, falta de capacidad directiva o administrativa, necesidad de acceso a conocimientos tecnológicos escasos, ausencia de capacidad o de contactos comerciales para la venta de mercaderías en los mercados internacionales, falta de espíritu empresarial local.

²²⁴ Porcentaje de acciones a colocarse en manos de inversionistas nacionales, plazo y condiciones para llevarlo a efecto y forma de determinar el valor de cada colocación.

²²⁵ Fecha aproximada de iniciación de operaciones normales, capacidad de operación, producción exportable, empleo adicional generado, importación de materias primas o productos intermedios en producción anual y utilización de insumos nacionales.

didadas adecuadamente por empresas nacionales, ni la adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad pertenecientes a inversionistas nacionales.²²⁶ Esta última prohibición encuentra su excepción cuando la inversión se orienta a evitar una quiebra inminente, si el organismo contralor de las sociedades anónimas del país anfitrión comprueba dicho estado de inminencia, la empresa acredita haber concedido opción de compra preferente a inversionistas nacionales o subregionales y el inversor extranjero se compromete a poner en venta las acciones, participaciones o derechos para su compra por nacionales, en un plazo que no excederá de quince años. Los aspectos fundamentales de esta venta forzosa deberán fijarse en la autorización que otorgue el organismo nacional competente.

El Artículo 4 expresa que las Partes están en libertad de autorizar toda clase de participación extranjera en tratándose de aumento de capital de empresas mixtas o nacionales, siempre y cuando no se rebase el límite porcentual que el Régimen permite sea propiedad de extranjeros, pues de no respetarse el margen cambiaría su carácter mixto o nacional.²²⁷

Toda inversión no nacional deberá registrarse en el organismo competente del país receptor, que deberá también vigilar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del inversor, en coordinación con las dependencias oficiales que deban conocer de estos asuntos. El organismo contralor de las inversiones directas de origen extranjero, tendrá muy generosa competencia, pues le corresponden facultades como la de controlar el cumplimiento de los compromisos de participación nacional en la dirección técnica, administrativa, financiera y comercial y en el capital social; autorizar de manera excepcional la compra de acciones, participaciones o derechos de empresas nacionales o mixtas por extranjeros, conforme lo determinado por los Artículos 3 y 4; establecer un sistema de información y control de los precios de los productos intermedios que suministren los proveedores de tecnología o capital extranjero; autorizar la transferencia al extranjero, en divisas convertibles, a cuyo envío tengan derecho las empresas o inversores, según el Régimen y ley respectiva; centralizar los registros estadísticos contables, de información y control, relacionados con la inversión extranjera directa y autorizar los contratos de

²²⁶ Ver Decisión 37 de la Comisión.

²²⁷ Recuérdese que en las nacionales el extranjero no podrá llegar a ser propietario del 20% del capital social y en las mixtas no podrá lo extranjero rebasar el 49%.

licencia para uso de tecnología importada y para la explotación de marcas y patentes.

El Artículo 7 agrega que los inversionistas extranjeros que vendan sus acciones, participaciones o derechos a nacionales, o cuando se liquide la empresa, podrán libremente reexportar el capital invertido. Si esa venta se hace a extranjeros, el varias veces mencionado organismo contralor deberá autorizar la operación, con el antecedente de que no considerará como reexportación de capital.²²⁸

Por lo anterior nos daremos cuenta que ha habido un verdadero tránsito del Estado liberal abstencionista al Estado de intervención, pues a través del órgano que controla las inversiones extranjeras directas, determinará quién, cuándo y hasta qué monto de divisas podrán ser exportadas. Supone este particular que el Estado ha ido reservándose facultades cada vez más vigorosas para intervenir en la actividad económica. El Régimen en este punto, como en otras disposiciones de este instrumento, supone que el Estado ha renunciado al abstencionismo y está en posibilidad de interferir en el juego económico, orientándolo hacia determinados objetivos. El comportamiento del inversor extranjero, estará normado por el poder público, así como los particulares nacionales también lo estarán respecto de la economía en general.

Con el propósito de que las inversiones de los extranjeros no se escapen al control del Estado anfitrión, toda clase de reinversión de las utilidades de la empresa debe recibir autorización del órgano competente, aunque si no excede del 5% del capital social, dicha reinversión puede no requerir de autorización si así lo desea el país receptor.

El Artículo 15 determina que los Países Miembros no podrán intervenir como avales en operaciones de crédito externo que celebren las empresas extranjeras en las que no participe el Estado. Con toda razón, los firmantes del Régimen han considerado necesario prohibir al Estado o sector descentralizado que garantice ese tipo de operaciones crediticias, pues, en un momento dado, el Estado podría resultar deudor de una carga demasiado gravosa sin siquiera tener participación en la empresa. Además, esta medida prohibitiva es una manera directa de que el Estado, o la administración paraestatal, pueda ofrecer su aval a dichas operaciones cuando sean concertadas por empresas nacionales o mixtas.

²²⁸ El Régimen entiende por "capital reexportable" el formado por la inversión inicial registrada, más las reinversiones efectuadas según con lo estipulado por él.

El Artículo 16 estipula que las transferencias al extranjero, efectuadas por empresas en concepto de amortización o pago de intereses por operación de crédito externo, deberán autorizarse en los términos del contrato registrado. Además, para los contratos de crédito externo entre casa matriz y filiales o entre filiales de una misma empresa, la tasa de interés efectivo anual no podrá exceder en más de tres puntos la tasa de interés de los valores de primera clase, vigentes en el mercado financiero del país de origen de la moneda en que se haya registrado la operación.²²⁹ Para los contratos de crédito externo, distinto del señalado anteriormente, la tasa de interés efectivo anual que paguen las empresas será determinada por el organismo nacional competente, debiendo estar estrechamente relacionada con las condiciones prevalecientes en el mercado financiero del país en que se haya registrado la operación.

Cobra verdadera relevancia esta disposición, pues en el primer caso el Régimen determina cuál debe ser el nivel de interés que se puede cobrar en las operaciones de crédito externo, pues así se evita que la filial concerte créditos en condiciones onerosas y en beneficio inmoderado de la matriz o filiales, establecidas en el extranjero. En el caso segundo, se atribuye al órgano contralor competencia para que determine la tasa de interés, también con el propósito de que no se fije en función de criterios que puedan perjudicar la economía del país receptor y en provecho de empresas extranacionales. En cuanto a las operaciones de crédito interno, las empresas extranjeras podrán celebrarlas de acuerdo con el reglamento que al efecto dicte la Comisión, siempre y cuando sean excepcionales y a corto plazo.²³⁰

Todo contrato que tenga por objeto importación de tecnología o patentes y marcas, deberá ser examinado y aprobado por el órgano nacional competente, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de tecnología importada, mediante la estimación de sus utilidades pro-

²²⁹ Se entiende en este documento por "interés efectivo" el costo total que debe pagar el deudor por la utilización del crédito, incluyendo comisiones y gastos de todo orden.

²³⁰ Los contratos sobre tecnología deberán tener el siguiente contenido mínimo: identificación de las modalidades que revista la transferencia de tecnología que importa, valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología que importa, valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología expresada en forma similar a la utilizada en el registro de la inversión extranjera directa y determinación del plazo de vigencia.

bables, el precio de los bienes que incorporen tecnología u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada.²⁸¹

Es conveniente agregar que esto que determina el Artículo 18, ignora la importante relación que debe existir entre la tecnología a importar y los propósitos a los que se encaminen los planes nacionales de desarrollo. La tecnología que utilizan las empresas extranjeras, que no siempre es la más moderna de que se dispone en el momento, con frecuencia tiene efectos negativos para la economía nacional. En especial las empresas extranjeras utilizan la tecnología con el único propósito de elevar la productividad, aun cuando se ocasiona desempleo. Como los países latinoamericanos tienen altas tasas de desocupación no se pueden dar el lujo de utilizar tecnología intensiva de capital, sustitutiva del trabajo.

El numeral 20 prohíbe a las Partes autorizar contratos que tengan clausulado lesivo a su soberanía e independencia económica. No podrán los Miembros celebrar contratos sobre tecnología o patentes que contengan cláusulas en virtud de las cuales el suministro de tecnología imponga la obligación de adquirir de una fuente determinada, bienes de capital, productos intermedios, materias primas y otras tecnologías, o de utilizar permanentemente personal señalado por la empresa proveedora. En casos excepcionales, la empresa importadora podrá aceptar estas cláusulas relativas a la adquisición de bienes, siempre que el precio corresponda a los niveles internacionales.

Lo que se pretende con esta disposición es no dar lugar a tecnología atada, pues con harta frecuencia los países industrializados no se limitan en los contratos de tecnología o crédito a precisar la operación respectiva, sino que invaden otras operaciones con el propósito de que se les desprendan mayores provechos. Así, el país exportador de tecnología no recibiría sólo el beneficio inherente, sino que recibiría también el de la venta de determinados bienes o el de la prestación de servicios de sus técnicos y expertos. De la misma manera, el Régimen impide que una empresa extranjera establecida fuera del país importador, le imponga a éste la obligación de adquirir determinados bienes a ella misma o a otra filial subsidiaria.

El mismo Artículo 20 prohíbe que en el contrato se consagren cláusulas que permitan al vendedor de tecnología fijar el precio de venta o de reventa, de los productos elaborados con dicha tecnología,

²⁸¹ Artículo 18.

dado que se trataría de una interferencia peligrosa e injustificada en los asuntos económicos del país importador y de la empresa receptora. Tampoco se podrán incluir disposiciones que prohíban el uso de tecnologías competidoras o que restrinjan el volumen y estructura de la producción de la empresa usuaria. Además, se prohíben las cláusulas que establezcan opción de compra en favor del proveedor, obligación de transferir al vendedor de la tecnología los inventos o mejoras que se obtengan de su uso, o pagar regalías a los titulares por patentes no utilizadas.

Por último, el Régimen consagra la posibilidad de que se prohíban todas las demás cláusulas que tengan efecto equivalente.

En nuestra opinión, se debería haber consagrado expresamente que tampoco se pueden incluir cláusulas que establezcan opción de compra en favor de terceros y que obliguen a transferir a personas diferentes del proveedor, los inventos o mejoras por el uso de la tecnología, en virtud de que la empresa vendedora podría tener interés de que otra se beneficiara con ese clausulado, en detrimento de la empresa y del país importadores.

Salvo casos excepcionales, calificados por el órgano nacional competente, no podrán admitirse cláusulas que prohíban o limiten la exportación de los productos elaborados con la tecnología importada. En ningún caso serán procedentes estas excepciones en relación con el tráfico subregional o para la exportación de productos similares a terceros países. Nos parece que los Países Miembros no deberían haber consagrado la posibilidad de que se incluyeran cláusulas que impidan o limiten la exportación de bienes producidos con la tecnología importada pues, además de ser una intromisión incalificable, impide que el país receptor aumente su renglón de ventas, cuando es precisamente esta circunstancia la que impulsa a Latinoamérica a adquirir tecnología moderna.²³²

Las autoridades nacionales investigarán las tecnologías disponibles en el mercado mundial, a fin de apreciar cuáles son las más convenientes para la subregión y remitirán los resultados a la Junta.

²³² El programa que se elabore en cumplimiento del artículo 23 deberá incluir beneficios especiales, tributarios o de otro orden, para estimular la producción de tecnología y especialmente en las relacionadas con el uso intensivo de insumos de origen subregional o que estén diseñadas para aprovechar eficazmente los factores productivos subregionales; fomento de las exportaciones a terceros países de productos elaborados a base de tecnología subregional; canalización de ahorro interno hacia el establecimiento de centros subregionales o nacionales de investigación y desarrollo.

La Comisión, a propuesta de la Junta, deberá aprobar antes del 30 de noviembre de 1972 un programa para promover y proteger la producción tecnológica subregional, así como la adaptación y asimilación de las tecnologías existentes.²³³

La tecnología que se procure producir de acuerdo con este programa común, deberá orientarse al uso intensivo de los factores productivos de la subregión y a que aumente la exportación de bienes subregionales. El establecimiento de un centro de investigación y desarrollo con recursos andinos es de particular importancia, pues con toda seguridad ninguno de los Países Miembros posee por sí solo los recursos humanos y materiales bastantes para hacerlo unilateralmente.²³⁴

En cuanto al problema tecnológico, el Régimen ha sabido entender toda su dimensión.

Las Partes deberán otorgar preferencias a los bienes que incorporen tecnología subregional y la Comisión les podrá establecer gravámenes a las mercaderías que utilicen marcas extranjeras, dando lugar a regalías, cuando en su elaboración se emplee tecnología de público conocimiento o fácil acceso. Así, las Partes han descubierto un magnífico mecanismo para impulsar la investigación y utilización de tecnología subregional, otorgando tratamiento preferencial a los productos que hagan uso de ella, e imponiendo trato discriminatorio a los bienes que no lo hagan.

En forma semejante a como impusieron las Partes prohibiciones a la tecnología, el Artículo 25 determina que los contratos de licencia para la explotación marcaria de origen extranjero, no podrán incluir cláusulas de carácter restrictivo como: prohibición o limitación de exportar o vender determinados productos, los productos elaborados al amparo de la marca; obligación de utilizar materias primas, bienes

²³³ No debe perderse de vista que el fenómeno de dependencia tiene en nuestra época un claro carácter tecnológico.

²³⁴ Según el artículo 31 los convenios sobre transformación de empresas extranjeras en mixtas deberán contener las estipulaciones siguientes: plazo de conversión, gradualidad del proceso de transferencia de las acciones, participaciones o derechos a favor de nacionales, incluyendo por lo menos las reglas sobre porcentajes mínimos que consagran los artículos 28 y 30; reglas que aseguren la progresiva participación de los inversionistas nacionales o de sus representantes en la dirección, por lo que a partir de la fecha en que ésta inicie su producción; la forma en que se determinaría el valor de sus acciones, participaciones o derechos, al tiempo de su venta y los sistemas que aseguren el traspaso de las acciones, participaciones o derechos, a inversionistas nacionales.

intermedios y equipo, suministrados por el titular de la marca o de sus afiliados. En casos excepcionales el país receptor podrá aceptar cláusulas de esta naturaleza mientras el precio coincida con el internacional; fijación de precios de venta o reventa de los productos; obligación de pagar regalías al titular de la marca, por marcas no utilizadas; obligación de utilizar permanentemente personal suministrado o señalado por el titular de la marca y demás defectos semejantes.

En el mismo sentido que criticamos los términos en que estaban redactadas las prohibiciones a determinadas cláusulas, relacionadas con la importación de tecnología, tenemos que concluir en que no es lícito aceptar ninguna disposición que restrinja el margen de maniobra de la empresa, para escoger el mercado, los factores productivos, la tecnología, el precio y demás que se orienten a proporcionar un beneficio injustificado al titular del derecho marcario o de cualquier otra persona distinta.

b) *Capítulo II*

En virtud de que el programa liberatorio debe traducirse en beneficio de los nacionales y de los extranjeros, con mejores calidades para competir, el artículo 27 expresa terminantemente que sólo gozarán de las ventajas comerciales las mercaderías producidas por empresas nacionales o mixtas, así como las extranjeras que, de acuerdo con el Capítulo II, estén en vías de transformarse en nacionales o mixtas.²³⁵

Las empresas extranjeras, que existen en el territorio subregional,²³⁶ que deseen beneficiarse con las ventajas del programa de liberación, tendrán que convenir con el órgano nacional competente, en un plazo no mayor de tres años, a partir de que entre en vigor el Régimen, su transformación en empresa nacional o mixta, en los términos del artículo 31. Al término de los tres años, la participación nacional en el capital de la empresa no podrá ser menor al 15%.

El proceso de transformación no podrá ser mayor de 15 años en Colombia, Chile y Perú y de 20 en Bolivia y Ecuador. Esta diferencia

²³⁵ Aquellas que se encuentren legalmente constituidas en el territorio del país respectivo hasta el 30 de junio de 1971. Por obra de la Decisión 37 de la Comisión se modifica la fecha original del 31 de diciembre de 1970.

²³⁶ "Artículo 28. ...Se entenderá por empresas extranjeras actualmente existentes aquellas que se encuentren legalmente constituidas en el territorio del país respectivo el 30 de junio de 1971."

en el plazo se explica en función de la diferente dimensión económica de los tres primeros países, que en la terminología integrativa latinoamericana son conocidos como de "mercado interno insuficiente". Como éstos poseen más amplio mercado de capitales y mayores recursos financieros, estarán en posibilidades de adquirir mayores participaciones en el capital social de las empresas extranjeras, hasta que se transformen en mixtas o nacionales.

En cuanto a Bolivia y Ecuador, países de menor desarrollo económico relativo, al estar en situación económica más precaria, no podrían adquirir en 15 años el porcentaje del capital social que indica el capítulo respectivo del Régimen.

Al cumplirse las dos terceras partes del plazo de conversión, la participación nacional no podrá ser inferior al 45%.

Los organismos nacionales competentes para expedir certificados de origen de las mercaderías, los otorgarán a las producidas por las empresas extranjeras actualmente existentes que, dentro del plazo de tres años arriba mencionado, expresen su intención de transformarse en empresas nacionales o mixtas. En esa virtud, podrán aprovechar las empresas las potencialidades de un mercado ampliado, con grandes posibilidades de beneficio. Por el contrario, las empresas extranjeras que no suscriban un convenio de conversión, no podrán recibir certificados de origen y por ende no estarán en posibilidad de intercambiar al amparo del programa liberatorio.

Las empresas extranjeras que se establezcan a partir del 1o. de julio de 1971, se obligarán a vender a los inversionistas nacionales, gradual y progresivamente, el porcentaje de acciones, participaciones o derechos necesarios para que se conviertan en mixtas o nacionales en un plazo no mayor de 15 años en Colombia, Chile y Perú y de 20 en Bolivia y Ecuador.

Esta disposición del artículo 31 es de gran trascendencia en virtud de que sólo podrán establecerse, después del 1o. de enero de 1971, empresas extranjeras con carácter temporal. Después de esa fecha límite, las empresas que se establezcan con capital perteneciente a nacionales, en proporción menor al 51% o, cuando siendo superior no se refleje en su dirección, tendrán que convenir las condiciones de su transformación en mixtas o nacionales.

Así, en el futuro, una vez transcurridos los plazos del caso, ya no podrán existir empresas extranjeras sino tan sólo mixtas o nacionales. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda existir capital extranjero en la subregión andina, sino que esa participación por lo

general, tendrá que ser minoritaria, puesto que el gran grueso del capital y la dirección fundamental de las empresas estarán reservadas para los nacionales, a excepción de lo dispuesto por el artículo 34.

El Régimen gradúa con precisión los porcentajes y plazos que deben observarse en el proceso de conversión. En Colombia, Chile y Perú, se deberá convenir la participación de los inversores del país receptor en el capital social, siempre que no sea inferior al 45%, al transcurrir las dos terceras partes del mismo. En tratándose de Bolivia y Ecuador, que gozan de tratamiento preferencial en el marco subregional, la participación nacional no será menor al 5% a los tres años de iniciada la producción, al 10% en la tercera parte del plazo estipulado y no menor al 35% transcurridas las dos terceras partes.

Como puede observarse, las exigencias porcentuales que se hacen a los países de economía incipiente son mucho más generosas, porque de no ser así la insuficiente tasa de ahorro interno ocasionaría que Ecuador y Bolivia resultaran perjudicados, en beneficio de los países más fuertes del Acuerdo.

e Las Partes no podrán concederles a las empresas extranjeras más derechos en las materias reguladas por el Régimen, que los que éste concede. Es decir, que el Régimen implica una limitación muy clara a la soberanía nacional, puesto que le impide a los Estados otorgar mayores incentivos y estímulos a la inversión extranjera que los concedidos en su articulado. Esta prohibición impide a los Países Miembros lanzarse en la peligrosa pendiente de ofrecer demasiado, en su deseo de atraer mayores recursos del exterior.

El Artículo 34, al decir que las empresas extranjeras cuya producción se oriente en un 80% a mercados extrasubregionales, no estarán regidas por el capítulo que norma la conversión, relativiza el avanzado tratamiento que se da a los inversores no nacionales que no tendrán, lógicamente, derecho a beneficiarse de las ventajas del programa de liberación.

La salvedad que implica este artículo parece explicarse por el deseo que tienen los firmantes de que las empresas extranjeras no se beneficien del mercado ampliado creado por la liberación comercial, en perjuicio de los nacionales. Sin embargo, a nuestro parecer, habría sido más conveniente que el Régimen obligara también a las empresas que exportan el 80% o más de su producción a terceros países, a convertirse en mixtas o nacionales, pues la circunstancia de que una empresa pertenezca a extranjeros o sea controlada por ellos, puede ser peligrosa. El caso tan frecuente de empresas que explotan recursos

naturales no renovables por motivos de lucro exagerado, sin importar los intereses legítimos de la nación receptora, fundamentan nuestro aserto de que hubiera sido mejor prohibir terminantemente la empresa extranjera, dejando tan sólo la alternativa de la mixta o nacional.²³⁷ En este respecto merece mencionarse las Resoluciones 626 (VII), 1 803 (XVII), 2 158 (XXI) de la Asamblea General de la ONU.

Así, el Artículo 36 consagra la posibilidad de que el Estado amplíe su intervención en materia económica, adquiriendo las participaciones que las empresas en proceso de conversión pongan en venta.

El Artículo 16 considera como empresa mixta aquella en la que participe el Estado o empresas del Estado, aunque la participación sea menor al 51%, siempre que la representación estatal tenga capacidad determinante en las decisiones de la empresa. Es decir, que una empresa que no tenga el 51% del capital social en manos nacionales, seguirá siendo mixta si esa aportación es del Estado o de alguna de sus empresas, porque aunque sea menor esa participación, al ser estatal permitirá que intervenga en el destino empresarial con mayor vigor que los particulares.

Los inversionistas extranjeros podrán remitir al exterior en divisas convertibles las utilidades netas comprobadas, siempre que medie la autorización previa del órgano nacional competente y no rebase el 15% anual de la inversión extranjera directa. Los Países Miembros podrán solicitar a la Comisión que autorice porcentajes superiores.

Aunque el Artículo 37 pretende normar el espinoso problema de la repatriación de las utilidades, que es uno de los factores descapitalizadores de las áreas subdesarrolladas, las Partes, con verdadera sensatez, no han querido limitar excesivamente el derecho de disponer de las utilidades, puesto que de no ser así, se reducirán peligrosamente los atractivos de inversión para los extranjeros.

c) Capítulo III

El Capítulo III, que con técnica bastante deficiente tiene, a diferencia de los otros cuatro, el título "normas especiales por sectores",

²³⁷ En México y por obra de numerosas disposiciones, se han reservado al Estado y a nacionales mexicanos las siguientes actividades: petróleo, petroquímica, básica, electricidad, ferrocarriles, telégrafo y radiotelegrafía, instituciones crediticias y organismos similares, seguros, fianzas, instituciones de inversión, radio y televisión, transporte automotriz en carreteras federales, distribución de gas y explotación forestal. Ver Ricardo Méndez Silva, *Op., cit.*

dice, en su artículo 38, que cada País podrá reservar sectores de actividad económica para las empresas nacionales, públicas o privadas y determinar si se admite en ellas la participación de empresas mixtas.²³⁸

También menciona la posibilidad de que la Comisión propuesta de la Junta, determine los sectores que todos los Países Miembros reservarán para las empresas nacionales, públicas o privadas, y establezcan si se admite en ellos la participación de empresas mixtas.

Este artículo significa que el Estado Andino debe ser intervencionista, pues de otra manera esta disposición resultaría ilógica e injustificada en el contexto nacional. En nuestra opinión, esta facultad que se reconoce al Estado es natural dentro de las nuevas tendencias que le atribuyen generosa competencia en materia económica.

En cuanto a que la Comisión seleccione actividades para distribuir las a las empresas nacionales o mixtas, es una muestra de la pasión integrativa que impulsa a los países andinos, pues deposita en un órgano comunitario, aunque esté integrado por representantes de las Partes, una facultad tan importante para el destino económico y político subregionales. Esta facultad de la Comisión permitirá evitar el deslindamiento conflictivo y contradictorio entre las Partes, de las actividades económicas en relación a la inversión extranjera directa.

La obligación general de conversión que impone el Régimen a las empresas extranjeras, se restringe merced al artículo 39 que exceptúa su cumplimiento en cuanto a los sectores de que habla el Capítulo II.

Además, el artículo 40 da la libertad para que en un plazo de 10 años se autorice la actividad de empresas extranjeras en el sector de productos básicos, utilizando la forma de concesión, con plazo de vigencia no mayor de 20 años. En caso de participación de empresas extranjeras en la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, tendrán preferencia cuando deseen asociarse con empresas pertenecientes al gobierno de un país receptor.

El artículo 41 es terminante cuando prohíbe el establecimiento no sólo de empresas extranjeras sino de inversión extranjera, en el porcentaje que sea, en el ramo de los servicios públicos,²³⁹ excepto las in-

²³⁸ Actividades primarias de exploración y explotación de minerales de cualquier clase, incluyendo hidrocarburos líquidos y gaseosos, gasoductos, oleoductos y explotación forestal.

²³⁹ Debe entenderse por servicio público los de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica y alumbrado, aseos y servicios sanitarios, teléfonos, correos y telecomunicaciones.

versiones que fuere imprescindible hacer en las empresas extranjeras ya existentes, para operar con toda eficiencia económica y técnica.

Es obvio el fundamento de esta disposición, si se considera que al estar en manos de extranjeros los servicios públicos quedaría reducida la capacidad estatal para emprender alguna medida que pudiera afectar intereses de no nacionales. Tradicionalmente los inversores extranjeros gustaban de localizar sus capitales en los servicios públicos como ferrocarriles, energía eléctrica o teléfonos.

Por su parte el numeral 42, tampoco permite nueva inversión extranjera directa en el sector de los seguros, banca comercial y demás instituciones financieras.²⁴⁰ Las instituciones bancarias extranjeras que existan en la fecha que inicie su vigencia el Régimen, en un plazo de tres años, dejarán de recibir depósitos en cuenta corriente, de ahorro o a plazo fijo. Los que lo deseen deberán convertirse en nacionales, vendiendo el 80% de su capital social.²⁴¹

Tampoco se permitirá nueva inversión extranjera en empresas de transporte interno, publicidad, radioemisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos, revistas, ni en las dedicadas a la comercialización interna de productos de cualquier especie. Si las empresas extranjeras que operan en estos renglones desean seguirlo haciendo, deberán vender por lo menos el 80% del capital accionario a nacionales del país en cuestión, en un plazo que no exceda de tres años.

Es importante esta disposición porque se encamina a que los medios difusorios, de verdadero efecto impactante en las masas sociales, no sean controlados por extranjeros, que podrían operarlos en función de intereses contrarios a los nacionales.

Sin embargo, el artículo 44 hace nugatoria la prohibición de nuevas inversiones en campos tan delicados como las instituciones crediticias, medios de difusión, servicios públicos y demás sectores que apunta-

²⁴⁰ En 1966 el Consejo Monetario Centroamericano, alarmado por el incremento de la I.E.D., sugirió la elaboración de un Código Común que prohibiera el ingreso de más bancos extranjeros.

²⁴¹ Sin embargo, los regímenes andinos se están percatando de los peligros de la inversión extranjera directa no regimentada; en el Décimo Periodo de Sesiones Ordinarias de la Conferencia de las Partes Contratantes del Tratado de Montevideo, el jefe de la Delegación de Chile declaró que "la desnacionalización de los sectores estratégicos de la economía latinoamericana; la imposición por las naciones que controlan el mercado internacional de condiciones injustas; las modalidades que ha tenido el endeudamiento público y el aporte de capital privado, han creado un estado de dependencia económica y política que los países latinoamericanos no han podido alterar".

mos líneas arriba, al expresar que, cuando a juicio del país receptor existan circunstancias especiales, dicho país podrá aplicar normas diferentes.

En esta forma, un País Miembro, sin razón alguna, podrá no sujetarse al articulado de este instrumento, aduciendo que "existen circunstancias especiales". Un gobierno andino que no represente verdaderamente al pueblo de su país, encontrará base bastante para tolerar que empresas extranjeras exploten actividades por muy delicadas que sean.

El artículo 44 consigna como única sanción para las empresas que no consientan convertirse en nacionales o mixtas, que no tendrán derecho a beneficiarse del programa liberatorio. En las mismas circunstancias estarán las empresas que reciban tratamiento especial por parte de las Partes que no quieran que se aplique el Régimen.

d) *Capítulo IV*

Con el fin de poder precisar si los socios son o no extranjeros, el artículo 45 estipula que todos los títulos accionarios sean nominativos. Es decir, que las acciones estén expedidas a nombre de una persona determinada, sólo se transmitan por endoso, además del riguroso registro que se lleva en la sociedad.

Las acciones al portador tendrán que transformarse en nominativas, dentro de un plazo que no exceda a un año.

El artículo 31 determina que la Comisión, a propuesta de la Junta, deberá aprobar un convenio tipo, que evite la doble tributación entre las Partes y terceros Estados.²⁴² Este fenómeno impositivo ocasiona, sobre todo, que se grave inequitativamente a los productos, aumentando el precio de los mismos y, por ende, perjudicando sus calidades competitivas, además de que se deteriora el atractivo de la inversión.

Este problema fue contemplado desde el principio por la Asociación Latinoamericana,²⁴³ cuando en el artículo 15 del Tratado de Montevideo, se decía que

²⁴² La Oficina de Asesoría Económica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia publicó el importante estudio *Problemas sobre doble tributación en los Países Andinos*.

²⁴³ Al respecto pueden señalarse como muy importantes las conclusiones recogidas en la Primera y Segunda Reunión Especial sobre Aspectos Jurídicos e Institucionales de la Inversión Privada Extranjera efectuada en Río de Janeiro, en 1964 y 1965, respectivamente.

para asegurar condiciones equitativas de competencia entre las Partes contratantes y facilitar la creciente integración y complementación de sus economías, especialmente en el campo de la producción industrial, las Partes contratantes procurarán, en la medida de lo posible, armonizar en el sentido de que los objetivos de liberación del presente Tratado —sus regímenes de importación y exportación—, así como los tratamientos aplicables a los capitales, bienes y servicios procedentes de fuera de la Zona.

La Resolución 81 del Tercer Periodo Ordinario de la Conferencia de las Partes Contratantes, aborda el problema con mayor largueza.

En las discusiones sobre materia tributaria, se convino en que no era del todo aceptable la Convención sobre Doble Tributación, que adoptó la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, porque no regimentaba algunos aspectos propios de los países subdesarrollados. Aunque expresamente no lo consigna el numeral respectivo, es conveniente que los mismos Estados andinos celebren convenios tributarios de este género.²⁴⁴

Los Países Miembros se obligan a intercambiar información con las otras Partes y la Junta, en lo que se refiere a nuevas autorizaciones a I.E.D. y a contratos de importación tecnológica, a efecto de coordinar las respectivas políticas y a mejorar la capacidad negociadora.

Los Países Miembros no podrán otorgar tratamiento preferencial a los inversores extranjeros.²⁴⁵ Los estímulos e incentivos deberán ser cuando mucho semejantes a los que se otorgan a los nacionales. Obviamente, los requisitos y limitaciones podrán ser mucho más estrictos que los relativos a los inversionistas nacionales. Esta disposición pugna por evitar que las Partes, deseosas de captar mayores recursos, concedan atractivos exagerados, que no solamente puedan perjudicar al mismo país receptor, sino que reviertan en contra de los propósitos subregionales.²⁴⁶

²⁴⁴ Puede apreciarse en el área andina que hay cierta tendencia a que inviertan unos países en otros. Así, Colombia tiene significativas inversiones en Venezuela y ésta en Ecuador, por mencionar sólo algunos casos.

²⁴⁵ La tendencia general es no otorgar trato preferencial al inversor extranjero, en detrimento del nacional.

²⁴⁶ Los Estados Unidos, el país exportador de capital más importante, siempre ha insistido en la necesidad de que se suscriban instrumentos internacionales que garanticen sus inversiones en el exterior. Ver Lilich, Richard. *The Foreign Claims Settlement Commission and the Protection of Foreign Investments*, en: "Iowa Law Review". Vol. 48, No. 4, 1963. Iowa.

El Acuerdo se encamina a lograr si no una sola política subregional en materia de inversiones, sí a que las respectivas políticas nacionales sean armónicas entre sí, en cuanto a estímulos y requisitos.

El artículo 51, con muy buen sentido, niega a las Partes la posibilidad de que suscriban convenios con el efecto de sustraer de su órbita competencial los conflictos surgidos de las inversiones o de la importación tecnológica, o que permitan que los Estados se subroguen a los inversores extranjeros, en sus acciones y derechos. Esta última disposición cobra logicidad si se considera que tradicionalmente los Estados utilizaban la subrogación de los derechos o pretensiones de sus ciudadanos, para interferir en los países anfitriones, de manera cuanto más violatoria de los principios soberanos.

e) *Capítulo V*

Aunque, básicamente, la competencia de la Comisión y la Junta está perfilada en el Acuerdo de Cartagena, el artículo 52 expresa que a aquélla le corresponde decidir sobre las proposiciones que le haga la Junta acerca de capital extranjero, propiedad industrial, sistema de producción y comercialización tecnológica a los que se refiera el Régimen; aprobar, a propuesta de la Junta, los reglamentos que hagan aplicable el Régimen y adoptar todas las medidas necesarias para la puntual consecución de los propósitos que animan a este instrumento.

En cuanto a la Junta, le corresponde vigilar el cumplimiento del Régimen y el cuerpo reglamentario que se expida al efecto, centralizar toda clase de información sobre inversión extranjera o transferencia de tecnología y suministrarla a los Países Miembros y proponer a la Comisión las medidas y los reglamentos necesarios por la mejor aplicación del multicitado instrumento.

Además de los dos órganos básicos, el artículo 54 indica que se establecerá una Oficina Subregional de Propiedad Industrial, que servirá de enlace con las oficinas nacionales del ramo, preparará contratos tipo de licencia para uso de marcas y explotación de patentes, asesorará a las oficinas nacionales en relación a la aplicación de las normas comunes sobre propiedad industrial, que se adopten en el reglamento que se dictará para aplicar las disposiciones sobre esta materia,²⁴⁷ realizará estudios y hará recomendaciones a los Miembros sobre patentes de invención.

²⁴⁷ Este reglamento deberá contener los siguientes elementos: a) determinación de los signos, palabras, símbolos o nombres que se pueden registrar como marcas; b) disposiciones sobre propiedad de la marca, procedimientos para adquirirla, per-

Es de verdadero relieve que se integre una política subregional en materia de propiedad industrial o una oficina, también subregional, que conozca de la materia, pues con harta frecuencia los países latinoamericanos ignoran las experiencias de sus vecinos, incurriendo no sólo en roces sino en desperdicio de recursos y en duplicidad de esfuerzos.

f) *Disposiciones transitorias*

El Régimen consigna que se iniciará su vigencia dentro de los seis meses siguientes al momento en que se hayan depositado, en la Junta, todos los instrumentos nacionales que se pongan en práctica en los territorios de las Partes. Así, el Régimen no será operativo hasta que los países andinos hayan hecho el acto positivo de dictar ciertos instrumentos de aplicación.

La inversión extranjera directa tendrá un plazo de seis meses, a partir de que se inicie su vigencia en el Régimen, para registrarse en la Oficina Nacional respectiva y seguirá gozando de las prerrogativas que le conceden otras disposiciones, nacionales o internacionales, siempre y cuando no se opongan a los dictados del Régimen.

En esa virtud, el Régimen, por expresa declaración de voluntad de los Países Miembros, gozará de prepotencia sobre otras disposiciones. Naturalmente que de esta circunstancia podría derivarse grave responsabilidad internacional al país andino, que por acatar este instrumento, se viera precisado a incumplir otros anteriores.

En este articulado transitorio se imponen a las Partes ciertas obligaciones precisas, como son el no celebrar, motu proprio, convenios sobre propiedad industrial con países no andinos y establecer los organ-

sonas que pueden ser titulares del derecho, etc.; *c*) clasificación uniforme de los productos para los efectos de las marcas; *d*) publicación y términos de oposición al registro; *e*) prioridad o derecho a oposición; *f*) uso del privilegio; *g*) caducidad por falta de uso; *h*) término del privilegio; *i*) negociación de la marca; *j*) causales uniformes sobre nulidad, falta de renovación, cancelación por registros anteriores, etc.; *k*) clasificación de patentes; *l*) determinación de los productos y procesos industriales que puedan ser patentados en función de los objetivos de la estrategia global para el desarrollo de la subregión; *m*) condiciones de patentabilidad y, particularmente, criterios uniformes para establecer la novedad y la aplicación industrial de la patente; *n*) titulares de la patente; *o*) procedimiento para el registro, la oposición, la forma para poner en práctica la invención, etc.; *p*) término de privilegio; *y*, *q*) normas sobre modelos y dibujos industriales.

mos nacionales necesarios para autorizar, registrar y controlar la I.E.D. y la transferencia tecnológica.

Las Partes deberán registrar en dichos órganos nacionales, todo contrato que hayan celebrado con el extranjero sobre marcas, patentes y tecnología.

Como puede apreciarse desde la primera aproximación, este instrumento subregional no regimenta las inversiones andinas directas que se hagan o se hayan hecho en otro de los Países Miembros. Al respecto el artículo I transitorio expresa que la Comisión determinará el tratamiento aplicable al capital propiedad de inversionistas andinos no nacionales del país receptor. En el mismo plazo de tres meses se habrá de dictar el reglamento que rija las inversiones que realice la Corporación Andina de Fomento en el área subregional.²⁴⁸

El problema de las inversiones extranjeras directas, de la importación tecnológica y de marcas y patentes, toca muy de cerca el problema de las empresas multinacionales, tema central de nuestro estudio.

El artículo 28 del Acuerdo Subregional Andino, que hemos transcrito parcialmente líneas arriba, impone a la Comisión la obligación de aprobar un régimen especial sobre empresas multinacionales, a más tardar el 31 de diciembre de 1971. Se desprende de este instrumento que las Partes contemplan a las empresas multinacionales como una fórmula adecuada para que aprovechen los nacionales los beneficios del mercado ampliado y las economías de escala. De otra manera, los países miembros no podrían competir con las subsidiarias y filiales de las grandes empresas norteamericanas, que al amparo del principio de libre concurrencia de las áreas integrativas latinoamericanas, poseen mayores oportunidades que las nacionales.

Con las empresas multinacionales, las Partes podrían articular sus recursos de capital, empresariado y tecnología, hasta alcanzar dimensión y eficiencia en el límite adecuado para competir.²⁴⁹

Las empresas multinacionales son medidas complementarias al tratamiento del capital extranjero que impone el Régimen.

El Régimen Común es un intento valeroso del Acuerdo para mover al inversor extranjero a que aporte su capital de manera que se le de-

²⁴⁸ Esta institución resuelve en el ámbito andino el problema al que se enfrenta la Asociación, pese al BID, al carecer de un órgano financiero integrativo semejante al que opera en el Mercado Común Centroamericano y en la Comunidad Económica Europea.

²⁴⁹ Ver el Decreto Supremo No. 284-68 HC y el Decreto Ley No. 17475 expedidos en Perú.

riven beneficios legítimos, pero sin menoscabar los derechos soberanos del país receptor. Más aún, late en el Régimen el propósito de que también se desprendan provechos para las naciones huéspedes y que esa importación de recursos se distribuya de acuerdo con las finalidades desarrollistas e integrativas que se hayan señalado.

No era posible exigir a los firmantes del Acuerdo que prohibieran la I.E.D., pues aun cuando parte de ellos profesan genuina ideología nacionalista, los planes de desarrollo exigen crecidas inversiones que no están en capacidad de ejecutar sin concurso del extranjero.²⁵⁰

No obstante, y pese a las disposiciones aparentes del Régimen, puede afirmarse que sólo dará lugar a una retracción leve y temporal de la inversión extranjera directa, hasta que la opinión pública internacional se percate, como nosotros, que se trata de un instrumento ambicioso, pero sensato, de encauzar la importación de capital y tecnología y la explotación de marcas y patentes, en forma tal que haya un equitativo beneficio para las partes. El Consejo de las Américas, que reúne a lo más granado del medio inversor norteamericano, ha dado a conocer repetidamente su rechazo al estatuto, de manera que han aplazado y suspendido múltiples proyectos en la subregión.²⁵¹

3. *La Experiencia en el Mercado Común Europeo*

El problema del desplazamiento de la empresa nacional, por parte de las subsidiarias de las grandes corporaciones extranjeras atraídas por los estímulos integracionistas, se ha dejado sentir en particular en la Comunidad Económica Europea.

El Mercado Común Europeo es obvio que es más atractivo para la megacorporación extranjera que otras figuras integrativas de menor complejidad. Según el artículo 3o. incisos b y f, del Tratado de Roma, se suprime en el área todo obstáculo a la libre circulación de personas, servicios y capitales y se crea un sistema que garantice de hecho que la competencia no quede falseada en el Mercado Común.

En el Mercado Común se consagran las cuatro libertades de circulación de personas, servicios, mercaderías y capitales, además del prerrequisito del derecho de establecimiento, merced al cual se reconoce a los nacionales de cada Estado miembro, la facultad de establecerse en cualquier otro país miembro. Por medio del derecho de estableci-

²⁵⁰ Repásese los movimientos populistas y socialistas de Perú y Chile.

²⁵¹ "Progreso". Agosto de 1971. México, pp. 30-32.

miento se revisa la condición de extranjería para con los súbditos de los Estados partícipes.²⁵²

El amplio mercado, que constituye la integración, al atraer a las empresas extranjeras suscitó hondas preocupaciones a los sectores empresariales europeos, dado que el numeral 85 del instrumento de Roma consagró prohibiciones tajantes, con miras a preservar la libre competencia al decir que

son incompatibles con el Mercado Común y quedan por él prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociación de empresas y todas las prácticas concordadas que puedan perjudicar al comercio entre los Estados miembros, y que tengan por objeto o como efecto obstaculizar, limitar o falsear el normal juego de la competencia en el interior del Mercado Común. . .²⁵³

Sin embargo, los efectos restrictivos de dicho numeral pueden suspenderse cuando los acuerdos, decisiones o prácticas concordadas

contribuyan a la mejora de la producción o de la distribución de los productos, así como a la promoción del progreso técnico o económico. . .

siempre y cuando no

se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de dichos objetivos y no se dé a dichas empresas la posibilidad de eliminar a la competencia en una parte sustancial de los productos de los que se trate.

Es decir, que en la Europa de los Seis se busca respetar la competencia, que puede ser restringida si se promueve el progreso técnico y económico y no se da lugar a prácticas abusivas, sobre todo, en materia de precios.

La misma Comisión ha insistido en estimular a las empresas de los países miembros para que puedan competir en plan de igualdad con las grandes subsidiarias de empresas extranjeras, pero tratando de no

²⁵² Loussouarn, Ivon. *Derecho de Establecimiento en la Comunidad Económica Europea*, en: "Derecho de la Integración". BID-INTAL. No. 3, 1968. Buenos Aires.

²⁵³ Joliet, R. *Prix Imposes et Droit Europeen de la Concurrence*, en: "Cahiers de Droit Europeen". No. 1, 1971. Bruxelles.

violar el artículo 85. El órgano comunitario mencionado, en una célebre comunicación, enumeró las diferentes formas en las que podían las empresas cooperar sin violentar el principio de libre competencia.²⁵⁴

En Alemania se publicó una ley abocada a regimentar diferentes formas de cooperación que creemos prudente mencionar: intercambio de información y experiencias, examen y análisis del mercado, análisis de coyuntura y estructura, utilización de servicios de organización de empresas, compras, inversiones, especialización, todo ello en común. Además filiales, publicidad, venta, garantía de créditos, formación de personal, también en común.

Además de este tipo de convenios de cooperación interempresarial, tanto los órganos estatales como los comunitarios están estimulando las fusiones de las empresas con el fin de lograr una mayor dimensión y, por ende, mayores calidades competitivas. La Comisión ha insistido en la necesidad de suprimir las trabas fiscales y legales que entorpecen la operación de fusión internacional, de empresas de diferente nacionalidad.

Por lo general, se contempla a la operación fusionante como una medida necesaria con miras a lograr ventajas en la producción. A mayor abundamiento, se piensa que una empresa gigante puede disponer de mayores recursos con miras a lograr más crecida inversión para el desarrollo.²⁵⁵ Sin embargo, algunos estudiosos han hecho la observación de que se ha exagerado la argumentación de que a mayor tamaño mayor eficiencia y más alta tasa de utilidades. Más allá de los 45 millones de dólares de activos no hay ligazón entre tamaño y rentabilidad. Más allá de cierto tamaño mínimo no hay grandes beneficios en investigación y desarrollo.²⁵⁶ Agrega el mismo autor que en cuanto a las ventajas tecnológicas es inexacto generalizar que toda invención contemporánea requiere un aparato costoso. En esta centuria múltiples inventos han sido alcanzados con equipo simple y gastos modestos.²⁵⁷

²⁵⁴ Joliet, R. *La Cooperation entre Enterprises selon la Jurisprudence de la Commission des Communautés Européennes*, en: "Cahiers de Droit Européenne". No. 2, 1969. Bruxelles.

²⁵⁵ Solá Cañizares. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Barcelona. Montaner y Simón, S. A., 1962.

²⁵⁶ Canellos, P. C. *Concentration in the Common Market*, en: "Common Market Law Review". V. 7, No. 1, 1970. Leyden.

²⁵⁷ *Op., cit.* p. 21.

Aunque es rigurosamente cierto que la concentración y la gran talla empresarial no es requisito *sine qua non* en todos los casos, para lograr mejores resultados, no es menos cierto que estos fenómenos se están dando intensamente, so pretexto de lograr mayor eficiencia operacional.

Los gobiernos de los países miembros de la Comunidad Económica Europea estimulan la fusión empresarial porque se han percatado, en grado diverso, que un concepto moderno, realista y funcional de competencia no excluye la adopción de la técnica de planificación. De manera que, según el Reporte Zijlstra de 1966, para lograr el crecimiento económico en función del bienestar social, el Estado se ve movido a interferir en la vida económica, orientándola hacia ciertas metas e imponiendo límites precisos al albedrío particular.²⁵⁸

Con el propósito de habilitar a la empresa nacional para competir con las subsidiarias realmente extranjeras ha estado siempre presente el criterio de que se reconozca a las sociedades de un país, en la esfera de los demás países miembros.²⁵⁹ Aunque se ha pensado a menudo en la creación de una "sociedad europea", es respecto al reconocimiento mutuo de entes societarios que se han obtenido resultados tangibles. Se advirtió en el Mercado Común Europeo que la libertad de establecimiento sería nugatoria sin el previo reconocimiento de las compañías mercantiles.

Así, se aprecia en la Comunidad que no ha dejado de estar presente el interés de llegar a una postura armónica en cuanto a la eficacia jurídica indiscriminada de las sociedades. En 1965 se dio a conocer el informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo que consideraba que

una armonización del derecho de sociedades es indispensable en razón de la unión cada vez más estrecha de los mercados y de las diversas formas de colaboración entre las sociedades de los diferentes Estados miembros. Es así que se ha elaborado un anteproyecto de convención sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades civiles y comerciales,

²⁵⁸ Vanthemaat, P. V. *Competition and Planning in the EEC and the Member States*, en: "Common Market Law Review". V. 7, No. 3, 1970. Leyden, pp. 311-322.

²⁵⁹ "...si una compañía organizada en un Estado Miembro desea realizar negocios en otro Estado Miembro, debe ser 'reconocida' en el Estado receptorista como una persona legal". *Conflict of-laws rules by treaty: recognition of companies in a regional market*, en: "Michigan Law Review". Vol. 68, No. 7, 1970. Michigan, p. 1329.

así como sobre el reconocimiento mutuo de personas morales públicas y privadas que ejercen una actividad económica con fines lucrativos.

Este proyecto de convención se complementaría con otro abocado a mantener la personalidad jurídica de las personas societarias en el caso de que trasladaran la sede de un país miembro a otro. En el citado informe se indicó la conveniencia de suscribir un instrumento internacional en materia de fusión de empresas de diferentes Estados partícipes.

Un año después, M. C. Berkhouwer preparó un informe en nombre de la Comisión del Mercado Interior sobre la propuesta de la Comisión al Consejo, relativa a una directiva tendiente a coordinar las garantías que exigen los Estados Miembros a las sociedades a que se refiere el artículo 58, inciso 2. La Comisión había hecho llegar al Consejo de Ministros la propuesta que había elaborado el 21 de febrero de 1964, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros. El Consejo turnó el documento al Comité Económico y Social y al Parlamento Europeo a efecto de recabar sus puntos de vista. El Comité de Mercado Interno pidió al ejecutivo de la Comunidad, abundara más sobre el problema enviándole un cuestionario más detallado.

Berkhouwer, con base en las respuestas al cuestionario presentado a la Comisión, elaboró un preproyecto de Reporte que se puso a discusión en su oportunidad. Se preguntó a la Comisión cómo se regirían en la posible directiva los importantes problemas de inscripción, publicidad, control, órganos, responsabilidad, entre otras. En las respuestas del 6 de mayo de 1965, la Comisión fue bastante explícita al grado de que mencionó las directivas que tendrían que emitirse a fin de llevar a la práctica el Programa General, elaborado con base en el Artículo 54 del Tratado de Roma.²⁶⁰

El 29 de febrero de 1968 las Altas Partes Contratantes suscribieron una Convención relativa al reconocimiento mutuo de personas morales, partiendo del párrafo tercero del Artículo 220 del Tratado que establece la Comunidad Económica Europea.²⁶¹ La Convención, en su numeral 1, dice que son reconocidas de pleno derecho las socieda-

²⁶⁰ Ver: J. O. del 15 de enero de 1962.

²⁶¹ "... Los Estados Miembros iniciarán entre ellos y cuando así sea necesario, negociaciones a fin de garantizar, en favor de sus ciudadanos: ... el reconocimiento recíproco de las sociedades, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 58, apartado 2; el mantenimiento de la personalidad jurídica, en caso de traslado de la central de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sometidas a legislaciones nacionales distintas."

des de derecho civil o comercial así como las cooperativas, constituidas de conformidad con la ley de un Estado Miembro y siempre que otorgue la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones y que su sede estatutaria esté en el territorio de alguno en que se aplique la Convención. El artículo 2 agrega que se reconocen de pleno derecho a las personas morales de derecho público o privado, además de las mencionadas en el numeral anterior, si cumplen ciertos requisitos.

El efecto principal del instrumento es que las personas morales reconocidas tienen la capacidad que les atribuye la ley conforme a la cual se constituyeron.²⁶²

Esta Convención cobra relieve pues permite que el derecho de establecimiento que consagra el Tratado de Roma adquiera realidad al reconocerse a las sociedades —y para nuestros efectos a las anónimas— en países distintos al de su constitución.

El 5 de marzo se aprobó una Directiva del Consejo que busca coordinar las garantías que se exigen en los Estados Miembros a las sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y demás personas morales de derecho público o privado, a excepción de las que no tengan finalidades lucrativas, después de la discusión a que hicimos referencia.²⁶³

La Directiva, que responde también al numeral 54, determina que las medidas de coordinación prescritas por ella se aplican a las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas a la sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y sociedad de responsabilidad limitada.²⁶⁴ Los Estados Miembros son los destinatarios de la directiva, de manera que deben tomar las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria, relativa a las sociedades, observe ciertos requisitos y cubra determinados elementos como son el acta constitutiva, estatutos, nombramiento y remoción de los funcionarios, capital suscrito, disolución, sede social.

Los Estados partícipes tienen la clara obligación de poner en vigor toda modificación legislativa, reglamentaria o administrativa que sea necesaria para adecuar su orden jurídico con las disposiciones de la directiva del 9 de marzo de 1968.²⁶⁵

Además, las legislaciones nacionales deberán observar los señalamientos de la directiva en materia de nulidades. Por consecuencia la nulidad debe ser pronunciada por decisión judicial y los casos en los

²⁶² Artículo 6.

²⁶³ Artículo 58, párrafo segundo.

²⁶⁴ Artículo 14.

²⁶⁵ Artículo 13.

que puede ser pronunciada son: *a*) por defecto en el acta constitutiva o inobservancia de las formalidades del control preventivo o de la forma auténtica, *b*) objeto societario ilícito o en contra del orden público, *c*) ausencia en el acta constitutiva o en los estatutos de toda mención en la denominación, aporte, monto del capital suscrito u objeto social, *d*) inobservancia de las disposiciones nacionales relativas a la liberación mínima del capital societario, *e*) incapacidad de todos los socios fundadores y que el número de éstos sea inferior a dos.²⁶⁶

La importancia de este cuerpo normativo se desprende de que busca equiparar las garantías societarias en bien de la protección de los intereses de socios y terceros, en particular en tratándose del renglón publicidad.²⁶⁷

En un paso más ambicioso algunos sectores doctrinales integracionistas se han preocupado más que por las medidas de coordinación y aproximación jurídica en materia societaria, por aquellas encaminadas a lograr la unificación, que requiere de mayor sacrificio nacional y del embarnecimiento comunitario. En este sentido es recomendable tocar, aunque sea marginalmente, el Proyecto de Estatuto para una Sociedad Anónima Europea que presentó el profesor Pieter Sanders a la Comisión del Mercado Común en 1966. El estudioso recomienda la creación de una Sociedad Anónima Europea que coexistiría con las sociedades nacionales de los diferentes Estados Miembros y que estaría reglamentada por el estatuto que se propone. Se aprecia que el instrumento, en caso de suscribirse, significaría un paso más allá de las soluciones tradicionales propias del derecho internacional privado.

La Sociedad Europea tiene personalidad jurídica en todos los Estados contratantes y los mismos derechos y facultades que las sociedades anónimas de derecho nacional. No existe libertad absoluta para adoptar la forma de Sociedad Anónima Europea sino tan sólo en casos expresamente determinados: *a*) fusión de dos o más sociedades anónimas constituidas según el derecho de uno o más Estados Miembros de la Comisión Económica Europea, *b*) creación de una sociedad holding por dos o más sociedades constituidas según el derecho de uno o más Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea, *c*) creación de una filial en común, *d*) transformación de una sociedad anónima constituida según el derecho de un Estado Miembro a la

²⁶⁶ Artículo 11.

²⁶⁷ Ver Van Ommeslaghe, Pierre. *La Premiere Directive du Conseil du 9 Mars 1968 en Matière de Societes*, en: "Cahiers de Droit Européenne". No. 5, 1969. Bruxelles.

Comunidad Económica Europea y creación de una filial por una sola sociedad anónima.²⁶⁸ Se agregó que los estatutos deben indicar como sede en el interior de la Comunidad, el lugar donde se encuentra la administración central de la Sociedad Europea.

En cada Estado firmante la competencia jurisdiccional y el procedimiento en materia de Sociedades Anónimas Europeas están reglamentados siguiendo las disposiciones del derecho de cada Estado para las anónimas nacionales.²⁶⁹ A la Corte de Justicia de las varias veces mencionada figura integrativa, le corresponde conocer de manera prejudicial la aplicación y la interpretación del Estatuto.²⁷⁰ En la labor de aplicación e interpretación de este instrumento no debe perderse de vista la finalidad de crear un derecho único que cubra a los Estados Contratantes.²⁷¹

Las Sociedades Europeas deberán inscribirse en el Registro de Comercio de la Corte de Justicia Comunitaria, cuyo reglamento deberá emitirse con posterioridad.²⁷² Toda publicación relativa al ente societario europeo habrá de hacerse en el Diario Oficial de las Comunidades.²⁷³

Cuando se desee utilizar este tipo social deberá hacerse una seria motivación a la luz de las condiciones prescritas en el Título 1.

El proyecto aborda toda la problemática societaria como son los derechos de los accionistas, los títulos obligacionales, los órganos, disolución, liquidación, fusión, transformación.²⁷⁴

Las tentativas de embarnecer a la sociedad de los países del Mercado Común se explican también por el temor continental ante la superioridad tecnológica norteamericana, que ha llevado a afirmar a Servan Schreiber que la única alternativa viable que se presenta es establecer una autoridad supranacional en este respecto, puesto que,

²⁶⁸ Artículo 1-3.

²⁶⁹ Artículo 1-5.

²⁷⁰ Artículo 1-6.

²⁷¹ Artículo 1-7.

²⁷² Artículo 1-8.

²⁷³ Artículo 1-9.

²⁷⁴ Las menciones a los diferentes intentos de tratamiento a las sociedades en el seno del Mercado Común Europeo, se han hecho con base a los documentos recogidos por el Comité Jurídico Interamericano en el trabajo intitulado *Armonización de las Legislaciones de los Países Latinoamericanos sobre Sociedades, Incluso el Problema de las Sociedades de Carácter Internacional*. OEA/SER. 1. VI. I CIJ-94. Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA, 1968. Washington, D. C.

aisladamente, ningún país está en posibilidad de competir.²⁷⁵ En el Reino Unido, la Comisión de Reorganización Industrial está estimulando las fusiones con el objetivo de que las empresas puedan aumentar los desembolsos en materia de investigación.

John H. Dunning, recomienda hacer tecnología en los puntos en los que puede tener ventaja sobre Estados Unidos, como son los satisfactores que se producen con uso intensivo de mano de obra o que no precisan costosas erogaciones para inversión y desarrollo, como podrían ser los productos metálicos, muebles para personas de altos ingresos o ropa.²⁷⁶ La superioridad norteamericana se observa en renglones tan estratégicos como las computadoras, que presentan claros rasgos oligopólicos. La Industry Business Machines es más grande que el total de las demás fabricantes del mundo, según se desprende de los datos comprendidos en el cuadro 3.

En cuanto al parque nacional de computadoras debe advertirse que en Estados Unidos se alcanza la cantidad de 62 685, mientras que la Comunidad Económica Europea 15 030, Reino Unido 5 910, Japón 5 900, Rusia 4 500 y Australia 925. A últimas fechas algunas empresas no norteamericanas están impulsando su operación en el campo de la computación.

Nuestras argumentaciones en torno a la debilidad relativa y promedio de las empresas europeas, respecto de las norteamericanas, no deben dar la impresión de que se minimiza su dimensión, según se desprende del cuadro 4, que hemos reducido del que contiene las investigaciones de Fortune.

²⁷⁵ *Op., cit.*

²⁷⁶ "La brecha tecnológica entre Estados Unidos y Europa, medida en términos de tecnología actualmente producida, es duramente debatida, aunque su extensión es fácilmente exagerada. Nosotros haríamos simplemente cuatro observaciones para ilustrar este punto. Primero, el último dato disponible muestra una ventaja de cinco a uno (de 264 millones de dólares a 46 millones anualmente) para los Estados Unidos en captaciones por regalías tecnológicas de cuatro naciones europeas (OECD 1968). Segundo, los Estados Unidos gastan cerca de cuatro veces en investigación y desarrollo que Europa Occidental combinada (a pesar de que la población de Europa es más grande) y cerca de dos veces en relación al producto nacional bruto (OECD 1967). Tercero, los Estados Unidos tienden a dominar el comercio mundial más en aquellas industrias que son las que tienen más investigación intensiva (Keesing, 1967). Cuarto, la contribución de las subsidiarias de Estados Unidos en Europa (como una proporción de la producción) es más pronunciada en las industrias basadas en la ciencia (Behrman, 1969; Servan Schreiber, 1968). *Technology, United States Investment, and European Economic Growth*, en: "The Multinational Corporation".