

COMENTARIOS AL REGIMEN SOBRE CAPITALES EXTRANJEROS, MARCAS, PATENTES, LICENCIAS Y REGALIAS PARA EL GRUPO ANDINO

Por EDGAR VILLAMIZAR MARULANDA

A. - Introducción

En la ciudad de Lima, Perú, en el mes de Diciembre, se reunieron las delegaciones de los cinco países miembros del Grupo Andino, para discutir la propuesta presentada por la Junta del Acuerdo que había sido enviada a consulta de los países desde el mes de Octubre de 1970.

Vale anotar que aunque se tomaron once decisiones que van de la número 20 a la 30, la decisión número 24, que corresponde al tema que nos ocupa y que comprende un total de 55 artículos más las disposiciones transitorias, no ha sido acordada en su totalidad.

Aunque el 90% del articulado fue aprobado, existen serias objeciones por parte de las delegaciones a varios artículos que son en realidad aquellos que bien pueden cambiar la suerte del proyecto. Estos artículos no aprobados reflejan prácticamente las dos posiciones que fueron presentadas en Lima: por una parte, países que consideraban más prudente dejar al arbitrio de sus propias legislaciones y de su realidad económica las reglas que consisten en obligar a las inversiones extranjeras a convertirse en mixtas o a vender una porción de capital y para ello pedían la posibilidad de hacer excepciones; y otros países que consideraron que tales excepciones irían a desvirtuar la finalidad del estatuto propuesto y por ello, exigían que se determinara con exactitud los sectores y las inversiones que deberían cumplir con la nacionalización.

En el transcurso de la discusión predominó la posición colombiana que permite la elasticidad. Sin embargo, varios artículos se dejaron al coordinador de las reuniones para una nueva redacción. Posteriormente cada miembro será consultado con respecto a ellos.

B. - Aspectos legales del tratado base del Grupo Andino

"El Acuerdo de Integración Subregional Andino fue suscrito el 26 de Mayo de 1969, y a pesar de ser un tratado internacional que requiere la ratificación del Congreso Colombiano nunca fue llevado a éste.

En Diciembre del año pasado fue presentada una demanda a la Corte Suprema de Justicia sobre las siguientes bases: El Acuerdo Subregional Andino es un tratado internacional por sí mismo por cuanto las facultades dadas a los países signatarios del Tratado de Montevideo, que creó la ALALC, daba facultad a las partes contratantes solamente para celebrar acuerdos entre sí que se relacionen con cuestiones industriales. Como puede verse el Grupo Andino está dando margen para celebrar lo que es en realidad un verdadero Tratado internacional sobre capitales extranjeros que cambia la política monetaria del país y reforma nuestros códigos fiscales, civil, etc.

En consecuencia, alega la demanda, se está violando el ordinal 18 del

Artículo 76 y el ordinal 20 del Artículo 120 de la Constitución, por cuanto corresponde claramente al Congreso aprobar o improbar los tratados internacionales.

Voceros oficiales han defendido la constitucionalidad del Grupo Andino diciendo que éste es un apéndice del Tratado de Montevideo que sí fue ratificado por los congresos y que otorga facultades para crear grupos subregionales. Además, han sostenido, que los tratados públicos no son demandables.

Cabe recordar que el propio Congreso se dirigió al Presidente de la República para advertirle que el tratamiento a los capitales que se está aprobando y el mismo tratado base del Grupo Andino deben ir a su seno para una ratificación.

Si triunfa la tesis de la demanda el tratado que dio base al Grupo Andino deberá ir al Congreso para lo pertinente. Cabe anotar que esta institución aún no se ha pronunciado sobre la conveniencia del mismo.

El régimen propuesto divide las empresas en tres clases: La empresa nacional que es aquella cuyo capital pertenece en más del 80% a inversionistas nacionales; la empresa mixta que es aquella cuyo capital debe pertenecer a inversionistas nacionales en una proporción que fluctúe entre el 51 y el 80% y, empresa extranjera que es aquella cuyo capital no pertenece a los nacionales en más del 51%.

Cualquiera de las anteriores puede ser considerada como empresa extranjera si la proporción del capital colombiano no se refleja en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

Las normas más importantes y aquellas que tienen efectos tributarios pueden resumirse de la siguiente manera:

*I. - Definiciones, Ganancias de Capital, Crédito Externo
y Transferencia de Tecnología.*

A. - *Ganancias de capital.* Con el Estatuto cambiario actual el registro de la inversión se hace por el "valor neto" y en caso de liquidación de la compañía no se podrá girar sino el equivalente en dólares de los pesos que resulten de la liquidación. Con el régimen propuesto, la diferencia que resulte entre el valor real de los activos y el valor neto registrado, se considerará como ganancia de capital y podrá ser remitida en su totalidad.

B. - *Reinversión de utilidades.* La reinversión de utilidades será considerada como inversión nueva y requerirá permiso previo, excepto cuando no exceda del 5% del capital de la empresa.

C. - *Crédito externo.* Requerirá permiso previo pero podrán ser autorizados límites globales de endeudamiento. La tasa de interés para los préstamos contraídos por compañías extranjeras y sus filiales, matrices o afiliadas no podrá exceder en más de tres puntos de la tasa de interés vigente para los valores de primera clase en el mercado financiero del país de origen de la moneda ("Prime Rate").

Las operaciones realizadas por empresas diferentes a las extranjeras podrán tener la tasa que haya determinado la Junta Monetaria.

En materia de crédito interno las empresas extranjeras tendrán acceso únicamente al de corto plazo.

D. - *Contratos para la importación de tecnología.* Todo contrato deberá ser sometido a la aprobación y se dan las cláusulas mínimas que deben contener, a fin de identificar el tipo de tecnología que se está adquiriendo. También se establecen cláusulas nulas en un contrato de licencia.

En realidad esto no cambia la situación existente, pues en el país, los contratos deben ser presentados al Comité de Regalías y éste rechaza aquellos que contienen cláusulas que podrían llamarse restrictivas del comercio.

1. - *Pagos de regalías.* Contempla el régimen propuesto dos cláusulas de gran importancia: Las contribuciones tecnológicas intangibles (marcas, patentes, know-how, etc.) no podrán ser aportadas como capital; cuando son suministradas por la casa matriz a una filial no será admitido pago alguno ni se aceptará deducción por ese concepto para fines tributarios.

Con respecto a la primera, no le vemos mayor trascendencia pues queda a la libertad de cada país determinar qué puede ser aportado como capital. En Colombia puede ser objeto de aporte cualquier suma con derecho a giro al exterior y creemos que seguirá siéndolo pues no existe justificación alguna para obligar al dueño de la regalía a girar y afectar la balanza de pagos.

Creemos entonces, que la prohibición se refiere a tomar las contribuciones tecnológicas como base para el capital inicial y antes de que tenga derecho a giro por haberse causado.

La segunda implica un regreso a la vieja disposición tributaria, demandada ante el Consejo de Estado y anulada por éste, en virtud de la cual no se podían deducir como costos las regalías que una subsidiaria le pagaba a su casa matriz. Incluso cuando estos costos no eran deducibles, constituían obligaciones válidas que podían ser canceladas en pesos por cuanto se derivan de un contrato civil en el cual prima la voluntad de las partes.

Con el régimen propuesto debemos preguntarnos si se pretende acabar con la libre contratación o esta cláusula se refiere únicamente a las regalías que habrán de girarse al exterior, sobre las cuales el Gobierno sí tiene intervención para negar o modificar los giros. Creemos que la voluntad de las partes subsistirá pero el efecto será el mismo, pues no habrá ventaja alguna en celebrar un contrato cuyos pagos no serán deducibles en Colombia y además gravados en el exterior.

2. - *Posibles impuestos a las "marcas extranjeras".* Se dan facultades a la Comisión para que proponga a los países la creación de impuestos a las marcas extranjeras usadas en productos elaborados con tecnología conocida públicamente o de fácil acceso. Francamente no logramos entender que es una marca extranjera, suponemos que sea aquella registrada a favor de un nacional de otro país y en este caso será tan simple como hacer una cesión de la marca y se habrá eliminado el problema.

E. - *Sectores en los cuales podrán ser concedidas patentes.* Nuevamente se da a la Comisión otra facultad y es, la de decirle a los países los sectores de la producción en los cuales no podrá otorgar patentes de invención. Suponemos que tal norma está dirigida a eliminar las patentes de la industria

farmacéutica en primera instancia. En todo caso, es de gran peligro para Colombia el que le fijan los sectores que deba o no estimular con estos privilegios o la política que deba seguir con respecto a los ya concedidos.

II. - Incentivos para la transformación de las empresas extranjeras y otras normas sobre capitales.

A. - *Los programas de liberación.* El cebo principal para lograr que las empresas extranjeras se conviertan en nacionales o en mixtas está en el hecho de que tan sólo éstas podrán gozar de los programas de liberación arancelaria para la subregión. La compañía extranjera que desee tener estos beneficios tendrá que convenir en que, a partir de tres años contados desde la aprobación del régimen se convertirá en mixta, en un período que no podrá exceder de 15 años para Colombia, Perú y Chile, ni de 20 años para Bolivia y Ecuador.

En todo caso, después del período de tres años, mencionado anteriormente, la participación del capital nacional no será inferior al 15% y pasadas las dos terceras partes del período acordado para la transformación, no podrá ser menor del 45%.

B. - *Capitales de la subregión o de la Corporación Andina de Fomento.*

Las nuevas inversiones extranjeras o sea aquellas que se hagan con posterioridad al 1º de Enero de 1970, deben garantizar que se convertirán en mixtas en los períodos de 15 y 20 años que tratamos. Cuando se trate de capital de inversionistas de la subregión o de Capital de la Corporación Andina, de la cual forma parte Venezuela, este capital será considerado como nacional. El negocio que hicimos con esta disposición es fabuloso: cambiamos el capital norteamericano o el europeo, por capital venezolano y otro pueda entrar a través de este país.

Las compañías extranjeras cuyos mercados estén destinados en más de un 80% a ser exportados a terceros países no tendrán que convertirse en mixtas, al menos que sean de los sectores que más adelante analizaremos, como los básicos, etc., pero no podrán gozar del programa de liberación.

C. - *Opción de compra a favor del Estado.* La obligación de poner en venta parte del capital extranjero conlleva una opción preferencial a favor del Estado. En Colombia tenemos el IFI para este tipo de operaciones pero es dudoso que su filosofía y sus estatutos le permitan ejercer indiscriminadamente tales opciones.

D. - *Giros por concepto de utilidades.* La propuesta original de la Junta del Acuerdo daba libre giro a las utilidades. Colombia solicitó y obtuvo que los giros fuesen limitados al 14% del capital registrado. Sin embargo, en casos especiales la Comisión a propuesta de uno de los gobiernos podrá elevar tal porcentaje.

III. - Normas especiales por sectores

A. - *Posibilidad de reservar sectores.* Cada país miembro podrá reservar sectores para ciertas actividades económicas las empresas nacionales públicas o privadas, y determinar en cuáles de ellos admitirá la participación de compañías mixtas.

Está todavía en discusión la facultad que se había propuesto darle a la Comisión para que fijase los sectores en los cuales ningún país podría permitir compañías mixtas.

B. — *Sector de productos básicos.* Están comprendidos en él, las actividades primarias de exploración y explotación de minerales de cualesquier clase, incluyendo hidrocarburos líquidos o gaseosos, gaseoductos, oleoductos y la explotación forestal.

Se establece que no se podrá autorizar la actividad de empresas extranjeras en este sector, durante los primeros 10 años de vigencia del régimen, sino por el sistema de concesión por plazos que no excedan de 20 años y de preferencia en forma de contratos de asociación con empresas estatales del país receptor.

1. — *No habrá agotamiento.* Los países miembros no podrán autorizar deducciones por agotamiento para fines tributarios a las empresas que inviertan en este sector.

2. — *Posibilidad de excepciones.* Se prevee la facultad de que un país otorgue tratamientos diferentes sobre transferencia de utilidades. Debemos aquí recordar que el régimen obliga a toda la inversión a registrar su capital y le otorga derechos de reembolso y giros de utilidades. A este respecto nos preguntamos, si Colombia está en condiciones de registrar el capital minero o petrolero, que en la actualidad se registra sólo para fines estadísticos, y asumir un pasivo que antes no tenía pues estos capitales se pagaban por medio de la exportación del crudo o la venta de la mitad del oro al Banco de la República?

Tal vez esta disposición no sólo tenga posibilidad de excepciones sino absoluta necesidad de ellas.

B. — *La banca, los seguros y las demás instituciones financieras.* No se admitirá nueva inversión directa en estos ramos y los bancos extranjeros actualmente existentes en los países miembros dejarán de recibir depósitos locales, es decir, en la práctica dejarán de operar dentro de un plazo de tres años contados desde la vigencia del régimen.

Los bancos que deseen seguir operando deberán transformarse en empresas nacionales, para cuyo efecto pondrán en venta acciones que correspondan por lo menos al 80% de su capital, en un plazo de tres años.

C. — *Empresas dedicadas a la comercialización interna de productos.* No se admitirá la inversión extranjera directa en empresas de transporte interno, publicidad, radioemisoras comerciales, estaciones de televisión, revistas, ni en aquellas dedicadas a la comercialización de productos de cualesquier especie.

Las empresas que operan en estos sectores deberán transformarse en nacionales, para lo cual deberán vender el 80% de su capital en tres años.

La primera parte de la numeración no tiene importancia, pues las únicas empresas con capital extranjero que conocemos, son: En transporte, Avianca y en propaganda, Novas Cristwel, pero sí, en aquello de la comercialización interna de un producto, en lo cual debe haber miles. El problema radica en determinar si una empresa para caer en esta obligación debe estar dedicada con exclusividad a la comercialización o también se está incluyendo a aquellas

que manufacturan y venden, pues en este último caso está la gran mayoría de las empresas con capital extranjero en Colombia.

D. - *Posibilidad de excepciones.* Cuando a juicio del país existan circunstancias especiales se podrán aplicar normas diferentes en los sectores antes descritos. Sin embargo, los productos de las empresas extranjeras a los cuales los países hayan dado excepción, no podrán gozar de los programas de liberación.

IV. - *Tratos preferenciales y otras disposiciones*

A. - *Acciones únicamente nominativas.* El capital de las sociedades por acciones deberá estar representado en acciones nominativas, y aquellas acciones al portador que en la actualidad existan deberán ser transformadas.

B. - *Trato preferencial para Ecuador y Bolivia.* Cuando se trate de productos reservados para Bolivia o el Ecuador, los cuatro países restantes se comprometen a no autorizar inversión extranjera.

C. - *Doble tributación.* La Comisión, a propuesta de la Junta, aprobará, a más tardar el 30 de Noviembre de 1972, un convenio destinado a evitar la doble tributación entre los países miembros.

V. - *Disposiciones transitorias*

A. - *Vigencia del régimen.* El régimen entrará en vigor cuando todos los países miembros hayan depositado en la Secretaría de la Junta los instrumentos por medio de los cuales lo pongan en práctica en sus respectivos territorios. Estos instrumentos son las leyes, o decretos de cada país con los cuales se promulgue el régimen en que se acuerde.

B. - *Oficina Subregional para la propiedad industrial.* Se prevee la creación de una oficina subregional para lo relacionado con las marcas, patentes y modelos o dibujos industriales, cuyas funciones son limitadas a elaborar estudios, diseminar información, pero no tendrá, como propuso originalmente, el poder de hacer registros válidos para toda la subregión.

C. - *Capital de inversionistas de la subregión.* Dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del régimen, la comisión a propuesta de la Junta determinará el tratamiento aplicable a las inversiones que realicen los inversionistas nacionales de cualquier país miembro, distinto del país receptor y el de las inversiones de la Corporación Andina de Fomento.

COMENTARIOS GENERALES

La gran pregunta que debemos hacernos es: *¿Aplicarán los países el régimen de capitales o las excepciones?* Parece que la misma situación política nos lo dice: Colombia y el Ecuador aplicarán las excepciones; Perú, Chile y Bolivia el estatuto en todo su rigor.

Finalmente anotaremos dos problemas que deben ser tenidos en cuenta por Colombia: La Corporación Andina de Fomento es un arma de doble filo. No lo es menos, el tratamiento preferencial que se le dio al Ecuador, país al cual destinamos una gran parte de nuestras exportaciones y que tiene un sinnúmero de tratados comerciales con Colombia.