

La noción de «empresa extranjera» en la Decisión 291

Mediante Interpretación Prejudicial 247-IP-2021 del 6 de mayo de 2021, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4466 del 12 de mayo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido criterios jurídicos interpretativos con relación a la definición de «empresa extranjera» prevista en el art. 1 de la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (de marzo de 1991), que aprueba el «Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías», tal como se aprecia a continuación:

«1.4. Tratándose de la empresa extranjera, que es la modalidad que interesa en la presente interpretación prejudicial, la Decisión 291 señala que es aquella constituida o establecida en el país receptor y cuyo capital perteneciente a inversionistas nacionales sea inferior al 51%. O podría ser igual o superior al 51% siempre que, a juicio del organismo nacional competente, este mayor porcentaje no se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa, lo que debe entenderse en el sentido de que, a pesar de que los inversionistas nacionales tengan un porcentaje igual o superior al 51%, no tienen el control de la empresa; es decir, no tienen la capacidad determinante en las decisiones de la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

1.5. Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal considera que una empresa es extranjera en los términos de la Decisión 291:

a) Si menos del 51% del capital le pertenece a inversionistas nacionales.

b) Si a pesar de que el 51% o más del capital le pertenece a inversionistas nacionales, a juicio del organismo nacional competente, dichos inversionistas no tienen el control de la empresa; es decir, no tienen la capacidad determinante en las decisiones de la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

1.6. Sin perjuicio de lo anterior, el organismo nacional competente puede considerar, de manera referencial, que una empresa es extranjera si los inversionistas extranjeros tienen el control de la empresa, ya sea un control a través del capital o accionariado de la empresa, o un control en los órganos societarios⁴. Si los inversionistas extranjeros tienen la capacidad determinante en las decisiones de la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa, esta es extranjera.»

⁴ Así, por ejemplo, los inversionistas extranjeros podrían tener menos del 50% de las acciones de la empresa, pero poseer acciones “doradas” que les permitan gozar de voto mayoritario en el directorio o de la facultad de designar a los puestos o ejecutivos de la más alta dirección (p.g., al *Chief Executive Officer* - CEO, al director general, al gerente general), lo que les facultaría, a su vez, a controlar la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.»