

BrazilTradeNet

Guía Legal para el Inversionista Extranjero en Brasil



Ministerio de Relaciones Exteriores
Departamento de Promoción Comercial
División de Programas de Promoción Comercial

**Guía Legal para
el Inversionista
Extranjero
en Brasil**

Edición 2006

ISBN 85-98712-70-1

Brasil. Ministerio de Relaciones Exteriores. Centro de Estudios de las
Sociedades de Abogados (CESA)
Guía legal para el inversionista extranjero en Brasil / Ministerio de
Relaciones Exteriores. – Brasilia: MRE: BrazilTradeNet, 2006.
252p.

1. Inversiones – Brasil 2, Inversiones extranjeras – Brasil. I. Título

CDU 330.322

Crédito

Esta guía del Inversionista, elaborada por el Centro de Estudios de las Sociedades de Abogados (CESA) – asociación sin fines lucrativos – con la colaboración de varias de sus asociadas, fue cedida para publicación y divulgación en la BrazilTradeNet (<http://www.braziltradenet.gov.br>) como resultado de la asociación mancomunada en el área de promoción de inversiones mantenida con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Colaboradores

- ARAÚJO E POLICASTRO ADVOGADOS
- AZEVEDO SETTE ADVOGADOS S/C
- BARBOSA, MÜSSNICH & ARAGÃO
- BATISTELA ADVOGADOS E CONSULTORES JURÍDICOS
- BRITO, MERCADANTE & ROCHA ADVOGADOS
- CASILLO – ADVOGADOS
- CEGLIA NETO, ADVOGADOS
- DEMAREST E ALMEIDA - ALMEIDA, ROTENBERG E BOSCOLI –ADVOCACIA
- FELSBURG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR ADVOGADOS E
- CONSULTORES LEGAIS
- GREBLER, PINHEIRO, MOURÃO E RASO ADVOGADOS
- LEFOSSE ADVOGADOS
- MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE – ADVOGADOS
- MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGA ADVOGADOS
- NEHRING E ASSOCIADOS – ADVOCACIA
- NOVAES E PLANTULLI - ADVOGADOS
- PAULO ROBERTO MURRAY – ADVOGADOS
- PINHEIRO NETO ADVOGADOS
- STUBER ADVOGADOS ASSOCIADOS
- TELLES PEREIRA, AZZI, FERRARI E ALMEIDA SALLES - ADVOGADOS S/C
- TESS ADVOGADOS
- TOZZINI, FREIRE, TEIXEIRA E SILVA – ADVOGADOS
- TRENCH, ROSSI E WATANABE – ADVOGADOS
- ULHÔA CANTO, REZENDE E GUERRA – ADVOGADOS
- VEIRANO ADVOGADOS
- VENTURI, SANTELLO, CIASCA E FERREIRA ROSA ADVOGADOS
- XAVIER, BERNARDES, BRAGANÇA, SOCIEDADE DE ADVOGADOS
- YARSHELL, MATEUCCI E CAMARGO ADVOGADOS

Índice

1. El Sistema Jurídico Brasileño	13
2. Instituciones para el Desarrollo Económico	15
2.1. Ministerios	15
2.2. Cámaras de Comercio.....	22
3. Capital Extranjero	23
3.1. Aspectos Generales	23
3.2. Registro de Capital Extranjero.....	23
3.3. Inversiones en Moneda.....	24
3.4. Inversiones vía Conversión de Créditos Externos	24
3.5. Inversiones vía Importación de Bienes sin Cobertura Cambiaria...	25
3.6. Inversiones en el Mercado de Capitales.....	26
3.7. Remesa de Lucros.....	27
3.8. Reinversiones de Lucros.....	27
3.9. Repatriación	28
3.10. Transferencia de Inversiones al Exterior.....	28
3.11. Restricciones para Remesas al Exterior	29
3.12. Restricciones a Inversiones Extranjeras.....	29
4. El Régimen Cambiario Brasileño	31
5. Formas de Asociación	33
5.1. Aspectos Generales	33
5.1.1. Sociedad Anónima	33
5.1.2. Sociedad Limitada	35
5.1.3. Otros Tipos Societarios y Formas Asociativas	36
5.1.3.1. Sociedad en Comandita Simple o por Acciones	37
5.1.3.2. Sociedad en Nombre Colectivo	37
5.1.3.3. Sociedad en Cuenta de Participación	37
5.1.4. Consorcio.....	38
5.2. Procedimiento para Registro	39
5.2.1. El Registro de Empresas.....	39
5.2.2. El Registro Civil de Personas Jurídicas	41
6. Compañías Abiertas	43
6.1. Generalidades	43
6.2. Mercado de Valores Mobiliarios.....	44
6.3. Administración	45
6.4. Informaciones Periódicas y Demás Informaciones	46
6.5. Oferta Pública para Adquisición de Acciones.....	49

6.6. Ofertas Públicas de Distribución Primarias y Secundarias.....	50
6.7. Segmentos Diferenciados de Listado en la Bolsa de Valores de SP....	52
7. Estructura Regulatoria del Mercado de Capitales Local.....	57
7.1. Leyes Relevantes que Influencian el Mercado de Capitales Local	57
7.2. Autoridades Regulatoras y Supervisoras Locales.....	57
7.2.1. Consejo Monetario Nacional	57
7.2.2. Comisión de Valores Mobiliarios - CVM.....	57
7.2.3. Banco Central.....	58
7.2.4. Auto-Reglamentación.....	59
7.2.4.1. Bolsas de Valores.....	59
7.2.4.2. Mercado de Mostrador Organizado.....	60
7.2.4.3. Asociación Nacional de los Bancos de Inversiones – ANBID	61
7.3. Definición de Valores Mobiliarios	62
7.4. Oferta de Distribución de Valores Mobiliarios en Brasil	62
7.4.1. Concepto de Oferta Pública y Privada de Distribución de Valores Mobiliarios	62
7.4.2. Proceso para el Registro	63
7.4.3. Registro del Emisor como Compañía de Capital Abierto.....	63
7.4.4. Requisitos para la Distribución Pública de Valores Mobiliarios.....	64
7.4.5. Emisión de <i>Depositary Receipts</i> : Acceso al Mercado de Capitales Extranjeros.....	64
7.4.6. Acceso al Mercado Brasileño por Compañías Extranjeras através de Programas de BDR.....	65
7.5. Oferta para Compra de Acciones de Compañías Brasileñas	65
7.5.1. Oferta Pública para Adquisición de Control	65
7.5.2. Oferta de Compra de Acciones para Cierre de Capital de Cía. Brasileña.....	66
7.5.3. Oferta Voluntaria para Compra de Acciones.....	66
7.6. Reglas de Protección al Inversionista.....	67
7.6.1. Divulgación realizada por Compañías de Capital Abierto	67
7.6.2. Divulgación realizada por Accionistas de Compañías de Capital Abierto.....	67
7.6.3. Manipulación del Mercado y otras Prácticas Fraudulentas en el Mercado de Valores Mobiliarios	68
7.6.4. Utilización de Informaciones Privilegiadas	69
7.7. Ley del Blanqueo de Dinero.....	69
7.8. Sanciones Civiles.....	70
7.8.1. Venta de Valores Mobiliarios en Violación de los Requisitos del Registro y/o del Prospecto ..	70
7.8.2. <i>Insider Trading</i>	71

7.8.3. Actividades de Corretaje Fraudulento y Utilización de Cuentas de Corretaje	71
7.8.3.1. Comisión Excesiva o Lucro Injusto sobre la Comisión.....	71
7.8.3.2. Operando en Caso de Insolvencia o de Mala Condición Financiera y Otros Perjuicios.....	71
7.8.4. Acciones Colectivas.....	71
7.8.5. Renuncia a Derechos.....	71
7.8.6. Aspectos Procedimentales.....	72
7.8.6.1. Jurisdicción	72
7.8.6.2. Competencia	72
7.8.6.3. Prescripción	72
8. Sistema Fiscal.....	73
8.1. Aspectos Generales	73
8.2. Impuestos Federales.....	74
8.2.1. Impuesto a la Renta.....	74
8.2.2. Impuesto sobre Productos Industrializados	75
8.2.3. Impuesto sobre Operaciones Financieras	75
8.2.4. Impuesto sobre Grandes Fortunas	76
8.3. Impuesto de los Estados y del Distrito Federal	76
8.4. Impuestos Municipales	76
8.5. Contribuciones Sociales	77
9. Legislación Antitrust	79
10. La Legislación Laboral en Brasil.....	83
11. El Trabajo de Extranjeros en Brasil	87
11.1. Visas para Viajes de Negocios de Corto Plazo y para Turistas	87
11.2. Visa Temporal de Trabajo.....	88
11.3. Otros Tipos de Visa Temporal	91
11.4. Visa de Trabajo Permanente	92
11.5. Registros al Ingresar a Brasil	93
11.6. Viajes Preparatorios para Trabajo Permanente.....	94
11.7. Trabajo de Cónyuges e Hijos.....	94
12. Adquisición de Bienes Inmuebles en Brasil.....	95
12.1. Introducción	95
12.2. Posesión y Propiedad.....	96
12.3. Adquisición y Pérdida de la Propiedad.....	98
12.3.1. Disposiciones Generales.....	98
12.3.2. Consideraciones y Requisitos Generales para la Adquisición de Bien Inmueble.....	99

12.3.3. Adquisición de Propiedad Rural por Extranjeros.....	99
12.4. Tributación.....	100
12.5. Fondos de Inversión Inmobiliaria	101
13. Legislación Ambiental.....	103
13.1 La Política Nacional de Medio Ambiente	103
13.2. La Constitución Federal.....	104
13.3. Sanciones Criminales.....	104
13.4. Sanciones Administrativas.....	106
13.5. El Sistema Nacional de Medio Ambiente.....	107
14. Privatización, Concesiones y Asociaciones con la Administración Pública.....	109
14.1. Programa Nacional de Desestatización	110
14.2. Concesión de Servicios Públicos	111
14.3. Principales Sectores Privatizados o en Proceso de Privatización ...	111
14.4. Evolución y Resultados del Programa de Privatización.....	112
14.5. Asociaciones Público-Privadas.....	112
15. Licitación - Contratación de Obras, Servicios, Compras y Alienaciones por la Administración Pública	115
15.1. Introducción	115
15.2. Modalidades	116
15.3. Autorización, Concesión y Permiso de Servicio Público.....	117
15.4. Habilitación	118
15.5. Dispensa e Inexigibilidad de Licitación	119
15.6. Contrato Administrativo	120
15.7. Garantías.....	120
15.8. Fiscalización y Extinción del Contrato Administrativo.....	120
15.9. Otras Figuras Contractuales	121
16. Telecomunicaciones.....	125
16.1. Historial de las Telecomunicaciones en Brasil.....	125
16.2. El Desarrollo de la Telefonía Móvil Celular.....	127
16.3. El Órgano Regulador de las Telecomunicaciones (Anatel).....	127
16.4. Ley General de las Telecomunicaciones.....	128
16.5. Régimen de los Servicios de Telecomunicaciones.....	128
16.6. La Transferencia de Control de Empresas de Telecomunicaciones....	131
16.7. Tributos del Sector de Telecomunicaciones.....	132
16.8. Incentivos.....	133
16.9. El Futuro de los Servicios de Telecomunicaciones	134
17. Energía Eléctrica	135

17.1. Introducción	135
17.2. El Modelo del Sector Eléctrico Adoptado en la Segunda Mitad de los Años 90.....	137
17.2.1. Las Actividades y los Agentes del Sector	137
17.2.2. Órganos del Sector.....	139
17.2.3. Contratación en el Sector Eléctrico.....	140
17.3. El Actual Modelo del Sector Eléctrico Brasileño en vigor a partir de 2003.....	142
17.3.1. Órganos del Sector	142
17.3.2. Las Actividades y los Agentes del Sector	143
17.3.3. La Comercialización de Energía Eléctrica: el Ambiente de Contratación Regulada	144
17.3.4. Planificación.....	146
17.3.5. Desverticalización de las Actividades	146
17.4. Conclusión.....	146
18. La Reglamentación de las Instituciones Financieras y del Arrendamiento Mercantil en Brasil	149
18.1. Instituciones Financieras.....	149
18.2. Principales Instituciones Financieras.....	150
18.2.1. Sector Público.....	150
18.2.2. Sector Privado.....	150
18.3. Principales Requisitos para el Funcionamiento de las Instituciones Financieras en Brasil.....	151
18.4. Estándares Mínimos de Capitalización de las Instituciones Financieras	152
18.5. Inversión Externa en Instituciones Financieras Brasileñas	154
18.6. Arrendamiento Mercantil	154
19. Comercio Electrónico.....	157
19.1. Aspectos Generales	157
19.2. Aspectos Legales	158
19.3. Aplicabilidad de las Normas Generales de Derecho Brasileño	160
19.4. Aspectos Tributarios del Comercio Electrónico	163
19.5. Propiedad Intelectual.....	164
19.6. Nombre de Dominio.....	165
19.7. Eficacia Probatoria del Documento Electrónico.....	166
19.7.1. Teoría General de las Pruebas	166
19.7.2. Encuadramiento del Documento Electrónico Entre los Diversos Tipos de Documento	168
19.7.3. Soporte Representativo	168
19.7.3.1. Cuestiones Procesales Relativas a la Prueba.....	169
19.7.3.2. Prueba de la Existencia del Documento Electrónico ...	170

19.7.3.3. Proveniencia de la Declaración y Firma Electrónica....	171
19.7.3.4. Prueba del Contenido del Documento.....	172
19.7.4. Trabajos Legislativos	172
19.7.4.1. Medida Provisoria 2.200-2 y Otros Proyectos de Ley en Brasil.....	174
19.7.5. Conclusiones	175
20. Informática.....	177
20.1. Política Nacional de Informática.....	177
20.2. Incentivos para el Desarrollo y la Producción Local de Bienes y Servicios de Informática	178
20.3. Política Arancelaria y Mercosur	180
20.4. Protección Legal Conferida a los Programas de Computadora (<i>Softwares</i>).....	180
20.4.1. Tributos que Inciden en las Operaciones con Programas de Computadora.....	182
20.4.1.1. De los Tributos que Inciden sobre Operaciones con <i>Software</i> de Estantería.....	183
20.4.1.2. De los Tributos que Inciden sobre Operaciones con <i>Software</i> Personalizado.....	184
20.4.2. De las Remesas Financieras para Pago de <i>Software</i>	185
20.5. <i>Internet</i>	186
20.6. Proyectos en Tramitación.....	187
20.7. Comentarios Finales	187
21. Representación Comercial (Agencia).....	189
22. Contratos de Distribución.....	191
22.1. Contratos de Distribución Comercial	191
22.2. Contratos de Distribución Ordinaria	195
23. Contratos Internacionales de Propiedad Intelectual.....	197
23.1. Aspectos Generales	197
23.2. Patentes.....	197
23.3. Marcas.....	199
23.4. Contratos de Transferencia de Tecnología	201
23.5. <i>Franchising</i>	203
24. Tratados Internacionales	207
24.1. Aspectos Generales	207
24.2. Comercio.....	207
24.3. Propiedad Intelectual.....	208
24.4. Tributos.....	208
24.5. América Latina.....	209

24.6. Mercosur.....	209
25. El <i>Dumping</i> en Brasil	217
25.1. Introducción.....	217
25.2. Concepto y Elementos Fundamentales del <i>Dumping</i>	217
25.3. Proceso de Investigación de <i>Dumping</i> en Brasil	220
25.4. Conclusión.....	223
26. Contencioso Civil y Comercial	225
26.1. La Jurisdicción en el Contencioso Civil y Comercial.....	225
26.2. Costos del Proceso	225
26.3. Procedimientos Iniciales	226
26.4. Pruebas.....	227
26.5. Decisión.....	228
26.6. Medidas Urgentes	228
26.7. Recursos.....	229
26.8. Ejecución de la Sentencia	229
26.9. Proceso de Cobranza.....	231
27. Derechos del Consumidor en Brasil, Encuadramiento y Ejecución de la Ley	233
27.1. Definición General	233
27.2. Desarrollo de la Ley	233
27.3. Alcance.....	233
27.4. Ejecución de la Ley.....	234
27.5. Tendencias.....	235
28. Arbitraje, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Arbitrales y Sentencias Judiciales Extranjeras en Brasil	237
28.1. Objeto y Reglas Aplicables.....	237
28.2. Procedimiento Arbitral	237
28.3. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras ...	238
28.4. Sentencias Judiciales Extranjeras	239
29. Aspectos Internacionales de la Jurisdicción Brasileña.....	243
29.1. Jurisdicción General de los Tribunales Brasileños	243
29.2. Elección de Foro	243
29.3. Cooperación Judicial.....	244
29.4. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Brasil	246
29.5. Jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Internacionales.....	249

1. El Sistema Jurídico Brasileño

Brasil está organizado en forma de República Federativa, constituida por la unión indisoluble de Estados, Municipios y del Distrito Federal.

El sistema jurídico adoptado en Brasil es el sistema codificado, mediante la promulgación de leyes efectuada por la Unión, por los Estados y por los Municipios, respetadas sus esferas de competencia. Las decisiones judiciales están basadas en la correcta aplicación de las leyes en vigor. No habiendo una disposición legal específica, el juez decide de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho. Los precedentes judiciales no tienen fuerza de ley en Brasil, aunque ejerzan un papel importante, como subsidio para la decisión del juez.

La Constitución Federal establece la competencia legislativa de la Unión, de los Estados y de los Municipios, para evitar la promulgación de leyes opuestas o en conflicto en esas tres diferentes esferas. La competencia legislativa de la Unión, respetados los principios establecidos en la Constitución Federal, se superpone a la competencia de los Estados y Municipios.

A la Unión le es atribuida competencia exclusiva para legislar sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y laboral; expropiación, aguas, energía, informática, telecomunicaciones, radiodifusión, sistema monetario, cambio, política de crédito, seguros, comercio exterior, yacimientos, nacionalidad, ciudadanía, entre otras materias.

La Constitución Federal admite que la Unión, los Estados y el Distrito Federal legislen concurrentemente sobre determinadas materias, como, por ejemplo, derecho tributario, financiero, económico y penitenciario; producción y consumo; responsabilidad de daños causados al medio ambiente y al consumidor; educación y enseñanza; previsión social, protección y defensa de la salud. En este caso, la competencia de la Unión se limita a la promulgación de normas generales sobre dichos asuntos, correspondiendo a los Estados y al Distrito Federal legislar suplementariamente sobre la materia, observadas las normas generales establecidas en la legislación federal.

La competencia legislativa de los Municipios se limita a asuntos de interés local.

El sistema legislativo brasileño es encabezado por la Constitución Federal, que asegura los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos; disciplina la organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil; define la esfera de actuación de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial;

disciplina el sistema tributario; dispone sobre el orden económico y financiero y sobre el orden social. Cabe a los Estados organizarse y regirse por sus propias Constituciones y leyes, observados los principios que constan en la Constitución Federal.

Los principales textos de ley en Brasil integran los llamados Códigos, que contienen la legislación básica sobre las materias de que tratan. Entre dichos Códigos, se destacan el Código Civil, el Código Tributario Nacional, el Código Penal, la Consolidación de las Leyes Laborales, el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal. Sin embargo, ninguno de estos Códigos se superpone a la Constitución Federal, que es la ley suprema de Brasil.

2. Instituciones para el Desarrollo Económico

El Decreto Ley n° 200/67 y sus alteraciones posteriores clasificó a la Administración Federal en Directa e Indirecta. La Administración Directa está compuesta por los servicios integrados a la estructura administrativa de la Presidencia de la República y de los Ministerios, y la Administración Indirecta está constituida por los servicios atribuidos a personas jurídicas diferentes de la Unión, personas públicas (Autarquías) o privadas (Sociedad de Economía Mixta, Empresa Pública y Fundaciones), vinculadas a un Ministerio.

La Administración Pública Federal es dirigida por el Presidente de la República, auxiliado por los Ministros de Estado.

La Presidencia de la República está constituida, esencialmente, por la Casa Civil, por la Secretaría General, por la Secretaría de Relaciones Institucionales, por el Gabinete Personal, por el Gabinete de Seguridad Institucional y por el Núcleo de Asuntos Estratégicos.

Los Ministerios son órganos autónomos de la cúpula de la Administración Federal, situados inmediatamente por debajo de la Presidencia de la República, cuyas múltiples funciones fueron delineadas por la Reforma Administrativa de 1967 y sus alteraciones posteriores.

Entre las autarquías, se encuentran las Agencias Regulatoras, personas jurídicas de derecho público, que son constituidas por medio de ley y poseen autonomía política, financiera, normativa y de gestión. La función de las agencias reguladoras es controlar y fiscalizar la actividad pública a ser realizada por empresas privadas (ANP, Aneel, Anatel y otras).

2.1. Ministerios

Ministerio de Justicia

Encargado de los siguientes asuntos: defensa del orden jurídico, de los derechos políticos y de las garantías constitucionales; política judicial; nacionalidad, inmigración y extranjeros; estupefacientes; seguridad pública; Policías Federales, Caminera y Ferroviaria Federal y del Distrito Federal; planificación, coordinación y administración de la política penitenciaria nacional; defensa del orden económico nacional y de los derechos del consumidor; oiduría general de los indios y del consumidor; asistencia jurídica gratuita a los necesitados, defensa de los bienes y de las propiedades de la Unión y de las entidades integrantes de la Administración Pública Federal indirecta y acciones del Gobierno con miras

a la represión del uso indebido, del tráfico ilícito y de la producción no autorizada de sustancias estupefacientes y drogas que causen dependencia física o psíquica.

Ministerio de Relaciones Exteriores

Actúa en el campo de la política internacional, de las relaciones diplomáticas y servicios consulares, y de los programas de cooperación internacional, siendo de su competencia, también, la participación en las negociaciones comerciales, económicas, técnicas y culturales con gobiernos y entidades extranjeras y el apoyo a delegaciones, comitivas y representaciones brasileñas en agencias y organismos internacionales multilaterales.

Ministerio de Transportes

Son de su competencia los asuntos pertinentes a los transportes ferroviario, vial y acuático; a la marina mercante, puertos y vías navegables; y a los transportes aéreos. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

- Departamento Nacional de Infraestructura de Transportes (DNIT);
- Agencia Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Ministerio de Agricultura, Pecuaria y Abasto

Le corresponden a este Ministerio los siguientes asuntos: política agrícola, incluyendo producción, comercialización, abasto, almacenamiento y garantía de precios mínimos; producción y fomento agropecuarios; mercado, comercialización y suministro agropecuarios; información agrícola; defensa sanitaria animal y vegetal; fiscalización de insumos utilizados en la actividad agropecuaria; clasificación e inspección de productos y derivados animales y vegetales; protección, conservación y manejo del suelo; investigación tecnológica en agricultura y pecuaria; meteorología y climatología; cooperativismo y asociativismo rural, agroenergía, asistencia técnica y extensión rural; política relativa al café, azúcar y alcohol; planificación y ejercicio de la acción gubernamental en las actividades del sector agroindustrial de la caña de azúcar. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

- Empresa Brasileña de Investigación Agropecuaria (Embrapa), responsable de viabilizar soluciones para el desarrollo sostenible del espacio rural y del agronegocio;
- Compañía de Entrepuestos y Almacenes Generales de São Paulo (Ceagesp), que, con redes de almacenamiento y entrepuestos, asegura gran parte del suministro del Estado de São Paulo.

Ministerio de Educación

Es responsable de los siguientes temas: política nacional de educación; educación infantil; educación en general, incluyendo enseñanza básica, secundaria y superior; educación especial y educación a distancia, excepto enseñanza militar; educación de jóvenes y adultos; educación profesional; evaluación, información e investigación en el área educacional; investigación y extensión universitaria; magisterio y asistencia financiera a familias carenciadas para la escolarización de sus hijos o dependientes.

Ministerio de Cultura

Está encargado de la política nacional de cultura; de la protección del patrimonio histórico y cultural brasileño; de la delimitación de las tierras de los remanecientes de las comunidades palenques (*quilombolas*, en portugués), así como de la determinación de sus demarcaciones.

Ministerio de Trabajo y Empleo

Es responsable de: política y directrices de generación de empleos e ingresos y de apoyo al trabajador; política y directrices para la modernización de las relaciones de trabajo; fiscalización del trabajo, inclusive portuario y aplicación de las sanciones previstas en normas legales o colectivas; política salarial; política de inmigración; formación y desarrollo profesional; seguridad y salud en el trabajo; cooperativismo y asociativismo urbanos.

Ministerio de Previsión Social

Responsable de la previsión social y previsión complementaria y de asegurar a sus beneficiarios los medios indispensables para su protección, por motivo de incapacidad, edad avanzada, desempleo involuntario, responsabilidades familiares y reclusión o muerte de las personas de quienes dependían económicamente.

Ministerio de Salud

Sus atribuciones son: política nacional de salud; coordinación y fiscalización del Sistema Único de Salud; salud ambiental y acciones de promoción, protección y recuperación de la salud individual y colectiva, inclusive la de los trabajadores y de los indios; informaciones sobre salud; insumos esenciales para la salud; acción preventiva en general, vigilancia y control sanitario de fronteras y de los puertos marítimos, fluviales y aéreos, vigilancia de salud, especialmente en lo que se refiere a las drogas, alimentos y medicamentos; investigación científica y tecnológica

en el área de salud. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

- Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (Anvisa);
- Agencia Nacional de Salud Suplementaria (ANS).

Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior

Encargado de la política del desarrollo de la industria, del comercio y de los servicios; de la propiedad intelectual y de la transferencia de tecnología; de la metrología; de la normalización y de la calidad industrial; de las políticas de comercio exterior, inclusive de la participación en negociaciones internacionales conexas; de la defensa comercial; del apoyo a la microempresa, a la empresa de pequeño porte y a la artesanía; de la ejecución de las actividades de registro de comercio. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

- Instituto Nacional de Metrología (INMETRO);
- Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI);
- Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES), que, siendo una empresa pública federal, con personalidad jurídica de derecho privado y patrimonio propio, tiene el objetivo de apoyar emprendimientos que contribuyan al desarrollo del país. El BNDES cuenta con dos subsidiarias integrales, la FINAME (Agencia Especial de Financiamiento Industrial) y la BNDESPAR (BNDES Participaciones), creadas con el objetivo, respectivamente, de financiar la comercialización de máquinas y equipos y de posibilitar la suscripción de valores mobiliarios en el mercado de capitales brasileño. Las tres empresas, juntas, integran el llamado “Sistema BNDES”.

Ministerio de Minas y Energía

Están dentro de su competencia los asuntos relacionados a la geología, recursos minerales y energéticos; aprovechamiento de la energía hidráulica; minería y metalurgia; petróleo, combustible y energía eléctrica, inclusive nuclear. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

Agencias:

- Agencia Nacional de Energía Eléctrica (Aneel), responsable de regular y fiscalizar la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica;
- Agencia Nacional del Petróleo (ANP), responsable de promover la regula-

ción, contratación y fiscalización de las actividades económicas integrantes de la industria del petróleo.

Empresas vinculadas:

- Petróleo Brasileño S.A. (Petrobrás);
- Centrales Eléctricas Brasileñas S.A. (Eletrobrás).

Ministerio de las Comunicaciones

Encargado de la política nacional de telecomunicaciones, inclusive radiodifusión; servicios de telecomunicaciones; radiodifusión y servicios postales. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

Agencia Nacional de Telecomunicaciones (Anatel), responsable de promover el desarrollo de las telecomunicaciones del país para proporcionarle una moderna y eficiente infraestructura de telecomunicaciones, capaz de ofrecer a los usuarios servicios adecuados, diversificados y a precios justos, en todo el territorio nacional.

Ministerio de Ciencia y Tecnología

Encargado de la formulación e implementación de la política nacional de la investigación científica y tecnológica; de planeamiento, coordinación, supervisión y control de las actividades de ciencia y tecnología; formulación de la política de desarrollo de la informática y de la automatización; política nacional de bioseguridad; política espacial, nuclear y de control de la exportación de bienes y servicios sensibles.

Ministerio del Medio Ambiente

Sus atribuciones son la política de las acciones relacionadas con el medio ambiente y los recursos hídricos; la política de preservación, conservación y utilización sostenible de ecosistemas, biodiversidad y bosques; la mejoría de la calidad ambiental y del uso sostenible de los recursos naturales; la política para la integración del medio ambiente y la producción; las políticas y programas ambientales para la Amazonía Legal y la división en zonas ecológico-económicas. Son entidades vinculadas a este Ministerio, entre otras:

Agencia Nacional de Aguas (ANA);

Instituto Brasileño del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (Ibama).

Ministerio de Defensa

Sus atribuciones básicas son: encargarse de la política de defensa nacional, de la política y estrategia militares, política marítima nacional, de la política aeronáutica, etc.; administrar y coordinar a las Fuerzas Armadas.

Ministerio de Hacienda

Encargado, básicamente, de la formulación y ejecución de la política económica. Al Ministerio de Hacienda le cabe tratar los asuntos relativos a la moneda, crédito, instituciones financieras, capitalización, ahorro popular, seguros privados y previsión privada abierta; política, administración, fiscalización y recaudación tributaria y aduanera; administración financiera y contabilidad públicas; administración de deudas públicas internas y externas; negociaciones económicas y financieras con gobiernos, organismos multilaterales y agencias gubernamentales; precios en general y tarifas públicas y administrativas; fiscalización y control del comercio exterior; realización de estudios e investigaciones para seguimiento de la coyuntura económica; y autorizaciones, exceptuadas las competencias del Consejo Monetario Nacional, de la distribución gratuita de premios a título de propaganda, cuando es efectuada mediante sorteo, de las operaciones de consorcio, y de las ventas de mercaderías al pormenor, mediante oferta pública. Forman parte de la estructura organizacional del Ministerio de Hacienda, entre otros:

Consejo Monetario Nacional (CMN), que tiene la finalidad de formular la política de la moneda y del crédito, promoviendo el progreso económico y social del país. Son atribuciones del Consejo Monetario Nacional: establecer las directrices generales de las políticas monetaria, cambiaria y crediticia; regular las condiciones de constitución, funcionamiento y fiscalización de las instituciones financieras; y disciplinar los instrumentos de política monetaria y cambiaria.

Banco Central de Brasil (Bacen), cuyas principales atribuciones son: cumplir y hacer cumplir las normas que regulan el funcionamiento del Sistema Financiero Nacional expedidas por el Consejo Monetario Nacional; ejecutar los servicios del medio circulante; ser depositario de las reservas oficiales de oro y de moneda extranjera; ejercer el control del crédito en todas sus formas; efectuar el control de los capitales extranjeros en los términos de la ley; regular la ejecución de los servicios de compensación de cheques y otros papeles; negociar en nombre del Gobierno Brasileño con instituciones financieras internacionales y extranjeras; ejercer la fiscalización y conceder autorizaciones a las instituciones financieras; efectuar, como instrumento de política monetaria, operaciones de compra y venta de títulos públicos federales, etc.

Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión

Encargado de la participación en la formulación del planeamiento estratégico nacional; de la evaluación e impactos socio-económicos de las políticas y programas del Gobierno Federal; y de la elaboración de estudios especiales para la reformulación de políticas, etc. Es una entidad vinculada a este Ministerio, entre otras:

- Fundación Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).

Ministerio del Desarrollo Agrario

Sus funciones son la reforma agraria y la promoción del desarrollo sostenible del sector rural constituido por las familias de agricultores. Es una entidad vinculada a este Ministerio, entre otras:

- Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (Inra).

Ministerio de Integración Nacional

Tiene las siguientes competencias: formulación y conducción de la política integrada de desarrollo nacional; formulación y conducción de los planes y programas regionales de desarrollo; definición de estrategias de integración de las economías regionales, etc.

Ministerio de Deportes

Sus áreas de competencia son: política nacional del desarrollo de la práctica de los deportes e inclusión social por medio del deporte.

Ministerio de Turismo

Encargado de la política nacional de desarrollo del turismo.

Ministerio de las Ciudades

Es responsable de la política de desarrollo urbano, de las políticas sectoriales de habitación, saneamiento básico y ambiental, transporte urbano, tránsito y sistemas urbanos de agua.

Ministerio del Desarrollo Social y Combate al Hambre

Encargado de la coordinación de las políticas nacionales de desarrollo social, de seguridad alimentaria y nutricional, de asistencia social y de ingresos de la ciudadanía.

2.2. Cámaras de Comercio

Con miras a aproximar económicamente al Brasil y los otros países, por medio del aumento del flujo comercial y financiero entre ellos, hay en nuestro país una serie de Cámaras de Comercio. Entre ellas se encuentran: Cámara Americana de Comercio, Cámara de Comercio e Industria Japonesa y Cámara Ítalo-Brasileña de Comercio e Industria.

3. Capital Extranjero

3.1. Aspectos Generales

El capital extranjero es regido, en Brasil, por las Leyes n° 4.131 (ley de capitales extranjeros) y n° 4.390, del 03.09.1962 y 29.08.1964, respectivamente. Ambas leyes fueron reglamentadas por el Decreto n° 55.762, del 17.02.1965, y sus posteriores alteraciones.

De acuerdo con la definición de la ley de capitales extranjeros, se trata de los bienes, máquinas y equipos que ingresan a Brasil sin dispendio inicial de divisas, destinados a la producción de bienes o servicios, así como los recursos financieros o monetarios traídos a Brasil para aplicación en actividades económicas, siempre y cuando pertenezcan a personas físicas o jurídicas residentes, domiciliadas o con sede en el exterior.

Los dos mercados oficiales de cambio en Brasil, ambos reglamentados por el Banco Central de Brasil, son el cambio comercial / financiero, básicamente reservado para operaciones de cuño comercial e inversiones en moneda extranjera en Brasil, y el cambio turismo, destinado a otras operaciones, tales como transferencias unilaterales de recursos.

Fueron unificadas las posiciones de cambio de los mercados de tasas libres y tasas fluctuantes para las instituciones financieras, de acuerdo con la Resolución del Banco Central de Brasil n° 3.265, del 8 de marzo de 2005.

Las operaciones de cambio son efectuadas mediante contratos de cambio involucrando la entrada o la salida de moneda extranjera.

3.2. Registro de Capital Extranjero

El registro del capital extranjero debe ser efectuado a través del Módulo Registro Declaratorio Electrónico – Inversión Externa Directa (RDE – IED), que integra el Sistema de Informaciones del Banco Central (Sisbacen).

Se consideran inversiones externas directas, para fines del Registro Declaratorio Electrónico, las participaciones permanentes en empresas receptoras en el país, o, según las prácticas usuales del mercado, las participaciones con ánimo de ser permanentes, detentadas por inversionista no residente, persona física o jurídica residente, domiciliada o con sede en el exterior, mediante la propiedad de acciones o cuotas representativas del capital social de empresas brasileñas, así como el capital destacado de empresas extranjeras autorizadas a operar en el país.

El registro por el módulo RDE – IED presupone el registro del responsable en el Sisbacen, de acuerdo con las reglas actualmente en vigor, siendo caracterizado por la atribución de un número al binomio inversionista-receptor, con el cual deberán ser registrados todos los cambios y posteriores inclusiones referentes a la inversión registrada.

De acuerdo con los términos de la Circular 2.997/00, la inversión extranjera a ser efectuada y registrada no está sujeta a previo análisis y verificación realizados por el Banco Central. El referido registro es declaratorio, o sea, la empresa receptora de la inversión extranjera y/o el representante del inversionista extranjero son, ellos mismos, los responsables de efectuar el registro.

Toda inversión extranjera debe ser registrada en el Banco Central de Brasil. Dicho registro es esencial para la remesa de lucros al exterior, para la repatriación de capital y para el registro de reinversión de lucros.

3.3. Inversiones en Moneda

Las inversiones en moneda no dependen de ninguna autorización preliminar concedida por las autoridades gubernamentales. Para suscribir el capital o adquirir una participación en empresa brasileña ya existente, basta remitir las inversiones a través de un establecimiento bancario autorizado para operar con cambio. Sin embargo, el cierre del cambio está condicionado a la existencia del número con el cual el inversionista extranjero y la empresa receptora están registrados en el Sistema RDE – IED.

El registro de la inversión es hecho a través del Sistema RDE – IED, por la empresa brasileña beneficiaria y/o por el representante del inversionista externo, dentro del plazo de 30 días a partir del cierre del contrato de cambio.

Ante la hipótesis de que la inversión externa provenga de una cuenta de no residente debidamente mantenida en Brasil, el registro de la referida inversión es hecho en moneda nacional. Todos los movimientos relacionados con la referida inversión deben ser efectuados por medio de la respectiva cuenta de no residente. La actualización del registro de la inversión se realiza a través del Módulo RDE-IED.

3.4. Inversiones vía Conversión de Créditos Externos

Eventuales inversiones realizadas con base en recursos no registrados en el Sistema RDE – IED, están sometidas a la autorización previa del Departamento de Combate a Ilícitos Financieros y Supervisión de Cambio y Capitales Internacionales (DECIC).

Ante la hipótesis de que los créditos externos que se pretende convertir en inversión estén debidamente registrados en el sistema RDE – IED, no es necesaria ninguna autorización previa del Banco Central de Brasil.

Con relación a las operaciones sometidas a registro en el Módulo RDE – IED, el art. 8º del Anexo de la Circular 2.997/00 considera como conversión en inversión externa directa “la operación por la cual créditos pasibles de generar transferencias al exterior, con base en las normas vigentes, son utilizados por el acreedor no residente para la adquisición o integración de participación en el capital social de la empresa en el País”.

Para dicho registro, es necesario que la empresa receptora nacional reciba, del acreedor y promitente inversionista: (i) una declaración definiendo, exactamente, los vencimientos de las cuotas y respectivos valores a ser convertidos y, en el caso de intereses y otras cargas, también el período al que se refieren y las tasas y cálculos empleados; y (ii) declaración irrevocable del acreedor concordando con la conversión.

3.5. Inversiones vía Importación de Bienes sin Cobertura Cambiaria

La inversión bajo la forma de Importación de Bienes sin Cobertura Cambiaria, efectuada para la integración de capital social y siempre y cuando el bien sea tangible, no exige la aprobación previa del Banco Central.

Para fines de registro en el Módulo RDE – IED, los bienes, tanto tangibles como intangibles, deben estar destinados exclusivamente a la integración de capital.

El registro de inversión externa directa que deriva de importación sin cobertura cambiaria de bienes intangibles, está sometido a la previa autorización del DECIC. En lo que se refiere a bienes tangibles, deben ser utilizados el valor objeto del registro en el Módulo ROF – Registro de Operaciones Financieras del Sistema RDE con vinculación a la Declaración de Importación (DI) y la moneda que conste en el ROF correspondiente.

El registro de capitales extranjeros ingresados en forma de bienes debe hacerse en la moneda del país del inversionista o, mediante solicitud expresa de éste, en otra moneda, manteniéndose la paridad cambiaria.

Son considerados capitales extranjeros los bienes, máquinas o equipos, de cualquier naturaleza, efectivamente ingresados a Brasil sin dispendio inicial de divisas, que estén destinados a la producción o a la comercialización de bienes o a la prestación de servicios. En el caso de importación de bienes usados, dichos

bienes no pueden tener un similar nacional. La aplicación de los bienes usados debe estar dirigida hacia proyectos que incentiven el desarrollo económico del país.

Después de que los bienes tangibles sean liberados, la empresa brasileña cuenta con 90 días para registrar la inversión en el Banco Central de Brasil.

3.6. Inversiones en el Mercado de Capitales

El 26 de enero del 2000, el Consejo Monetario Nacional aprobó la Resolución n° 2.689, que determina que cualquier inversionista, inclusive persona física y jurídica, no residente, individual o colectivo, puede invertir en los mercados brasileños (financiero y de capitales).

Las Sociedades de Inversión – Capital Extranjero, los Fondos de Inversión – Capital Extranjero, las Carteras Anexo IV (mecanismos creados por los Anexos I, II y IV, y los Fondos de Renta Fija – Capital Extranjero, fueron substituidos por un “portal” único, mediante el cual los recursos externos ingresados al País, por parte de inversionista no residente, pueden ser aplicados en los instrumentos y modalidades operacionales de los mercados financiero y de capitales disponibles para el inversionista residente, tanto en renta fija como variable.

El inversionista no residente pasa a tener el mismo registro para operar en los mercados de renta fija y variable, pudiendo migrar libremente de una aplicación a otra. Para tener acceso a dichos mercados, el inversionista extranjero debe constituir un representante en Brasil, que será responsable del registro de las operaciones, de completar el formulario anexado a la Resolución n° 2.689/00 y de la obtención del registro ante la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM).

De acuerdo con los incisos I y II del art. 6° de la Resolución CMN n° 2.689/00, los títulos y valores mobiliarios del inversionista extranjero deberán estar custodiados en una entidad autorizada por la CVM o el Banco Central para prestar tal servicio, o deben estar registrados, según sea el caso, en el Sistema Especial de Liquidación y Custodia (SELIC) o en sistema de registro y de liquidación financiera administrado por la Central de Custodia y de Liquidación Financiera de Títulos (CETIP).

Debe constar, en una parte apropiada del contrato de cambio, el número de registro del RDE, en todas las operaciones realizadas en nombre del inversionista no residente.

3.7. Remesa de Lucros

Usualmente, no existen restricciones para la distribución de lucros y su consecuente remesa al exterior. Los lucros generados a partir del 01.01.1996 están exentos de impuesto a la renta retenido en la fuente.

El destino de las remesas relativas a lucros debe estar registrado en el Módulo RDE – IED, tomando en cuenta la participación en el total de acciones o cuotas que integran el capital social integralizado de la empresa receptora de la inversión.

Brasil firmó tratados para evitar la doble tributación con los siguientes países: Suecia, Japón, Noruega, Portugal, Bélgica, Dinamarca, España, Austria, Luxemburgo, Italia, Argentina, Canadá, Ecuador, Holanda, Filipinas, Francia, Corea, República Eslovaca y Checa, Finlandia, Hungría, India, China, Chile e Israel.

3.8. Reinversión de Lucros

De acuerdo con la Ley de Capitales Extranjeros, son consideradas reinversiones los lucros obtenidos por empresas con sede en Brasil y son atribuibles a personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en el exterior, lucros que fueron reinvertidos en la empresa que los generó o en otro sector interno de la economía.

El registro de la reinversión de rendimientos es efectuado en la moneda del país para el cual podrían haber sido remitidos, siendo que el registro de las reinversiones cuya inversión fue efectuada en moneda nacional, es hecho en moneda nacional (art. 20 de la Circular 2.997).

Los rendimientos obtenidos por el inversionista extranjero que sean reaplicados en empresas receptoras nacionales, aunque sean diferentes de las que originaron el rendimiento, con el objetivo de integración o adquisición de acciones y/o cuotas, son pasibles de registro dentro del ítem Inversiones en el Sistema RDE – IED. Dichos lucros a ser reinvertidos son registrados como capital extranjero, de la misma forma que la inversión inicial, aumentando así la base de cálculo para una futura división de capital con fines tributarios.

En los casos de registro de reinversión por capitalización de lucros, intereses sobre el capital propio y reservas de lucros, es observada la proporción de la participación del inversionista externo en el número total de acciones o cuotas integradas en el capital social de la empresa receptora en que fueron generados los rendimientos.

3.9. Repatriación

El capital extranjero registrado en el Banco Central de Brasil puede ser repatriado en cualquier momento a su país de origen, no siendo necesario para tanto ningún tipo de autorización previa.

De acuerdo con el artículo 690, inciso II, del Reglamento del Impuesto a la Renta de 1999, los valores en moneda extranjera registrados en el Banco Central de Brasil como inversiones realizadas por no residentes pueden ser repatriados sin la incidencia del impuesto a la renta en la fuente. En este caso, los valores en moneda extranjera que superen, proporcionalmente, la inversión originalmente realizada (lucro de capital) están sujetos al impuesto a la renta en la fuente a la alícuota del 15%.

En el caso específico de repatriaciones de capital, debe observarse que el Banco Central de Brasil suele examinar el patrimonio neto de la empresa involucrada, tomando como base su balance patrimonial. Si el patrimonio neto fuera negativo, el Banco Central de Brasil puede considerar que podría haber habido una dilución de la inversión, negando así autorización para repatriaciones por un monto proporcional al del resultado negativo calculado.

3.10. Transferencia de Inversiones en el Exterior

La Ley n° 10.833, del 29 de diciembre del 2003 dispone que, a partir del 1° de febrero del 2004, “el adquirente, persona física o jurídica residente o domiciliada en Brasil, o el apoderado, cuando el adquirente sea residente o domiciliado en el exterior, es responsable de la retención y recaudación del impuesto a la renta que incide sobre el lucro de capital al que se refiere el art. 18 de la Ley n° 9.249, del 26 de diciembre de 1995, obtenido por persona física o jurídica residente o domiciliada en el exterior que aliene bienes ubicados en Brasil.” Antes de la vigencia de la referida Ley, transacciones involucrando alienación o disposición de bienes o derechos localizados en Brasil, realizadas por personas físicas o jurídicas con sede en el exterior, no estaban sometidas a la incidencia de Impuesto a la Renta. La referida tributación, incide solamente sobre a rentas obtenidas por el vendedor de los bienes o derechos localizados en Brasil, y no por el adquirente.

El adquirente extranjero puede efectuar el registro del capital por un monto igual al que antes estaba en poder de la empresa vendedora, independientemente del precio pagado por la inversión en el exterior. Cabe mencionar que, en este caso, debe ser efectuada la modificación del número de registro del Módulo RDE – IED del Banco Central de Brasil, para hacer constar el nombre del nuevo inversionista extranjero, para que éste pueda remitir/reinvertir lucros y repatriar su capital.

3.11. Restricciones para Remesas al Exterior

Las remesas de moneda al exterior pueden sufrir restricciones cuando no exista el correspondiente registro en el Sistema RDE – IED, ya que la remesa de lucros, la repatriación de capital y el registro de reinversiones están basados en el monto registrado a título de inversión extranjera.

3.12. Restricciones a Inversiones Extranjeras

Se destacan a continuación algunas prohibiciones y restricciones a la participación del capital extranjero en la economía brasileña.

(A) Prohibiciones:

Está prohibida la participación de capital extranjero en las siguientes actividades:

- desarrollo de actividades que involucren energía nuclear;
- servicios de salud;
- servicios de correos y telégrafos; e
- industria aeroespacial¹.

(B) Restricciones

- Como consecuencia de la reforma constitucional de 1995, las sociedades brasileñas, incluso bajo control extranjero, pueden adquirir, explotar y arrendar tierras rurales. Asimismo, la adquisición de inmuebles rurales efectuada por extranjero residente en el país o por persona jurídica extranjera autorizada a funcionar en Brasil está sometida a las condiciones previstas en ley y a la autorización del Congreso Nacional.
- Además de los comentarios del ítem anterior, se destacan restricciones en lo que se refiere a la adquisición de propiedades ubicadas en áreas de frontera, consideradas indisponibles por motivos de seguridad nacional, tierras cuya adquisición depende del consentimiento previo de la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional.
- Hay, también, restricciones a la participación del capital extranjero en instituciones financieras, aunque dichas restricciones puedan ser dejadas de lado en función del interés nacional. Este tema debe ser reglamentado en ley complementaria, inclusive para las sociedades aseguradoras.

¹ Referente al lanzamiento y puesta en órbita de satélites, vehículos, aeronaves, entre otras actividades, en las cuales no estén incluidas la producción o la comercialización de dichos ítems, o sus accesorios.

- La explotación de servicios aéreos públicos, para la operación de transporte regular, depende de concesión previa. De acuerdo con la legislación, dicha concesión, por su parte, solamente es dada a personas jurídicas brasileñas (entendidas como las que poseen sede y administración en Brasil), y en las que por lo menos el 80% del capital con derecho a voto pertenezca a brasileños, prevaleciendo esa limitación en los eventuales aumentos del capital social. Además, la administración de tales empresas debe ser otorgada exclusivamente a brasileños. Finalmente, el ingreso de capital extranjero, dentro del límite del 20% de las acciones con derecho a voto, admitido por la legislación, depende de la aprobación de las autoridades aeronáuticas.
- Hay restricciones a la inversión extranjera en la propiedad y administración de periódicos, revistas y otras publicaciones, así como de redes de radio y televisión².
- Empresas brasileñas, aunque estén bajo control extranjero, pueden solicitar y obtener autorización para operar en el sector de minería.
- La Ley n° 9.074/95 definió que la Ley de Concesiones (Ley n° 8.987/95) se aplica a la participación de empresas privadas en la generación y transmisión de energía eléctrica y en la explotación de estaciones aduaneras y terminales aduaneras, autopistas y represas, no existiendo ninguna restricción en lo que se refiere a la participación de capital extranjero en dichas empresas.

² Fue firmada el 28.05.2002 la Enmienda Constitucional n° 36/02, que modifica la redacción del art. 222 de la Constitución Federal. De acuerdo con la nueva redacción del referido artículo, es obligatorio que por lo menos el 70% del capital total y del capital votante de las empresas periodísticas y de radiodifusión pertenezca, directa o indirectamente, a brasileños natos o naturalizados hace más de 10 años, permitiéndose la participación de extranjeros en menos del 30% del capital total y votante de esas empresas. También se encuentra a cargo de brasileños natos o naturalizados hace más de 10 años la gestión de actividades y la definición del contenido de la programación.

4. El Régimen Cambiario Brasileño

A pesar de no ser un país con libertad cambiaria total, debido al control centralizado del cambio ejercido por el Banco Central de Brasil (Bacen), el régimen cambiario brasileño ha venido liberalizándose a lo largo de los últimos años, de manera que prácticamente todos los tipos de transferencia desde y hacia el exterior son realizados.

El Régimen Cambiario Brasileño fue modificado recientemente, por medio de la Resolución CMN 3.265, del 4 de marzo del 2005, pasando el mercado de cambio de tasas libres, el mercado de cambio de tasas fluctuantes y las transferencias internacionales de reales (TIR) a constituir un mercado único que abarca las operaciones de cambio, TIR y oro-instrumento cambiario.

En el nuevo mercado de cambio unificado son realizadas todas las operaciones de cambio necesarias para viabilizar el comercio exterior del país (importaciones y exportaciones). También son realizadas las transferencias derivadas de los ingresos y salidas de recursos pasibles de ser registrados en el Bacen. Dichos recursos son registrados en el Bacen, mecanismo que fue creado en los años 60, para posibilitar que el no residente en Brasil registrara el capital que está ingresando al país. Dicho registro será utilizado por él para amparar las futuras remesas, también registradas, que podrán ser oriundas de los recursos ingresados (*ej.* pago de intereses, dividendos o repatriación del capital invertido). Ejemplos de recursos que pueden ser registrados en el Bacen son los préstamos externos, las inversiones directas en sociedades que tienen sede en el país y las inversiones en el mercado de capitales realizadas por inversionistas institucionales.

Con relación a las transferencias al exterior y a la compra de moneda extranjera, la nueva reglamentación permite mayor libertad para las transacciones, ya que abolió los límites de valor anteriormente determinados por el Bacen. Además, ya no hay necesidad de que las transacciones se encuadren en las formas preestablecidas por la reglamentación del Bacen. Es suficiente que la transacción sea legal y cuente con documentación capaz de definir responsabilidades y de ofrecer una fundamentación económica.

Además de la mayor libertad en las transacciones, desde 1996, mediante la implantación progresiva de un sistema electrónico de registro de operaciones de cambio, las operaciones de inversión y préstamo extranjero llevadas a cabo en el antiguo mercado de cambio de tasas libres pasaron a ser registradas de forma declaratoria y por medio electrónico, a través de un sistema al que se ingresa vía *Internet*, que dispensa el procedimiento de autorización previa que era necesario para algunas operaciones.

Finalmente, las TIR pasaron a observar los mismos criterios, disposiciones y exigencias establecidos para las operaciones de cambio en general y las orientaciones específicas previstas en la reglamentación, no siendo más posible la utilización de cuenta de terceros (instituciones financieras del exterior) para acreditar valores en reales para su posterior remesa al exterior.

5. Formas de Asociación

5.1. Aspectos Generales

Encuentran amparo en el sistema jurídico brasileño algunas formas de asociación que conducen a los interesados a la constitución de personas jurídicas, mientras otras formas de asociación no están dotadas de personalidad y, así siendo, no siempre conducen a la constitución de una sociedad. Con relación a esta última especie, se destacan los consorcios u otras formas de negocios jurídicos en que las partes no se desvinculan de su personalidad individual. Por otra parte, las sociedades son constituidas mediante contrato escrito, particular o público, en el cual el deseo de las partes contratantes puede conducir las a la constitución de sociedades personificadas o no personificadas. Entre estas últimas, se encuentran la sociedad en común y la sociedad en cuenta de participación.

Con relación a las sociedades personificadas, se encuentran previstos, en la legislación brasileña, los siguientes tipos: sociedad simple, sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita simple, sociedad limitada, sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones.

La ley confiere personalidad jurídica a esas sociedades después de la inscripción en registro público competente, considerándolas, así, entidades de derecho con patrimonios y límites de responsabilidades diferentes de los patrimonios y límites de responsabilidades de sus socios.

La legislación brasileña también contempla las asociaciones, las fundaciones y las cooperativas, formas asociativas que, tanto por no tener finalidad de lucro, como por las características particulares de su constitución, o por su objeto social, independientemente de presentar un resultado positivo; se diferencian de las sociedades empresarias.

Es importante resaltar que, con excepción de las sociedades anónimas, todos los demás tipos societarios existentes en la legislación brasileña pueden indistintamente tener naturaleza de sociedades simples o de sociedades empresarias, lo que debe estar explicitado en su contrato social desde el momento de su constitución. Las sociedades simples son registradas en el Registro Civil de Personas Jurídicas y las sociedades empresarias en las juntas comerciales.

5.1.1. Sociedad Anónima

La sociedad anónima o compañía, caracterizada por el artículo 1.088 del Código

Civil y regulada por la Ley n° 6.404, del 15.12.1976, parcialmente modificada por la Ley n° 9.457, del 15.06.1997 y por la Ley n° 10.303, del 31.10.2001, es una sociedad empresaria por definición legal, con su capital social representado por acciones que circulan libremente. Es, por excelencia, una sociedad de capital, que busca la realización de lucros para que sean distribuidos entre sus accionistas, a título de dividendos o incluso de intereses sobre capital propio.

La sociedad anónima es identificada por una denominación, siendo que el nombre escogido debe ser precedido o sucedido por la expresión “sociedad anónima”, con todas sus letras o abreviadamente (S/A), o, también, precedido por la palabra “Compañía” con todas sus letras o abreviado “Cía.”. Además, se puede emplear en la denominación un nombre propio, del fundador o de una persona a la que se desee rendir homenaje. La denominación puede indicar los fines sociales, o el ramo de actividad, pero dicha indicación no es obligatoria.

Existen dos especies de sociedades anónimas: la compañía abierta, que capta recursos entre el público y está bajo la fiscalización de la Comisión de Valores Mobiliarios; y la compañía cerrada, que obtiene sus recursos entre los propios accionistas o subscriptores.

El capital social es representado por títulos denominados acciones. De acuerdo con la naturaleza de los derechos o ventajas que confieran a sus titulares, las acciones pueden ser ordinarias, preferenciales o de disfrute.

Las acciones ordinarias confieren a su titular, además de los derechos esenciales, también el derecho de voto, mientras que las acciones preferenciales, confiriendo a su titular ventajas especiales, pueden restringir o suprimir el derecho de voto. Las acciones de disfrute otorgan el derecho de continuar, después de la amortización, participando en los resultados sociales de las acciones ordinarias o preferenciales, sin reducción del capital.

Los accionistas, por medio de Acuerdos de Accionistas, pueden llegar a un acuerdo entre sí a respecto de la compra y venta de sus acciones, de la preferencia para su adquisición, o del ejercicio del derecho de voto. Las obligaciones asumidas en estos Acuerdos son pasibles de ejecución específica y deben ser respetadas por la compañía.

La sociedad anónima puede ser administrada por un Directorio y por un Consejo de Administración, o sólo por un Directorio, según lo determinen la ley, o el Estatuto Social.

El Consejo de Administración es un órgano colegiado de deliberación, facultativo para las compañías cerradas y obligatorio para las compañías abiertas, o de

capital autorizado, que debe estar integrado por un mínimo de 03 (tres) miembros, que deben ser accionistas personas físicas, pudiendo, o no, ser residentes en el país.

El Directorio es el órgano ejecutivo de la sociedad anónima. Al Directorio compete la representación de la sociedad y la práctica de todos los actos necesarios para su funcionamiento regular. Este órgano está integrado por un mínimo de 02 (dos) directores, accionistas o no, personas físicas necesariamente residentes en el país, con un plazo de gestión máximo de tres años.

A los accionistas les está facultado el ejercicio de la fiscalización por medio del Consejo Fiscal. El Consejo Fiscal tiene como función principal, la fiscalización de las cuentas y de la gestión social. Su funcionamiento puede ser permanente o eventual y su instalación está relacionada con el deseo de la sociedad de establecer un control más riguroso sobre los actos practicados por la administración. Cuando está instalado, el Consejo Fiscal está integrado por un mínimo de 03 (tres) y un máximo de 05 (cinco) miembros, con el mismo número de suplentes, accionistas o no, electos por la Asamblea General. En casos especiales, puede haber representaciones específicas para una determinada especie de accionistas.

5.1.2. Sociedad Limitada

La sociedad limitada está regulada por los artículos 1.052 al 1.087 del Código Civil y puede adoptar la forma de sociedad simple o sociedad empresaria, de acuerdo con el objetivo social, y con su definición como sociedad empresaria.

La sociedad limitada se constituye mediante un contrato social, y tiene socios de responsabilidad limitada, ya que la responsabilidad de cada socio se limita al valor de sus cuotas. No obstante, todos responden solidariamente por la integralización del capital social.

Este tipo de sociedad, en el Nuevo Código Civil, pasó a tener una estructura orgánica, siendo órganos sociales la Reunión de Socios, la Administración y el Consejo Fiscal, todos ellos determinados por los socios en el propio contrato social. La reunión de socios (o asamblea de socios) es un órgano de deliberación colegiada integrado por el cuadro social, que debe reunirse cada vez que la ley o el contrato así lo exijan. La administración es ejercida por una o más personas, accionistas o no, indicadas en el contrato social o electas por la reunión o asamblea de accionistas, cuando se establece el plazo, determinado o no, del mandato.

El capital social está dividido en cuotas sociales. La cuota representa el contin-

gente en moneda, créditos, derechos o bienes con los cuales un socio contribuye a la formación del capital de la sociedad. Las cuotas son necesariamente nominativas y no se hacen representar por títulos de crédito. La titularidad de las respectivas cuotas sociales debe estar expresada en el contrato social, para que cualquier alienación de dichas cuotas sociales implique automáticamente la modificación del contrato social. En las reuniones o asambleas de socios, las deliberaciones de las que redunde una modificación del contrato social o acto de reorganización de la persona de la sociedad depende de votos favorables que representen 3/4 (tres cuartos), como mínimo, del capital social.

Reglas Comunes de las Sociedades Anónimas y las Sociedades Limitadas

Las operaciones societarias de Transformación, Incorporación, Fusión y Escisión pueden ser formalizadas tanto por las sociedades anónimas como por las sociedades limitadas, estando reguladas por los artículos 1.113 al 1.122 de la Ley n° 10.406, del 10.01.2002 (Código Civil), además de los artículos 220 al 234 de la Ley Especial n° 6.404, del 15.12.1976 (Ley de la S/A).

La Transformación es la operación mediante la cual la sociedad pasa, independientemente de disolución, de un tipo societario a otro, debiendo observar en dicha transición la forma correspondiente a la del nuevo tipo.

La Incorporación es la operación a través de la cual una o más sociedades son absorbidas por otra, que es su sucesora en todos los derechos y obligaciones.

La Fusión, por su parte, es la operación mediante la cual dos o más sociedades se unen, con miras a la formación de una nueva sociedad, sucesora de las anteriores en todos los derechos y obligaciones, después que las sociedades anteriores dejan de existir.

La Escisión es la operación mediante la cual la sociedad transfiere partes o la totalidad de su patrimonio a una o más sociedades, formadas con esa finalidad o ya existentes, extinguiéndose, por su parte, la sociedad escindida, en el caso de que haya transferencia total de su patrimonio, o reduciéndose su capital, en el caso de que haya una transferencia parcial de su patrimonio.

5.1.3. Otros Tipos Societarios y Formas Asociativas

Debido a la ausencia total o parcial de límite de responsabilidad de que se revisten, los demás tipos societarios existentes son raramente utilizados, pero pueden tornarse interesantes en determinadas circunstancias. Así, serán hechas algunas consideraciones a respecto de dichos tipos societarios, que a veces son adoptados.

5.1.3.1. Sociedad en Comandita Simple, o por Acciones

Las sociedades en comandita tienen dos categorías de socios: los de responsabilidad ilimitada, a quienes competen los actos de administración y representación social, que son denominados comanditados, y los comanditarios, que tienen la responsabilidad de ser obligados solamente por el valor de su cuota de participación, representado por cuotas sociales en la sociedad en comandita simple y por acciones en la sociedad en comandita por acciones.

En las sociedades en comandita simple, la participación de los socios comanditados está también representada por cuotas sociales, pero, con relación a la responsabilidad, se aplican las normas de la sociedad en nombre colectivo, por lo tanto ilimitada y solidaria.

La sociedad en comandita por acciones se rige por los artículos 1.090/1.092 del Código Civil y por un capítulo especial de la Ley de Sociedad por Acciones (artículos 280/284) y su respectiva participación está representada por acciones para ambos tipos de socios.

5.1.3.2. Sociedad en Nombre Colectivo

Este tipo societario se caracteriza por la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios que integran la sociedad.

Así siendo, sólo existe una categoría de socios: los socios solidarios. Aunque sean solidarios entre sí, dichos socios responden por las obligaciones sociales, no de forma subsidiaria. De esta forma, sus bienes no pueden ser ejecutados, a no ser que se hayan agotado los bienes de la sociedad.

La administración social es de incumbencia de todos los socios, siempre y cuando no haya en el instrumento del contrato, designación específica del socio que va a ejercerla. Existiendo tal designación, el socio tiene el derecho de utilizar privativamente la firma o la razón social.

El nombre empresarial de la sociedad en nombre colectivo está compuesto por firma o razón social compuesta por el nombre de uno, algunos o todos los socios, añadiéndose la expresión “& Cía.”, en el caso de que no hubiera una referencia expresa a los nombres de todos los socios.

5.1.3.3. Sociedad en Cuenta de Participación

La sociedad en cuenta de participación está compuesta por dos categorías de socios: el socio ostensivo y el socio participante. La sociedad en cuenta de participa-

ción es una sociedad no personificada, o sea, no adquiere personalidad jurídica, aunque esté registrada.

Como la cuenta de participación tiene por objeto un determinado emprendimiento, la duración de la sociedad es de un período de tiempo determinado, con miras a la realización de determinadas operaciones mercantiles.

Además del socio ostensivo, existe la categoría formada por los socios participantes, que contribuyen con el capital u otro aporte necesario al emprendimiento, obligándose exclusivamente ante el socio ostensivo, en los términos del respectivo contrato social, y tornándose acreedores de éste en la forma del contrato. En caso de quiebra de socio ostensivo, los socios participantes se convierten en sus acreedores quirografarios.

La constitución de una sociedad en cuenta de participación no está sometida a mayores formalidades además del contrato social, pudiendo además ser comprobada por todos los medios de prueba admitidos en la legislación brasileña. Es, por lo tanto, una sociedad que existe apenas entre los socios y no ante terceros, siendo que éstos tratan exclusivamente con el socio ostensivo, que responde ante ellos.

La administración de la sociedad en cuenta de participación cabe exclusivamente al socio ostensivo, porque es suya la responsabilidad de los negocios de la sociedad, cabiéndole al final del plazo, o con la periodicidad establecida en el contrato, rendir cuentas a los socios participantes.

5.1.4. Consorcio

En el sentido etimológico de la palabra, consorcio significa unión, combinación, asociación. Pero en el sentido que le otorga la legislación sobre sociedades anónimas, el consorcio es un tipo de asociación de empresas que tiene el objetivo de desarrollar un determinado emprendimiento.

El consorcio se configura con un contrato entre dos o más sociedades, no perdiendo las sociedades consorciadas su propia autonomía. Conservan las sociedades, entonces, su personalidad jurídica, conjugando sus esfuerzos para la obtención de determinados objetivos.

Aunque este tipo de asociación esté basado en un contrato, ella no se reviste de personalidad jurídica, razón por la cual las empresas que forman el consorcio solamente se obligan en las condiciones previstas en el respectivo pacto firmado entre ellas, respondiendo cada una por sus obligaciones, sin la presunción de solidaridad. La única excepción existe en los efectos de la relación de empleo.

El contrato de consorcio debe ser aprobado por las compañías signatarias en asamblea general, cuando se trata de sociedades anónimas, o de los respectivos órganos competentes, si las sociedades signatarias no fueran sociedades anónimas.

En el contrato a ser firmado por las sociedades deben constar los siguientes tópicos:

- designación del consorcio, en el caso de haber designación;
- el emprendimiento que será objeto del consorcio;
- la duración, dirección y el foro;
- la definición de obligaciones y responsabilidades de las sociedades participantes, así como de las prestaciones;
- las normas relativas a ingresos y división de los resultados
- las normas de administración del consorcio, contabilización, representación de las sociedades consorciadas y la tasa de administración, en el caso de que exista;
- la forma de deliberación de los asuntos de interés común, así como el número de votos que corresponderá a cada uno de los consorciados;
- la contribución que cada consorciado hará para los gastos comunes, si los hubiera.

El contrato y, eventualmente, sus posteriores modificaciones deberán ser archivadas en la Junta Comercial del local de su sede, debiendo el certificado de referido archivamiento ser publicado en el órgano oficial de la Unión o del Estado, e igualmente en otro periódico de gran circulación.

5.2. Procedimiento para Registro

Existen en Brasil dos tipos de registros públicos de sociedades: (i) el Registro de Empresas, destinado al archivamiento de los actos de las sociedades empresarias (además de la inscripción de los empresarios individuales y de la matrícula de los prepuestos de los empresarios y demás agentes auxiliares), efectuado por las Juntas Comerciales, que son órganos de jurisdicción estadual; y (ii) el Registro Civil, destinado al registro de los actos de las sociedades simples. Es efectuado por los catastros de Registro Civil de las Personas Jurídicas, que son órganos de jurisdicción en las comarcas a las que pertenecen.

5.2.1. El Registro de Empresas

El Registro de Empresas, cuyos órganos ejecutores son las Juntas Comerciales (una por unidad de la Federación), es de carácter obligatorio para todos los que ejercen actividades consideradas empresariales (empresarios y sociedades em-

presarias), y que realicen el ejercicio profesional de las actividades económicas de producción o circulación de bienes o servicios mediante la organización de los medios de producción característica de la empresa.

Además de las Sociedades Anónimas, que lo son por fuerza de ley, también serán empresarias la Sociedad en Nombre Colectivo, la Sociedad en Comandita Simple y la Sociedad Limitada, siempre y cuando su objeto social incluya actividades consideradas empresariales (actividades económicas de producción o circulación de bienes o servicios realizadas mediante organización característica de empresa) y, de esta forma, deberán obligatoriamente archivar sus actos societarios en la respectiva Junta Comercial del Estado en el que estuviera su sede social, así como en las de los Estados en que abran filiales.

Así siendo, el tipo societario escogido para la sociedad, la enunciación clara y precisa de su objeto social y la caracterización de su condición de empresaria deben orientar a los interesados al registro de la sociedad en la Junta Comercial o el Registro Civil de las Personas Jurídicas.

El pedido de archivamiento de los actos constitutivos de las sociedades anónimas es instruido, obligatoriamente, con los siguientes documentos:

- Escritura Pública o Acta de Asamblea General de constitución, conteniendo la calificación completa de los subscriptores y evidencia de suscripción de todo el capital social;
- Presentación de comprobante de depósito bancario efectuado en el Banco de Brasil, por valor equivalente a, como mínimo, el 10% (diez por ciento) del valor del capital social suscrito, para su pago en dinero;
- Estatuto Social firmado por todos los subscriptores;
- Boletín de Suscripción del capital social, firmado por los subscriptores originales o por los miembros de la mesa dirigente de la asamblea, mencionando el nombre completo, nacionalidad, estado civil, profesión, residencia y domicilio, número de acciones subscriptas y el total de la entrada;
- Poder otorgado por accionista residente o con sede en el exterior, firmado ante escribano público en el país de origen, legalizado en un Consulado Brasileño, traducido por traductor público jurado en Brasil y registrado en el Registro de Títulos y Documentos;
- Prueba de la existencia del accionista residente en el exterior;
- Copia auténtica de los documentos de identidad de los Directores y Consejeros electos;
- Formularios debidamente completados con los datos de la empresa y de sus accionistas, así como la presentación de las guías de recaudación de las tasas debidas para el archivamiento.

El archivamiento de los instrumentos de constitución y posteriores alteraciones de las demás sociedades empresarias deberán, de la misma forma, ser presentados ante la Junta Comercial del Estado donde se localiza la sede de la respectiva sociedad, a través de solicitud fechada y firmada por cualquiera de los socios, por apoderados o personas legalmente habilitadas.

En general, el pedido a la Junta Comercial de archivamiento de los actos constitutivos de las demás sociedades empresarias será instruido con los siguientes documentos:

- Tres copias originales del contrato social rubricadas y firmadas por todos los socios y dos testigos;
- Traslado o certificado, cuando el contrato social hubiera sido celebrado por instrumento público;
- Copias auténticas de los documentos de identidad de los socios;
- Poder otorgado por socio residente o con sede en el exterior, firmado ante escribano público en el respectivo país de origen, legalizado ante un Consulado Brasileño, traducido por traductor público jurado en Brasil y registrado en Catastro de Registro de Títulos y Documentos;
- Prueba de la existencia del socio domiciliado o con sede en el exterior;
- Declaración personal de “nada consta” contra el ejercicio de la actividad empresarial, firmada por cada socio o administrador de la sociedad, que puede ser hecha en el propio contrato social o en instrumento separado;
- Formularios debidamente completados con los datos de la sociedad y de sus socios, así como la presentación de las guías de recaudación de las tasas debidas para el archivamiento.

5.2.2. El Registro Civil de Personas Jurídicas

La sociedad simple, así entendida como siendo la que no adopta la forma de sociedad anónima o que, adoptando otros tipos de asociación, no tiene por objeto actividades privativas de empresario, debe registrar sus actos constitutivos en el Registro Civil de las Personas Jurídicas.

Para el registro del respectivo acto constitutivo, la sociedad simple debe presentar solicitud al catastro, a la cual deben ser anexados los siguientes documentos:

- El acto constitutivo o las respectivas alteraciones del contrato social, debidamente firmados por sus socios;
- Copias auténticas de los documentos de identidad de los socios;
- Poder otorgado por socio residente en el exterior, firmado ante escribano público en el país de origen, debidamente legalizado en un Consulado

Brasileño, traducido por traductor público jurado en Brasil y registrado en el Catastro de Registro de Títulos y Documentos en Brasil.

Los contratos sociales de constitución de las sociedades simples solamente pueden ser archivados en los Catastros de Registro Civil de las Personas Jurídicas si estuvieran debidamente conferidos por un abogado.

6. Compañías Abiertas

6.1. Generalidades

La Ley n° 6.404/76, también conocida como Ley de Sociedades por Acciones, distingue dos tipos de compañías: las compañías cerradas y las compañías abiertas. Los valores mobiliarios de compañías abiertas son admitidos para negociación en el mercado de valores mobiliarios, y dichas compañías pueden captar recursos entre el público inversionista.

En razón de la posibilidad de captar recursos entre el público inversionista, las compañías abiertas se someten a una serie de obligaciones específicas, impuestas por ley y dispositivos reglamentarios, expedidos, principalmente, por la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM).

La CVM es una autarquía federal, vinculada al Ministerio de Hacienda, creada por la Ley n° 6.385/76, cuyo objetivo es la definición de normas, la reglamentación, el desarrollo, el control y la fiscalización del mercado de valores mobiliarios en Brasil. Después de las alteraciones insertadas por la Ley n° 10.303/01, las atribuciones de la CVM pasaron a incidir también sobre las Bolsas de Mercaderías y Futuros, las entidades del mercado de mostrador organizado y las entidades de compensación y liquidación de operaciones con valores mobiliarios. La CVM es una entidad autárquica que opera en régimen especial, porque, a pesar de su vinculación con el Ministerio de Hacienda, tiene autoridad administrativa independiente, con ausencia de subordinación jerárquica, y cuenta con autonomía financiera y presupuestaria, y dirigentes con mandato fijo y estabilidad.

Una de las finalidades de la CVM es la protección del inversionista, con el objetivo de estimular, a través de diversos mecanismos de control y fiscalización, la aplicación del ahorro en el mercado accionario y financiero.

Así, mientras que las compañías cerradas tienen una gran libertad para establecer sus reglas de funcionamiento de la forma que mejor responda a los intereses de sus accionistas, las compañías abiertas, ya que pueden captar recursos entre los inversionistas en general, se someten a determinadas restricciones, gozando de menor flexibilidad para la elaboración de reglas propias de funcionamiento.

Las compañías abiertas deben obtener el registro en la CVM para la negociación de valores mobiliarios en bolsa de valores o mercado de mostrador, además de cumplir con los requisitos de registro en dichas instituciones, según el caso.

Cabe observar también que la CVM puede clasificar a las compañías abiertas en diversas categorías, de acuerdo con las especies y clases de los valores mobiliarios emitidos por ella y admitidos para negociación en el mercado, especificando las normas que se aplican a cada una de esas categorías, aunque dicha prerrogativa aún no haya sido ejercida.

Además, cabe mencionar que solamente las compañías abiertas podrán emitir recibos de depósitos (DRs), es decir, certificados representativos de sus acciones, para su negociación en el mercado externo, posibilitando la captación de recursos de inversionistas extranjeros.

6.2. Mercado de Valores Mobiliarios

El denominado Mercado de Valores Mobiliarios es el sector del sistema financiero brasileño que engloba, entre otras, las diversas operaciones con los valores mobiliarios de emisión de las compañías abiertas, tales como las acciones, los debentures, los bonos de suscripción y las notas promisorias para su distribución pública. La Ley n° 6.385/76 relaciona todos los valores mobiliarios que están insertados en el Mercado de Valores Mobiliarios y que se encuentran sujetos a la supervisión de la CVM.

Las operaciones que involucran los valores mobiliarios de emisión de las compañías abiertas pueden ser realizadas en las bolsas de valores o en los mercados de mostrador (organizado o no), siendo la CVM el principal órgano regulador.

Las bolsas de valores, reglamentadas por la Resolución n° 2.690/00 del Consejo Monetario Nacional, pueden estar constituidas en forma de asociaciones civiles o sociedades anónimas y, entre otras obligaciones, deben mantener un local o sistema adecuado para la realización de operaciones de compra y venta de títulos y/o valores mobiliarios, en mercado libre y abierto, especialmente organizado y fiscalizado por la propia bolsa, por las sociedades miembros y por las autoridades competentes.

El mercado de mostrador organizado, por su parte, consiste en un sistema de negociación de títulos y valores mobiliarios, a través del cual son negociados valores mobiliarios de compañías abiertas que no tienen registro en bolsas de valores. El sistema de negociación es mantenido por entidad autorreguladora, encargada de supervisar y fiscalizar a los participantes del mercado y las operaciones realizadas. El registro de activos para negociación en mostrador organizado es más simple que el registro para bolsa de valores y, en la práctica, las acciones negociadas en mercado de mostrador organizado presentan menor liquidez cuando se las compara con las que son negociadas en bolsas de valores.

Cuando no estén registradas en bolsas de valores o mercado de mostrador organizado, las acciones de las compañías abiertas pueden ser negociadas en el llamado mercado de mostrador no organizado, que consiste en las operaciones realizadas directamente entre las corredoras de valores mobiliarios, sin la supervisión de una entidad autorreguladora.

6.3. Administración

Las compañías abiertas tienen, obligatoriamente, una estructura doble de administración, compuesta por el Directorio y por el Consejo de Administración, a diferencia de lo que ocurre con las compañías cerradas, en que la adopción de Consejo de Administración es generalmente facultativa.

El Consejo de Administración, con funciones deliberativas de supervisión y de ordenamiento interno, debe estar integrado por un mínimo de tres miembros, electos por la asamblea general ordinaria de la compañía entre sus accionistas, quienes podrán ser residentes en el exterior, siendo que estos deberán, obligatoriamente, nombrar a un representante residente en el país, para recibir citaciones en acciones interpuestas contra él, con base en la legislación societaria.

La Ley de Sociedades por Acciones confiere a los titulares de acciones de emisión de compañía abierta, representativas de un mínimo del 15% del total de las acciones con derecho a voto, el derecho de elegir y destituir a un miembro del Consejo de Administración (y su suplente), mediante votación por separado en la asamblea general ordinaria.

Otra forma de votación por separado garantizada por la Ley de las Sociedades por Acciones establece que los titulares de acciones preferenciales sin derecho a voto o con voto restringido de emisión de compañía abierta, representativas de, por lo menos, el 10% del capital social, tendrán el derecho de elegir y destituir a un miembro del Consejo de Administración (y su suplente), siempre y cuando no hayan ejercido el derecho, previsto en el estatuto social de la compañía, de elegir a un miembro del Consejo de Administración. En ambos casos, para que sea ejercido el derecho de votación por separado, los minoritarios deben comprobar la titularidad ininterrumpida de las participaciones societarias exigidas durante un período mínimo de tres meses inmediatamente anteriores a la realización de la asamblea general para la elección de los consejeros.

Finalmente, ante la hipótesis de que los titulares de acciones con derecho a voto y los titulares de acciones preferenciales sin derecho a voto o con voto restringido no consiguieran los porcentajes exigidos en los casos anteriormente mencionados, se admite que esos accionistas, en conjunto (siempre y cuando representen, como mínimo, al 10% del capital social de la compañía), elijan a

un miembro del Consejo de Administración (y a su suplente).

El Directorio es el órgano ejecutivo de las compañías, competente para la gestión interna de los negocios y representación, privativa, de la compañía. El Directorio debe estar integrado por un mínimo de 2 (dos) miembros, electos por el Consejo de Administración, en el caso de que exista, o por la asamblea general. Los directores deben ser residentes en Brasil, no siendo la condición de accionista obligatoria, y podrán ser miembros del Consejo de Administración, hasta el máximo de un tercio de la composición de dicho órgano.

Cabe mencionar también que, para que las compañías abiertas puedan negociar sus valores mobiliarios en el mercado de mostrador y/o en bolsas de valores, además de la obligatoriedad de la existencia de un Consejo de Administración, la compañía debe asignar a un director para desempeñar la función de director de relaciones con los inversionistas, que será el responsable de la presentación de informaciones al público inversionista, a la CVM y, en el caso de que la compañía tenga registro en la bolsa de valores o en el mercado de mostrador organizado, a estas entidades, así como de mantener actualizado el registro de la compañía, tal como lo determina la Instrucción CVM n° 202/93.

Además de los órganos mencionados, las compañías deben constituir un Consejo Fiscal, que es un órgano de asesoramiento de la asamblea general en los asuntos relacionados con la regularidad de la administración de la compañía. El Consejo Fiscal es un instrumento para la fiscalización, realizada por los accionistas, de la gestión de la sociedad. Él puede funcionar permanentemente o solamente cuando los accionistas soliciten su instalación.

6.4. Informaciones Periódicas y Demás Informaciones

Las compañías abiertas están sometidas a la obligatoriedad de divulgación y/o comunicación de diversas informaciones relativas a sus negocios.

Sin óbice de las determinaciones de realización de publicaciones establecidas por la Ley de Sociedades por Acciones y aplicables a todas las compañías, después que es concedido el registro de compañía abierta, la sociedad que obtenga ese registro debe ofrecer informaciones periódicas a la CVM, a la bolsa en la que sus valores mobiliarios fueron originariamente admitidos para negociación, a la bolsa en que fueron más negociados en el último ejercicio social y a las otras bolsas que así lo soliciten (Instrucción CVM n° 202/93).

Las principales informaciones periódicas, que deberán ser presentadas en los plazos y en la forma establecida en la reglamentación pertinente, consisten en:

- demostraciones financieras y, si fuera el caso, demostraciones consolidadas, elaboradas de acuerdo con la Ley de Sociedades por Acciones y la reglamentación de la CVM, acompañadas de informe de la administración y de parecer de un auditor independiente;
- formulario de Demostraciones Financieras Estandarizadas – DFP;
- edicto de convocación de la asamblea general ordinaria;
- formulario de Informaciones Anuales – IAN;
- resumen de las decisiones tomadas en la asamblea general ordinaria;
- acta de la asamblea general ordinaria;
- fax-símil de los certificados de los valores mobiliarios emitidos por la compañía, siempre que hubiera alteración en los mismos; y
- formulario de Informaciones Trimestrales – ITR, acompañado de Informe de Revisión Especial emitido por un auditor independiente.

Además de las informaciones mencionadas anteriormente, también deberán ser presentadas informaciones eventuales, en la forma y en los plazos establecidos en la reglamentación aplicable, que consisten, primordialmente, en:

- edicto de convocación de asamblea general extraordinaria;
- resumen de las decisiones tomadas en las asambleas generales extraordinarias;
- acta de la asamblea general extraordinaria;
- acuerdo de accionistas;
- convención de Grupo de Sociedades;
- comunicación sobre acto o hecho relevante;
- información sobre pedido de concordata, sus fundamentos, demostraciones financieras especialmente elaboradas para obtención del beneficio legal y, si fuera el caso, sobre la situación de los debenturistas en lo que se refiere al recibo de los montos invertidos;
- sentencia de concesión de la concordata;
- información sobre pedido o declaración de quiebra;
- sentencia declamatoria de quiebra; y
- otras informaciones solicitadas por la CVM.

En lo que se refiere al ítem (vi) anteriormente mencionado, la Instrucción CVM n° 358/02 define como relevante todo acto o hecho relacionado con los negocios de la compañía (incluyendo cualquier decisión de accionista controlador, deliberación de la asamblea general o de los órganos de la administración de la compañía) que pueda ejercer influencia sobre (a) la cotización de los valores mobiliarios de emisión de la compañía; o (b) la decisión de los inversionistas de negociar con los valores mobiliarios o de mantenerlos; o (c) la determinación de que los inversionistas ejerzan algún derecho inherente a la condición de titular de valores mobiliarios emitidos por la compañía.

Algunos ejemplos de acto o hecho potencialmente relevantes son indicados por la propia Instrucción CVM n° 358/02:

- firma de acuerdo o contrato de transferencia del control accionario de la compañía, aunque sea bajo condición suspensiva o resolutive;
- modificación del control de la compañía, inclusive a través de celebración, alteración o rescisión de acuerdo de accionistas;
- celebración, alteración o rescisión de acuerdo de accionistas en que la compañía sea parte o interviniente, o que haya sido registrado en el libro propio de la compañía;
- ingreso o salida de socio que mantenga, con la compañía, contrato o colaboración operacional, financiera, tecnológica o administrativa;
- autorización para negociación de los valores mobiliarios de emisión de la compañía en cualquier mercado, nacional o extranjero;
- decisión de promover la cancelación de registro de la compañía abierta;
- incorporación, fusión o escisión involucrando a la compañía o empresas vinculadas;
- transformación o disolución de la compañía;
- modificación de la composición del patrimonio de la compañía;
- modificación de criterios contables;
- renegociación de deudas;
- aprobación de plan de otorgamiento de opción de compra de acciones;
- alteración en los derechos y ventajas de los valores mobiliarios emitidos por la compañía;
- división o agrupación de acciones o atribución de bonificación;
- adquisición de acciones de la compañía para su permanencia en tesorería o cancelación, y alienación de acciones adquiridas de esa manera;
- declaración de lucro o perjuicio de la compañía y la atribución de rendimientos en dinero;
- celebración o extinción de contrato, o fracaso en su realización, cuando la expectativa de concretización sea del conocimiento público;
- aprobación, alteración o desistencia de proyecto o atraso de su implantación;
- inicio, retomada o paralización de la fabricación o comercialización de producto o de la prestación de servicio;
- descubrimiento, cambio o desarrollo de tecnología o de recursos de la compañía;
- modificación de proyecciones divulgadas por la compañía;
- pedido de concordata, solicitud o declaración de quiebra o proposición de acción judicial que pueda afectar la situación económico-financiera de la compañía.

Siempre que lo considere necesario, la CVM puede determinar que se haga la

divulgación, corrección, inserción o republicación de informaciones sobre un acto o hecho relevante referente a la compañía abierta.

De la misma forma, tanto la CVM como la bolsa de valores o la entidad del mercado de mostrador organizado en que los valores mobiliarios de emisión de la compañía sean admitidos para la negociación pueden solicitar que el director de relaciones con los inversionistas ofrezca aclaraciones adicionales a la comunicación y/o a la divulgación de acto o hecho relevante.

En algunos casos, excepcionalmente, las informaciones periódicas o eventuales, inclusive los actos o hechos relevantes, podrían dejar de ser divulgados si los accionistas controladores o los administradores de la compañía concluyeran que su revelación colocaría en riesgo el interés legítimo de la compañía, siempre y cuando la respectiva información no hubiera salido de control o que hubiera sido verificada una oscilación atípica de la cotización, precio o cantidad negociada de los valores mobiliarios de emisión de la compañía abierta o relacionados a ellos. En estos casos, la compañía debe presentar a la CVM las razones que la llevaron a considerar que la revelación colocaría en riesgo el interés legítimo de la compañía.

La CVM debe, también, estar siempre informada a respecto de los datos catastrales de la compañía y de cualquier modificación habida en los mismos.

Dichas informaciones, además de presentadas a la CVM, deben permanecer a disposición de los titulares de los valores mobiliarios, en el departamento de accionistas de la compañía, y son colocadas por la CVM a disposición del público, excepto las que son clasificadas como confidenciales por parte de la compañía.

Otro punto que merece especial atención consiste en el hecho de que las publicaciones de informaciones exigidas a las compañías abiertas deben ser realizadas siempre en periódico de gran circulación, editado en la localidad en que esté ubicada la bolsa de valores en la cual, en los dos últimos ejercicios sociales, se haya verificado la mayor cantidad de negocios con los valores mobiliarios de su emisión o en la localidad de la sede de la compañía. Para todas las publicaciones, la compañía debe utilizar siempre el mismo periódico de gran circulación.

6.5. Oferta Pública para Adquisición de Acciones (OPA)

Las compañías abiertas están también obligadas a realizar Oferta Pública para Adquisición de Acciones (OPA), en los términos de lo dispuesto por la Ley de Sociedades por Acciones y por las normas de la CVM, en los siguientes casos:

- OPA para cancelación del registro de compañía abierta, que es formulada

- por el accionista controlador o por la propia compañía, con el objetivo de adquirir todas las acciones de emisión de la compañía con miras a la cancelación del registro de compañía abierta (art. 4º, §4º, de la Ley de Sociedades por Acciones e Instrucción CVM n° 361/02);
- OPA por aumento de participación, que debe ser realizada a consecuencia del aumento de la participación del accionista controlador en el capital social, según el porcentaje que, de acuerdo con las normas de la CVM, impida la liquidez de mercado de las acciones remanecientes, teniendo el objetivo de adquirir todas las acciones de emisión de la compañía, que sean de la clase o especie afectadas (art. 4º, §6º, de la Ley de Sociedades por Acciones e Instrucción CVM n° 361/02);
 - OPA por alienación de control, la que constituye condición de eficacia de negocio jurídico de alienación, directa o indirecta, de control de compañía abierta, siendo formulada por el adquirente del control y teniendo como objetivo todas las acciones de emisión de la compañía con pleno y permanente derecho de voto (art. 254-A de la Ley de Sociedades por Acciones e Instrucción CVM n° 361/02).

La OPA, en regla, debe ser dirigida indistintamente a los titulares de acciones de la misma especie y clase de las que son objeto de la oferta, operacionalizándose por medio de instrumento publicado, en forma de edicto, por lo menos una vez, en los periódicos de gran circulación habitualmente utilizados por la compañía, todo de acuerdo con la reglamentación expedida por la CVM.

Cabe observar también que, ante la hipótesis de que, al final del procedimiento de OPA, permanecieran en circulación en el mercado menos del 5% (cinco por ciento) del total de las acciones emitidas por la compañía, la asamblea general puede deliberar el rescate de esas acciones, retirándolas definitivamente de circulación, por el mismo valor establecido en la OPA.

La OPA debe ser obligatoriamente realizada en subasta en la bolsa de valores o en el mercado de mostrador organizado en que las acciones objeto de la OPA sean admitidas para la negociación o en el caso de que no lo sean, en bolsa de valores o en mercado de mostrador organizado, según la libre elección del oferente.

6.6. Ofertas Públicas de Distribución Primarias y Secundarias

Las compañías abiertas están autorizadas a realizar ofertas públicas de distribución de valores mobiliarios en los mercados primario y secundario, siempre y cuando sean obedecidos los requisitos establecidos en la legislación vigente, especialmente en lo que se refiere a la Instrucción CVM n° 400/03.

La oferta es considerada primaria cuando la propia compañía emisora es la ofe-

rente de los valores mobiliarios a ser distribuidos públicamente, como forma de captar recursos entre los inversionistas, y secundaria cuando la oferta sea realizada por un o más accionistas de la emisora, como forma de alienar, total o parcialmente, su participación en el capital social o su crédito ante la compañía (de acuerdo con la especie de valores mobiliarios ofrecidos). Es común, también, la existencia de ofertas primarias y secundarias concomitantemente.

Todas las ofertas públicas de distribución en el territorio brasileño deben ser previamente sometidas a registro en la CVM, observando, para tanto, los requisitos previstos en la Instrucción CVM n° 400/03, entre los cuales merece especial atención la presentación de prospecto, que debe contener informaciones sobre la oferta, los valores mobiliarios ofrecidos y los derechos que les son inherentes, sobre la compañía emisora y su situación patrimonial, económica y financiera. El prospecto debe contener informaciones comunicadas de forma completa, precisa, verdadera, actual, clara, objetiva y necesaria, en lenguaje accesible, para que los inversionistas puedan formar criteriosamente su decisión de inversión.

La utilización de material publicitario en la oferta depende de la previa aprobación de la CVM, estando expresamente prohibida la presentación a los potenciales inversionistas, en cualquier hipótesis, de informaciones diferentes o incoherentes con las que constan en el prospecto.

Considerando las características específicas de la oferta, la CVM puede, en determinadas situaciones, dispensar el registro de la oferta o algunos de sus requisitos, inclusive publicaciones, plazos y procedimientos previstos en la reglamentación en vigor.

La legislación prevé, también, el archivamiento en la CVM – solamente para compañías abiertas que ya hayan efectuado previamente oferta pública de distribución – de Programas de Distribución de Valores Mobiliarios, como forma de facilitar el análisis y concesión del registro en caso de futuras ofertas públicas de distribución de los referidos valores mobiliarios. Para eso, es necesario que, en el momento del pedido de registro de una nueva oferta, sea presentado un suplemento del prospecto, así como versiones definitivas de los documentos presentados en la forma de borradores, en ocasión del archivamiento del Programa.

Es necesario, para la realización de la oferta, que el oferente contrate una institución intermediaria, que será responsable de la colocación pública de los valores mobiliarios. El oferente puede otorgar a la institución intermediaria la opción de distribución de forma que, en el caso de que la demanda por los valores mobiliarios a ser distribuidos al público sea superior que la esperada,

pueda ser aumentada su cantidad, a criterio de la institución intermediaria, en las mismas condiciones y precio de los valores mobiliarios inicialmente ofrecidos. El prospecto debe contener el límite para el ejercicio de esta opción, que no puede superar el 15% (quince por ciento) de la cantidad de valores mobiliarios inicialmente ofrecida.

Además, es posible que el monto de valores mobiliarios a ser distribuidos sea aumentado, a criterio del oferente y sin la necesidad de un nuevo pedido de registro o de modificación de los términos de la oferta, en hasta un 20% (veinte por ciento) de la cantidad inicialmente prevista.

Cabe resaltar que la CVM puede suspender (por un plazo máximo de 30 días) o cancelar, a cualquier momento, la oferta que esté siendo procesada en condiciones diferentes de las previstas en la legislación vigente o en el registro, o, también, la oferta que sea considerada ilegal, contraria a la reglamentación de la CVM o fraudulenta, incluso después de la obtención del registro.

6.7. Segmentos Diferenciados de Listados en la Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa)

La Bovespa define como “Niveles Diferenciados de Gobernanza Corporativa” un conjunto de reglas de conductas para las compañías, sus administradores y controladores, que son consideradas importantes para una buena valorización de las acciones y otros activos de emisión de la compañía.

Gobernanza corporativa consiste en un conjunto de principios y prácticas que buscan una minimización de los potenciales conflictos de interés entre los accionistas de la compañía y los responsables de su administración. Tres pilares básicos sustentan un eficiente mecanismo de gobernanza corporativa: (i) reglas de conducta de la compañía, que pueden ser establecidas por ley o por contrato (gobernanza corporativa propiamente dicha); (ii) nivel de transparencia de las informaciones relevantes dadas al mercado (*disclosure*); y (iii) medios empleados para que dichas reglas sean efectivamente cumplidas (*enforcement*).

Actualmente son 4 (cuatro) los segmentos especiales de listados en la Bovespa para la negociación de valores mobiliarios emitidos por compañías abiertas, de acuerdo con la adhesión de las compañías a los Niveles Diferenciados de Gobernanza Corporativa de la Bovespa, a saber: (i) Nivel 1 de Gobernanza Corporativa (Nivel 1); (ii) nivel 2 de Gobernanza Corporativa (nivel 2); (iii) Nuevo Mercado de la Bovespa (Nuevo Mercado); y (iv) Mercado de Acciones para Ingreso de S.A.s (Bovespa MÁS).

La adhesión voluntaria de una compañía a esas reglas, con la consecuente

adopción de prácticas de gobernanza corporativa adicionales a las exigidas por la legislación y aplicables a la generalidad de las compañías, hace que tal compañía pueda ser listada en el Nivel 1, en el Nivel 2 o en el Nuevo Mercado, dependiendo del grado de compromiso asumido ante la Bovespa, o, también, en caso de listado en mercado de mostrador organizado administrado por la Bovespa, en el Bovespa MÁS.

La adhesión a los Niveles Diferenciados de Gobernanza Corporativa de la Bovespa representa diversos beneficios a todos los involucrados. A los inversionistas les permite: (i) mayor exactitud en la determinación del precio de las acciones; (ii) mejoramiento del proceso de seguimiento y fiscalización de los negocios de la compañía; (iii) mayor seguridad en lo que atañe a sus derechos societarios; y (iv) reducción de los riesgos asociados a la inversión. A las compañías, por su parte, dicha adhesión les posibilita: (i) mejoramiento de la imagen institucional; (ii) aumento en la demanda por sus acciones; (iii) valorización de sus acciones; y (iv) menor costo de capital.

La compañía ingresa en cualquiera de los segmentos del listado de la Bovespa adhiriendo a un contrato que la obliga a cumplir un conjunto de reglas de gobernanza corporativa previstas para cada uno de esos segmentos, en sus respectivos reglamentos expedidos por la propia Bovespa (Reglamento de los Niveles Diferenciados de Gobernanza Corporativa, en el caso del Nivel 1 y del Nivel 2, Reglamento de Listado del Nuevo Mercado, en el caso del Nuevo Mercado, y Reglamento de Listado en el Bovespa MÁS, en el caso del Bovespa MÁS).

Para listado en el Nivel 1, las compañías deben comprometerse, principalmente, con el cumplimiento de un conjunto de reglas destinadas a mejorar la divulgación de informaciones al mercado y a la dispersión accionaria. Las principales prácticas previstas para el Nivel 1 son:

- permanencia en circulación de una parte mínima de acciones, representando el 25% del capital social;
- adopción de mecanismos que favorezcan la dispersión del capital en ocasión de la realización de ofertas públicas de distribución de acciones;
- observancia de requisitos adicionales en la elaboración de prospectos de distribución pública de valores mobiliarios;
- prohibición de la creación de partes beneficiarias;
- mejoría de las demostraciones financieras y de las informaciones trimestrales y anuales, entre las cuales se destacan la exigencia de consolidación de las demostraciones financieras, demostración de los flujos de caja y revisión especial de las informaciones trimestrales por auditores independientes;
- realización de reunión pública anual con analistas e interesados, para divulgar informaciones relacionadas con la situación económico-financiera de la

- compañía, proyectos y perspectivas;
- cumplimiento de reglas de *disclosure* en operaciones que involucren activos de emisión de la compañía detentados por accionistas controladores;
- divulgación de los términos de los contratos firmados entre la compañía y las partes relacionadas; y
- disponibilización de un calendario anual de eventos corporativos.

Para obtener la clasificación como Compañía Nivel 2, además de la adhesión a las reglas previstas para el Nivel 1, la compañía debe adherir a un conjunto mucho más amplio de prácticas de gobernanza corporativa, incluyendo la concesión de derechos adicionales a los accionistas minoritarios. Las principales prácticas previstas para el Nivel 2 son:

- mandato unificado de un máximo de dos años para todo el Consejo de Administración, formado por un mínimo de 5 (cinco) miembros, entre los cuales por lo menos el 20% (veinte por ciento) sean consejeros independientes;
- divulgación de demostraciones financieras de acuerdo con estándares internacionales IFRS o US GAAP;
- extensión, a todos los accionistas detentores de acciones ordinarias, de las mismas condiciones obtenidas por los controladores en ocasión de la venta del control de la compañía y de, como mínimo, el 80% de este valor a los titulares de acciones preferenciales;
- derecho de voto a las acciones preferenciales en algunas materias, tales como transformación, incorporación, cisión y fusión de la compañía y aprobación de contratos realizados entre la compañía y empresas del mismo grupo;
- obligatoriedad de realización de oferta pública de adquisición de todas las acciones en circulación, como mínimo, por el valor económico, en las hipótesis de cierre del capital o cancelación del registro de negociación en este Nivel; y
- adhesión a la Cámara de Arbitraje para resolución de conflictos societarios.

La entrada de una compañía al Nuevo Mercado, por su parte, depende de la adhesión de ésta al conjunto de reglas previsto para el Nivel 1 y para el Nivel 2, pero, además, la compañía asume la obligación de mantener su capital social compuesto exclusivamente por acciones ordinarias.

Finalmente, para el listado en el Bovespa MÁS – segmento del mercado de mostrador organizado creado con el objetivo de ampliar las alternativas para el ingreso de nuevas compañías abiertas en la Bovespa –, la compañía debe adherir a prácticas avanzadas de gobernanza corporativa, con reglas similares a las del Nuevo Mercado, que garantizan más transparencia y más derechos a los accionistas. El Bovespa MÁS tiene el objetivo de acoger a las empresas con

estrategia gradual de acceso al mercado de capitales, viabilizando su exposición a ese mercado y apoyando su evolución en términos de transparencia, de ampliación de la base de accionistas y de liquidez.

7. Estructura Regulatoria del Mercado de Capitales Local

7.1. Leyes Relevantes que Influencian el Mercado de Capitales Local

La principal ley que trata de los mercados de valores mobiliarios en Brasil es la Ley n° 6.385/76 (Ley de los Valores Mobiliarios). Además, la Ley n° 6.404/76 (Ley de las Sociedades Anónimas), modificada por la Ley n° 10.303/01, contiene dispositivos relevantes para la reglamentación del mercado de capitales.

La Ley de los Valores Mobiliarios crea la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM) y reglamenta el funcionamiento general del mercado de valores mobiliarios, la distribución pública de valores mobiliarios, el registro de valores mobiliarios en bolsas de valores, los requisitos de divulgación de informaciones - *disclosure*, las actividades de los corredores de bolsa e intermediarios, los tipos de valores mobiliarios negociados y los tipos de compañías que pueden ser negociadas en el mercado de capitales. Esta Ley también asigna poder reglamentario y de control a la CVM.

La Ley de los Valores Mobiliarios es reglamentada por medio de resoluciones, circulares, instrucciones, pareceres de orientación, deliberaciones y otras normas administrativas editadas por el Consejo Monetario Nacional (CMN), por el Banco Central de Brasil (Bacen), por la CVM, por las bolsas de valores y por las entidades del mercado de mostrador organizado (Mercado de Mostrador Organizado).

7.2. Autoridades Regulatoras y Supervisoras Locales

7.2.1. Consejo Monetario Nacional (CMN)

De acuerdo con la Ley de los Valores Mobiliarios, compete al CMN, en el ámbito del mercado de valores mobiliarios: (i) definir la política a ser observada en la organización y en el funcionamiento del mercado de valores mobiliarios; (ii) regular la utilización del crédito en este mercado; (iii) fijar la orientación general a ser observada por la CVM en el ejercicio de sus atribuciones; y (iv) definir las actividades de la CVM que deben ser ejercidas en coordinación con el Banco Central.

7.2.2. Comisión de Valores Mobiliarios (CVM)

La CVM es una autarquía responsable de la reglamentación de la Ley de los Valores Mobiliarios y otras normas del mercado de valores mobiliarios, así como

de su fiscalización. Ella es administrada por un presidente y cuatro miembros del directorio, que son nombrados por el Presidente de Brasil, ratificados por el Senado Federal por un plazo de cinco años, debiendo cada uno de ellos poseer reconocida experiencia en el mercado de valores mobiliarios.

La CVM también tiene competencia para reglamentar las actividades de los corredores de bolsa, intermediarios, instituciones financieras, bolsas de valores, Mercado de Mostrador Organizado, compañías de capital abierto, fondos de inversión y compañías, carteras de inversión y custodios, auditores independientes, consultores y analistas de mercados.

Esta Comisión puede imponer sanciones administrativas a personas y entidades que violen la Ley de los Valores Mobiliarios, la Ley de las Sociedades Anónimas u otras leyes y reglas cuya fiscalización sea de responsabilidad de la CVM. Las principales sanciones que pueden ser impuestas por la CVM son: (i) advertencias, (ii) multas, (iii) suspensión o anulación de la autorización o registro para el ejercicio de las actividades relacionadas al mercado de valores mobiliarios, (iv) inhabilitación temporaria, hasta el máximo de 20 años, para el ejercicio de determinadas actividades relacionadas al mercado de valores mobiliarios, y (v) suspensión del ejercicio de cargo de administrador o de consejero fiscal de compañía abierta o de entidad del sistema de distribución de valores mobiliarios. Las puniciones impuestas por la CVM no perjudican la responsabilidad civil y criminal del infractor.

La CVM ha sido miembro del Consejo de los Reguladores de Valores Mobiliarios de las Américas (COSRA), de la Organización de las Comisiones de Valores Mobiliarios (IOSCO) y del Mercosur, desde la celebración de estos acuerdos.

La CVM también celebró un protocolo de entendimiento relacionado con el uso compartido de informaciones y asistencia jurídica a los reguladores de valores mobiliarios en los siguientes países: Estados Unidos (*Securities Exchange Comision* y *Commodities Future Trading Corporation*), África del Sur, Alemania, Argentina, Australia, Bolivia, Canadá, Chile, China, Ecuador, España, Francia, Grecia, Hong Kong, Italia, Luxemburgo, Malasia, México, Paraguay, Perú, Portugal, Rumania, Singapur, Tailandia y Taiwán.

7.2.3. Banco Central

De acuerdo con la Ley n° 4.595/64, el Banco Central es responsable de la implementación de las políticas del CMN relacionadas con la política monetaria, control de cambio, reglamentación de las instituciones financieras, control de inversión extranjera (incluyendo inversiones en los mercados de valores mobi-

liarios) y cualquier otro asunto relacionado con el mercado de valores mobiliarios que sea de su competencia, se acuerdo con lo determinado por el CMN.

El Banco Central es administrado por un directorio integrado por nueve miembros, uno de los cuales es su presidente, todos nombrados por el Presidente de Brasil, por un plazo indeterminado, estando este nombramiento sometido a la aprobación del Senado Federal.

7.2.4. Auto-Reglamentación

Las entidades con poderes de auto reglamentación, típicamente bolsas de valores y Mercado de Mostrador Organizado, actúan como instituciones accesorias de la CVM, estando sometidas a su supervisión. Cabe a dichas entidades fiscalizar a sus miembros y garantizar el cumplimiento de las normas y reglamentos aplicables. Existen, también, entidades puramente auto reguladoras, que no están subordinadas a la CVM, como la Asociación Nacional de Bancos de Inversión (ANBID).

7.2.4.1. Bolsas de Valores

La principal bolsa de valores brasileña es la Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). En la Bovespa, son regularmente negociadas acciones, *commercial papers*, debentures, cuotas de fondos y derivados.

Están incluidas entre las funciones de las bolsas de valores organizar, mantener, registrar y supervisar operaciones con valores mobiliarios. Para desempeñar dichas funciones, las bolsas de valores pueden establecer reglas adicionales a las emitidas por la CVM.

Actualmente, pueden ser negociados en las bolsas de valores brasileñas (i) los valores mobiliarios debidamente registrados en la CVM, (ii) derechos, (iii) índices, (iv) derivados y (v) títulos públicos y otros títulos emitidos por entidades privadas, siempre y cuando sea obtenida autorización previa del Banco Central y de la CVM.

Recientemente, la Bovespa implementó un sistema *home-broker*, por medio del cual los inversionistas pueden entregar órdenes a sus corredores de bolsa a través de la *Internet*, por medio de la conexión con los sistemas electrónicos de la Bovespa.

El 11 de diciembre de 2000, la Bovespa lanzó un nuevo mercado para la negociación de acciones (Nuevo Mercado), para compañías que acepten estar vinculadas por reglas de gobernanza societaria y de divulgación de informaciones

(*disclosure*) más rigurosas que las establecidas por la legislación brasileña.

En el Nuevo Mercado, la compañía asume la obligación de (i) emitir únicamente acciones ordinarias, (ii) mantener en el mercado por lo menos el 25% de las acciones emitidas, (iii) extender a todos los accionistas los mismos términos y condiciones obtenidos por los accionistas controladores en el caso de venta del control, (iv) colocar a disposición el balance anual siguiendo las normas del US GAAP o IAS GAAP y (v) divulgar informaciones relativas a la negociación con partes relacionadas (*related party transactions*).

La custodia y liquidación de operaciones con valores mobiliarios son realizadas por una cámara de custodia controlada por las bolsas de valores y son hechas, como regla general, en el 2º y en el 3º días hábiles posteriores a la fecha de la realización de la operación (cierre financiero y físico, respectivamente).

Existe actualmente una cámara en Brasil: la Compañía Brasileña de Liquidación y Custodia (CBLC), sociedad privada con sede en São Paulo, que realiza la custodia y liquidación de las operaciones de la Bovespa y de la SOMA (entidad del Mercado de Mostrador Organizado).

7.2.4.2. Mercado de Mostrador Organizado³

El Mercado de Mostrador Organizado incluye sociedades o compañías comerciales específicamente constituidas con el propósito de negociar valores mobiliarios, en concordancia con las reglas de la CVM y sometidas a su aprobación previa.

Los siguientes valores mobiliarios pueden ser negociados en el Mercado de Mostrador Organizado: (i) valores mobiliarios registrados en la CVM para negociación en el Mercado de Mostrador Organizado; (ii) certificados de inversiones en trabajos audiovisuales; (iii) cuotas de fondos de inversión cerrada, los cuales están sujetos a distribución pública (tales como fondos mutuos de inversión en acciones, fondos mutuos de inversión inmobiliaria y otros); y (iv) otros valores mobiliarios expresamente autorizados por la CVM.

Actualmente, operan en el Mercado de Mostrador Organizado la Sociedad Operadora de Mercado de activos (SOMA) y la Central de Custodia y Liquidación Financiera de Títulos (CETIP).

³ El mercado de mostrador no organizado es definido por el artículo 3º de la Instrucción nº 202 de la CVM como siendo el que incluye todos los negocios conducidos fuera de las bolsas de valores con intermediación de miembros del mercado de valores mobiliarios. Acciones que son negociadas en la bolsa de valores no pueden ser negociadas en el mercado de mostrador, excepto en el caso de distribución pública. Las operaciones en el Mercado de Mostrador Organizado son usualmente realizadas por teléfono por los corredores/intermediarios en sus oficinas y no son coordinados por la CVM, aunque estén sujetas a su supervisión. El precio y el volumen de las operaciones efectuadas en el Mercado de Mostrador Organizado no son publicados regularmente.

Para la admisión de valores mobiliarios en la SOMA, debe ser nombrado un *market maker*, especializado en negociar dichos valores mobiliarios.

7.2.4.3. Asociación Nacional de los Bancos de Inversiones (ANBID)

El 22 de septiembre del 2005, la Asociación Nacional de los Bancos de Inversiones (ANBID) aprobó un nuevo código de auto reglamentación (Código ANBID), previendo determinados estándares para la divulgación de información, los cuales deben ser seguidos por los asociados de la ANBID, cuando participan en una oferta pública de valores mobiliarios como coordinadores y cuando elaboran prospectos. El Código ANBID establece estándares operacionales semejantes a los verificados en los países donde el mercado de capitales se encuentra en niveles más elevados de organización.

El objetivo del Código ANBID es establecer parámetros de *plena* divulgación, en los cuales deben estar basadas las actividades de las instituciones financieras en el mercado de capitales brasileño. Superando los requisitos mínimos previstos por la reglamentación de los valores mobiliarios y equiparándose a los modernos regímenes de auto reglamentación existentes en el mundo, el régimen de auto reglamentación previsto por el Código ANBID crea normas uniformes para la distribución pública de títulos de renta fija y variable, en los mercados primario y secundario. De acuerdo con sus disposiciones, las instituciones financieras que actúan como coordinadoras del sindicato de los distribuidores de títulos son responsables de la elaboración del prospecto. Dichas entidades deben realizar auditorías independientes para revelar todas las informaciones relevantes que afecten a la compañía emisora, los valores mobiliarios importantes y otros hechos que sean importantes para la decisión del inversionista en lo que concierne a las inversiones ofrecidas o solicitadas.

El Código ANBID también establece normas abarcadoras para el contenido mínimo del prospecto de oferta, que debe contener, como mínimo, (i) informaciones con relación a los factores de riesgo, (ii) descripción de los principales aspectos relacionados con el sector de actuación del emisor, (iii) descripción de los negocios del emisor y sus políticas de gobernanza corporativa, protección ambiental y responsabilidad social, (iv) análisis y discusión de las demostraciones financieras del emisor elaboradas por su administración, con base en los tres últimos ejercicios (MD&A), (v) informaciones sobre valores mobiliarios existentes y a ser emitidos por el emisor, (vi) litigios relevantes que afecten al emisor, y (vii) operaciones con partes relacionadas y con instituciones participantes en la distribución de títulos.

7.3. Definición de Valores Mobiliarios

En Brasil, el concepto de valores mobiliarios es formal y definido por ley. De acuerdo con la Ley de los Valores Mobiliarios y las normas relacionadas, son valores mobiliarios: (i) acciones, debentures, bonos de suscripción, cupones de los referidos valores mobiliarios y garantías; (ii) índices del mercado; (iii) *commercial papers*; (iv) derechos de suscripción de valores mobiliarios; (v) recibos de suscripción de valores mobiliarios; (vi) opciones de valores mobiliarios; (vii) certificados de depósitos de acciones; (viii) títulos de inversiones en producción, distribución, exhibición e infraestructura técnica de filmes audiovisuales brasileños; (ix) certificados a término de energía eléctrica; (x) títulos o contratos de inversión colectiva, ofrecidos al público, que generen derechos de participación, de asociación o remuneración, incluyendo derechos resultantes de la prestación de servicios, cuyos rendimientos sean oriundos de actividades empresariales o de terceros; (xi) certificados de *recibibles* inmobiliarios; (xii) los contratos futuros, de opciones y otros derivados, cuyos activos subyacentes sean valores mobiliarios; y (xiii) cualquier otro título o contrato de inversión colectiva, cuando sean ofrecidos públicamente, que generen derecho de participación, de asociación o de remuneración, inclusive resultante de prestación de servicios, cuyos rendimientos se originen en el esfuerzo del empresario o de terceros.

Los títulos de las deudas públicas federales, estatales y municipales y los títulos cambiarios de responsabilidad de instituciones financieras, excepto los debentures, están expresamente excluidos de la definición de Valores Mobiliarios y, por consecuencia, están sometidos a la supervisión del Banco Central.

7.4. Oferta de Distribución de Valores Mobiliarios en Brasil

7.4.1. Concepto de Oferta Pública y Privada de Distribución de Valores Mobiliarios

La oferta pública de distribución de valores mobiliarios en Brasil está sujeta a las restricciones impuestas por la Ley de Valores Mobiliarios y precisa ser previamente registrada en la CVM.

La Ley de los Valores Mobiliarios define oferta pública como la que es realizada por medio de (i) utilización de listas o boletines de venta o suscripción, folletos, prospectos o anuncios destinados al público, por cualquier medio o forma; (ii) procura, en el todo o en parte, de subscriptores o adquirentes para los títulos por medio de empleados, representantes, agentes o cualquier persona, integrante o no del sistema de distribución de valores mobiliarios; (iii) negociación hecha en local, escritorio o establecimiento abierto al público; y (iv) utilización de publicidad, oral o escrita, cartas, anuncios, avisos, especialmente a través de medios de comunicación de masas o electrónicos.

El registro tiene el objetivo de garantizar la divulgación adecuada y precisa de informaciones sobre el emisor y los valores mobiliarios que él pretende vender. El registro, sin embargo, no juzga el riesgo de la emisión, no impidiendo la venta de valores mobiliarios realizada por compañía mal administrada o que no produce lucro.

La Instrucción CVM n° 400/03, que dispone sobre las ofertas públicas de distribución de valores mobiliarios, innova al permitir que la compañía abierta que ya haya efectuado oferta pública pueda someter, para archivamiento en la CVM, un programa de distribución de valores mobiliarios, con el objetivo de, en el futuro, efectuar las ofertas públicas mencionadas en el mismo. El programa de distribución tiene un plazo máximo de dos años. Las ofertas realizadas con base en los programas registrados tienen un procedimiento simplificado de registro.

Otra innovación aportada por el referido diploma es la dispensa de registro de la oferta, o de algunos de sus requisitos (inclusive publicaciones, plazos y procedimientos). Para tanto, la CVM toma en cuenta: (i) la categoría de la compañía abierta; (ii) el valor unitario de los valores mobiliarios o de la oferta; (iii) el plan de distribución de los valores mobiliarios; (iv) las reglas vigentes en otros países en que la oferta deba ocurrir; (v) las características en caso de oferta de permuta; y (vi) los destinatarios de la oferta.

Por otro lado, la emisión y distribución de valores mobiliarios representativos de deuda en el exterior por sociedades brasileñas, no están sujetos a registro en la CVM.

7.4.2. Proceso para el Registro

La distribución pública de valores mobiliarios en Brasil requiere el registro de la compañía emisora como compañía de capital abierto. Además del registro en la CVM antes de la distribución pública, la compañía también precisa ser aceptada en bolsa de valores o mercado de mostrador, organizado o no, en la cual los valores mobiliarios serán registrados.

7.4.3. Registro del Emisor como Compañía de Capital Abierto

Los documentos exigidos para el registro de la compañía ante la CVM incluyen estatuto social, acta de designación del director responsable de las relaciones con los inversionistas y demostraciones financieras auditadas de los últimos tres ejercicios sociales.

El registro de una compañía en la CVM lleva generalmente entre 30 y 120 días para ser concedido.

7.4.4. Requisitos para la Distribución Pública de Valores Mobiliarios

La oferta pública de distribución de valores mobiliarios, tanto en el mercado primario, como en el secundario, debe ser previamente autorizada por la CVM. Con este objetivo, la institución financiera que conduce la operación (institución líder) debe protocolar en la CVM la documentación exigida en las normas aplicables que incluyen: (i) copia del acta de la asamblea general o de la reunión del consejo que apruebe la emisión de los valores mobiliarios; (ii) copia del contrato de distribución de las acciones y/o garantía de suscripción; (iii) copia del contrato celebrado entre los coordinadores de la oferta, para distribución de los valores mobiliarios; (iv) contrato de garantía de liquidez, si lo hubiera (operaciones de garantía de liquidez no son permitidas sin esos contratos); (v) copias del prospecto; (vi) anuncios de inicio y de final de distribución; y (vii) declaración del emisor e institución líder certificando la veracidad de las informaciones contenidas en el prospecto.

La concesión del registro de la oferta pública es hecha en 20 días hábiles, pudiendo ser interrumpida una única vez en el caso de que la CVM solicitara informaciones adicionales relativas al pedido de registro de la oferta. El plazo para cumplir las exigencias es de hasta 40 días hábiles, pudiendo ser prorrogado por otros 20 días hábiles, mediante pedido fundamentado por los interesados. Después del cumplimiento de todas las exigencias, la CVM tiene 10 días para manifestarse sobre el registro.

7.4.5. Emisión de *Depositary Receipts*: Acceso al Mercado de Capitales Extranjero

Las compañías brasileñas que deseen tener acceso a los mercados de capital extranjeros para obtener recursos mediante la emisión de acciones, deben establecer un programa de *depositary receipts* (DRs), que son títulos que evidencian acciones u otros valores mobiliarios relacionados con las acciones emitidas por una compañía brasileña de capital abierto.

La implementación de este programa exige el nombramiento de un depositario – la institución extranjera que va a emitir los DRs en el exterior con base en las acciones custodiadas en su nombre en Brasil – y de una institución custodianta en Brasil, que debe custodiar las acciones que sirven como lastre para los DRs.

El programa de DR puede ser auspiciado o no por una compañía brasileña de capital abierto. La constitución y funcionamiento de un programa de DR requiere previa aprobación de la CVM y del Banco Central. El registro ante la

CVM tiene por objetivo asegurar el mismo nivel de divulgación de informaciones entre los detentores de los DRs y los detentores de las acciones que les sirven como lastre. El registro ante el Banco Central es necesario para garantizar la transferencia de recursos desde y hacia Brasil.

Después del registro del programa en la CVM y en el Banco Central, las acciones detentadas por los brasileños o extranjeros pueden ser, en cualquier momento, depositadas bajo custodia para la emisión de los correspondientes DRs en el exterior. Para alienar la inversión, inversionistas extranjeros pueden vender DRs en el exterior o solicitar al depositario la cancelación de los DRs para la venta de las acciones en Brasil.

7.4.6. Acceso al Mercado Brasileño por Compañías Extranjeras a través de Programas de BDR

Compañías extranjeras pueden negociar sus valores mobiliarios en el mercado de acciones brasileño por medio de la emisión de títulos de depósito de valores mobiliarios emitidos por instituciones brasileñas, representando valores mobiliarios emitidos por compañías extranjeras de capital abierto (BDRs). El establecimiento de Programas de BDRs debe ser previamente aprobado por la CVM y registrado en el Banco Central.

BDRs pueden ser emitidos tanto en un programa auspiciado, que tiene tres niveles diferentes, o en un programa no auspiciado. En ambos casos, los emisores de los valores mobiliarios que les sirven como lastre deben estar sujetos, en sus países de origen, a la supervisión de agencias con funciones similares a las de la CVM y que hayan celebrado un acuerdo de cooperación con la CVM.

7.5. Oferta para Compra de Acciones de Compañías Brasileñas

7.5.1. Oferta Pública para Adquisición de Control

De acuerdo con la Ley de las Sociedades Anónimas, la adquisición de control de una compañía de capital abierto brasileña a través de una opción para compra de acciones puede ser efectuada en dinero o por medio de la permuta de acciones.

La oferta debe ser hecha para un número de acciones con derecho a voto suficiente para asegurar el control de la compañía y debe ser intermediado y garantizado por una institución financiera.

El edicto de oferta para compra de acciones debe divulgar, entre otras informaciones, la identidad del adquirente, el número de acciones que él se propone

adquirir, el precio y otras condiciones de pago, el procedimiento para la oferta de compra de acciones, y otros términos y condiciones de la oferta de compra.

La posibilidad de emisión de hasta 2/3 de acciones sin derecho de voto facilita la existencia de controladores con más del 50% del capital votante, lo que inviabiliza las ofertas públicas para adquisición de control. De esta forma, la casi totalidad de las cesiones de control de compañías abiertas ha sido hecha por medio de operaciones privadas.

7.5.2. Oferta de Compra de Acciones para Cierre de Capital de Compañía Brasileña

El accionista controlador o la propia compañía abierta pueden, en cualquier momento, hacer una oferta de compra de acciones para adquisición de todas las acciones con y sin derecho a voto detentadas por los demás accionistas, con la finalidad de cerrar el capital de la compañía.

Mediante la oferta de compra de acciones para el cierre del capital, los accionistas son llamados a vender sus acciones al accionista controlador o a la compañía y expresar su opinión favorable o contraria al cierre.

El cierre de capital está sujeto a la aceptación de la oferta o concordancia con la cancelación del registro por accionistas titulares de más de 2/3 de las acciones en circulación, considerándose acciones en circulación, para ese efecto, solamente las acciones cuyos titulares concuerden expresamente con la cancelación del registro o se habiliten para la subasta de oferta.

En el caso de que los requisitos del cierre de capital no sean cumplidos, el accionista controlador puede adquirir, como máximo, acciones representativas de 1/3 de las acciones en circulación y no puede realizar una nueva oferta pública dentro del plazo de un año a partir del cierre de la oferta anterior.

7.5.3. Oferta Voluntaria para Compra de Acciones

La adquisición de acciones de una compañía abierta por su accionista controlador, sin la realización de oferta pública, está limitada a la adquisición del 10% de cada clase o tipo de acciones.

La oferta para compra de acciones debe ser previamente aprobada por la CVM y debe ser condicionada a la aceptación de un número máximo o mínimo de acciones. El edicto debe contener, entre otras, las siguientes informaciones con relación a la oferta para compra de acciones: (i) términos y condiciones de la oferta; (ii) la especie de condición de negocio de transferencia del control accio-

nario de la compañía, si fuera ese el caso; (iii) razones y objetivos de la oferta; y (iv) intención de la oferente de cerrar el capital de la compañía.

Además, si el controlador hiciera una nueva oferta de compra dentro de dos años a un precio más alto que el precio pagado a quienes aceptaron la primera oferta, quienes aceptaron la primera oferta deben ser reembolsados por la diferencia del precio.

Finalmente, si en el plazo de un año de la oferta, algún evento que lleve al ejercicio del derecho de retirada ocurriera, los accionistas que vendieron sus acciones en la oferta para compra de acciones, pero que tendrían el derecho de retirada si no hubieran vendido sus acciones, tendrán el derecho de recibir cualquier diferencia positiva entre el valor del reembolso y el precio recibido en el momento de la aceptación de la oferta.

En el caso de que la oferta para la adquisición de acciones tuviera el objetivo de adquirir más de 1/3 de las acciones en circulación en el mercado o tuviera como resultado la adquisición de más de 1/3 de esas acciones, las reglas establecidas para ofertas para cierre de capital deben ser seguidas.

7.6. Reglas de Protección al Inversionista

7.6.1. Divulgación Realizada por Compañías de Capital Abierto

Las compañías de capital abierto deben elaborar demostraciones financieras cada trimestre (Informaciones Trimestrales – ITRs) y demostraciones financieras anuales (Demostraciones Financieras Estandarizadas – DFP e Informaciones Anuales – IAN). Las ITRs están sometidas a la revisión limitada de los auditores independientes y las DFPs deben ser objeto de revisión completa.

La compañía debe, también, publicar anuncios de hechos relevantes siempre que actos o hechos puedan tener impacto relevante en la negociación de sus valores mobiliarios.

7.6.2. Divulgación Realizada por Accionistas de Compañías de Capital Abierto

Accionistas controladores y administradores de compañía de capital abierto deben notificar a la CVM y a la bolsa de valores o mercado de mostrador organizado donde los valores mobiliarios de tal compañía pueden ser comercializados en el caso de que haya un aumento del 5%, en su propiedad, de cualquier tipo o clase de acciones de la compañía. Las informaciones que deben ser suministradas incluyen el número acciones compradas, el precio por el cual las acciones

fueron adquiridas, las razones y los objetivos relacionados con la negociación y una declaración del comprador sobre la existencia de cualquier contrato relacionado con el ejercicio del derecho a voto o a la transferencia de valores mobiliarios emitidos por la compañía.

Accionistas no controladores deben informar a la CVM y publicar aviso a los demás participantes del mercado, cada vez que su participación directa o indirecta en el capital votante de la compañía aumente un 10%. Dicha información debe contener, por lo menos, la identidad del adquirente, el objetivo de la(s) adquisición(es), el número de acciones adquiridas, el total de la participación en el capital votante de la compañía, la eventual posesión, por el adquirente, de debentures convertibles en acciones con derecho a voto y la existencia de cualquier acuerdo relacionado con el ejercicio del derecho al voto o a la transferencia de valores mobiliarios emitidos por la compañía. Después de llegar al 10%, cualquier aumento del 5% del capital votante debe ser informado y divulgado de la misma forma.

7.6.3. Manipulación del Mercado y otras Prácticas Fraudulentas en el Mercado de Valores Mobiliarios

Las reglas de la CVM también se relacionan con la (i) manipulación de precio; (ii) creación de condiciones artificiales de demanda, oferta o precio; (iii) adopción de prácticas no equitativas; y (iv) operaciones fraudulentas.

Manipulación de precio en el mercado de valores mobiliarios es la utilización de cualquier proceso o artificio para, directa o indirectamente, elevar, mantener o reducir el precio de los valores mobiliarios, induciendo a terceros a su compra o venta.

Condiciones artificiales de demanda, oferta o precio de valores mobiliarios son las creadas como resultado de negociaciones por las cuales sus participantes o intermediarios, por acción u omisión dolosa, provocaran, directa o indirectamente, alteraciones en el flujo de órdenes de compra o venta de valores mobiliarios.

Operación fraudulenta en el mercado de valores mobiliarios es la operación en que se utiliza ardid o artificio destinado a inducir o mantener a un tercero en error, con la finalidad de obtener alguna ventaja ilícita de naturaleza patrimonial para las partes en la operación, para el intermediario o para terceros.

Práctica no equitativa en el mercado de valores mobiliarios es la práctica que implique un tratamiento, para cualquier de las partes en negociaciones con valores mobiliarios, que la coloque en una posición indebida de desequilibrio o

desigualdad con relación a los demás participantes de la operación.

La violación de tales reglas es considerada infracción grave por la reglamentación de la CVM, sujetando a los participantes a penalidades administrativas. Además, el daño causado al inversionista perjudicado como resultado de una conducta prohibida genera el derecho a indemnización por pérdidas y daños.

Pocos casos relacionados con esas prácticas fueron llevados a los Tribunales y, por eso, no es posible definir una tendencia para la interpretación judicial de los casos de manipulación.

7.6.4. Utilización de Informaciones Privilegiadas

Insiders son definidos como accionistas controladores y administradores (directores y representantes) de la compañía. De acuerdo con la reglamentación de la CVM, *insiders* no pueden utilizar informaciones relacionadas con un hecho relevante o un hecho al que ellos tengan acceso privilegiado, para la obtención de cualquier ventaja indebida, para sí o para otro, a través de la negociación de valores mobiliarios.

A pesar de no ser definidas como *insiders*, las siguientes personas están sometidas a las mismas restricciones: corredores de bolsa, intermediarios y otros miembros del sistema de distribución y cualquier persona que, en virtud de su posición o función o por cualquier otro motivo, tenga conocimiento de informaciones relevantes antes de su divulgación al mercado. Relaciones familiares son tomadas en cuenta para la determinación del status de *insider*.

Insider Trading también es considerada infracción grave. La divulgación de informaciones privilegiadas es considerada infracción grave por la reglamentación de la CVM, sujetando a los autores a penalidades. El inversionista lesionado en la compra y venta de valores mobiliarios, por la utilización de informaciones privilegiadas, tiene derecho a indemnización por pérdidas y daños.

7.7. Ley del Blanqueo de Dinero

La Ley n° 9.613/98 dispone sobre ofensas criminales con relación al blanqueo de dinero u ocultación de bienes, derechos y valores (Ley del Blanqueo de Dinero). Esta Ley presenta diversas obligaciones para personas jurídicas participantes en el mercado de valores mobiliarios, incluyendo bolsas de valores y mercaderías, mercado de mostrador organizado, bancos, corredoras, intermediarios, compañías de administración de recursos, agencias y representantes de instituciones financieras extranjeras.

Las obligaciones impuestas a dichas entidades por la Ley del Blanqueo de dinero

incluyen: (i) identificar a sus clientes y mantener registro actualizado en los términos de las instrucciones emanadas de las autoridades competentes; (ii) mantener, durante un período de cinco años, registro de todas las operaciones que superen el límite fijado por la autoridad competente; (iii) cumplir, en la forma definida por el órgano judicial competente, las exigencias formuladas por el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), y (iv) desarrollar e implementar sistemas de control interno para monitorear y detectar operaciones que puedan constituir blanqueo de dinero, tales como operaciones involucrando cuantías no coherentes con la situación financiera de las partes, negociaciones que repetidamente causen pérdidas o lucros para una de las partes y negociaciones involucrando cuantías substancialmente por encima de las condiciones de mercado.

7.8. Sanciones Civiles

7.8.1. Venta de Valores Mobiliarios en Violación de los Requisitos del Registro y/o del Prospecto

Cuando un inversionista adquiere un valor mobiliario que fue alienado violando los requisitos legales del registro o del prospecto, pueden ser impuestas las siguientes penalidades: (i) acción de indemnización por pérdidas y daños, basada en la ley n° 7.913/89, pudiendo ser propuesta por el Ministerio Público *ex officio* o por solicitud de la CVM, y (ii) acción de pérdidas y daños con base en el artículo 186 del Código Civil, que puede ser propuesta por la persona perjudicada por cualquier acción u omisión de persona física o jurídica.

Los inversionistas pueden, también, recuperar sus perjuicios de cualquier persona que haya realizado operaciones fraudulentas o involucrando condiciones artificiales de demanda, oferta o precio, manipulación de precio o realización de prácticas no equitativas.

Acciones contra los administradores de compañía abierta pueden ser propuestas en razón de informaciones engañosas o de omisiones contra la administración de la emisora (consejeros y directores), con base en los artículos 155 y 157 de la Ley de las Sociedades Anónimas. Cualquier accionista puede iniciar esa acción en el caso de que la administración de la compañía no la proponga en menos de tres meses a partir de la decisión de la asamblea de accionistas de proponer la acción. Accionistas representando el 5% o más de las acciones de la compañía pueden proponer acciones judiciales contra la administración de la compañía, independientemente de la posición de la asamblea de accionistas.

Cualquier inversionista puede, también, procesar emisores, *underwriters* e in-

termediarios, en el caso de que la respectiva participación en el acto ilícito pueda ser probada por el inversionista.

7.8.2. Insider Trading

Cuando un inversionista sufra algún perjuicio como resultado de operaciones realizadas por *insiders*, la acción judicial puede ser propuesta con base en la Instrucción CVM n° 8 y en los artículos 147, 182 y 186 del Código Civil.

7.8.3. Actividades de Corretaje Fraudulento y Utilización de Cuentas de Corretaje

7.8.3.1. Comisión Excesiva o Lucro Injusto sobre la Comisión

Cuando un inversionista es perjudicado por prácticas fraudulentas de corretaje en la compra o en la venta de los valores mobiliarios, como, por ejemplo, cuando esas prácticas provoquen lucros o comisiones excesivos o indebidos, las medidas pertinentes incluyen la proposición de acción judicial, con base en el art. 186 del Código Civil y en los artículos 18 y siguientes del Código de Defensa del Consumidor.

7.8.3.2. Operando en Caso de Insolvencia o de Mala Condición Financiera y Otros Perjuicios Causados por Intermediarios

Si un inversionista sufriera algún perjuicio como resultado del hecho de que su corredor opera en estado de insolvencia o en mala condición financiera, acciones ordinarias pueden ser propuestas contra él, con base en el artículo 186 del Código Civil.

7.8.4. Acciones Colectivas

Acciones colectivas en Brasil están restringidas a cuestiones de derecho ambiental y otras situaciones específicas, no incluyendo los valores mobiliarios. Mientras tanto, el Ministerio Público puede proponer acciones por y en beneficio de los inversionistas, con base en la Ley n° 7.913/89.

7.8.5. Renuncia a Derechos

Inversionistas que adquieran valores mobiliarios pueden, a principio, renunciar a derechos relacionados con la Ley de Valores Mobiliarios y sus reglamentos. Sin embargo, esas renunciaciones pueden dejar de ser consideradas por un juez, en el caso de que no sean comunicadas al inversionista o en el caso de que las renunciaciones contradigan principios fundamentales de protección al inversionista.

Dispositivos de defensa del consumidor son considerados como una cuestión de orden público y, consecuentemente, no pueden ser renunciados. Por la misma razón, acuerdos privados no impiden la acción de la CVM o de las Bolsas de Valores.

7.8.6. Aspectos Procedimentales

7.8.6.1. Jurisdicción

Los tribunales estatales tienen jurisdicción sobre las materias civiles que dan fundamento a las demandas ya discutidas. Esta distribución de competencia consta en el Código de Proceso Civil.

7.8.6.2. Competencia

Excepto si fuera acordado de otra forma entre las partes, el foro del domicilio del reo es el competente para juzgar y analizar los casos propuestos, con base en la Ley de Valores Mobiliarios.

7.8.6.3. Prescripción

De acuerdo con el artículo 205 del Código Civil, el plazo de prescripción es de 10 años. Hay una serie de excepciones a las reglas anteriormente mencionadas.

8. Sistema Fiscal

8.1. Aspectos Generales

La Constitución Federal vigente, promulgada el 05.10.1988 (CF/88), atribuye a la Unión Federal, a los Estados y a los Municipios competencia para la cobranza de tributos. Los tributos se subdividen en impuestos, tasas, contribuciones de mejoría, otras contribuciones y préstamos compulsorios.

Los impuestos pueden ser instituidos por las tres esferas de gobierno, de acuerdo con la competencia específica atribuida a ellos por el CF/88.

Las tasas, de la competencia común de los entes políticos, son cobradas en razón del ejercicio del poder de fiscalización o por la utilización, efectiva o potencial, de servicios públicos específicos y divisibles, prestados o colocados a disposición del contribuyente.

La cobranza de la contribución de mejoría, todavía poco utilizada, deriva del beneficio económico aportado por obras públicas al patrimonio inmobiliario del contribuyente.

Compete exclusivamente a la Unión Federal la cobranza de las siguientes contribuciones: (a) sociales, (b) de intervención en el dominio económico, (c) de interés de las categorías profesionales o económicas, y (d) para financiamiento de la seguridad social.

Solamente la Unión Federal puede instituir préstamos compulsorios en caso de inversión pública urgente y de relevante interés nacional, o para responder a gastos extraordinarios, derivados de calamidades públicas o de guerra externa.

En la institución y cobranza de los tributos, salvo disposición expresa en contrario en la propia CF/88, deben ser observadas determinadas limitaciones constitucionales, entre las cuales se destacan:

- principio de la legalidad (los tributos solamente pueden ser instituidos o aumentados por ley);
- principio de la isonomía (los contribuyentes en situación equivalente deben tener tratamiento tributario idéntico);
- principio de la no retroactividad (no se puede cobrar tributos con relación a hechos generadores ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que los instituyó o aumentó);
- principio de la anterioridad (no se puede cobrar impuesto en el mismo ejer-

cicio financiero en que sea publicada la ley que lo instituyó o aumentó, tampoco antes de transcurridos 90 días a partir de la fecha de la publicación de la referida ley; las contribuciones pueden ser exigidas en el mismo ejercicio, pero deben respetar el plazo de 90 días);

- principio del no confiscación (el tributo no puede tener carácter confiscatorio).

8.2. Impuestos Federales

Compete a la Unión Federal instituir impuestos sobre importación (II), exportación (IE), renta y rendimientos de cualquier naturaleza (IR), productos industrializados (IPI), operaciones de crédito, cambio y seguro o relativas a títulos y valores mobiliarios (IOF), propiedad territorial rural (ITR) y grandes fortunas (IGF).

8.2.1. Impuesto a la Renta

El Impuesto a la Renta (IR) es cobrado sobre la renta y aumentos patrimoniales obtenidos por personas físicas de fuentes nacionales y extranjeras (alícuota del 15% al 27,5%, dependiendo del nivel de ingresos) y sobre el lucro de capital obtenido por las personas jurídicas (alícuota del 15%).

El IR incide sobre los lucros, rendimientos o lucros de capital obtenidos en Brasil o en el exterior por las personas jurídicas. La base de cálculo del IR cobrado sobre el resultado operacional de las personas jurídicas es, por lo general, el lucro real (las otras bases serían el lucro presunto y el arbitrado), que corresponde al lucro neto (calculado en balances trimestrales o anuales) ajustado por las adiciones y exclusiones definidas en la legislación fiscal pertinente.

Las personas jurídicas tributadas con base en el lucro real pueden optar por el pago mensual del impuesto por estimación, observadas determinadas condiciones.

La alícuota del IR sobre el lucro real, presunto o arbitrado es del 15%, independientemente del tipo de actividad de la persona jurídica. Hay incidencia de un adicional del impuesto, alícuota del 10%, sobre la parte del lucro real, presunto o arbitrado que exceda los R\$20.000,00 al mes.

Los lucros o dividendos calculados con base en los resultados calculados a partir del 01.01.1996, pagados o acreditados por las personas jurídicas tributadas con base en el lucro real, presunto o arbitrado, no están sujetos a la incidencia del IR en la fuente ni integran la base de cálculo del IR del beneficiario, persona física

o jurídica, domiciliado en Brasil o en el exterior.

El IR también incide en la fuente (IRF) sobre rendimientos pagados, acreditados, remitidos o entregados a residentes o domiciliados en el exterior, a una alícuota del 15% o el 25%, en función del país de residencia del beneficiario y de la naturaleza del rendimiento (a partir del 01.01.2001, en las remesas de *royalties* o remuneración de contratos que involucren transferencia de tecnología, incide también Contribución de Intervención en el Dominio Económico, alícuota del 10%, caso en que la alícuota del IRF es del 15%). Obsérvese que, entre esos rendimientos, no se incluyen los lucros o dividendos, que están exentos del IR en la fuente.

A partir del 01.01.1997, se introdujo un mecanismo fiscal para controlar los precios practicados por las personas (físicas o jurídicas) situadas en Brasil con personas domiciliadas en el exterior, en las operaciones de importación, exportación y en el pago de intereses al exterior. Dichas reglas afectan a las operaciones que se incluyan en una de las siguientes situaciones: (i) persona jurídica domiciliada en Brasil que realice operaciones con personas vinculadas situadas en cualquier país extranjero; (ii) persona jurídica o física domiciliada en Brasil que realice operaciones con cualquier persona (vinculada o no) situada en país cuya tributación sobre la renta sea de menos del 20% o inexistente, o, también, cuya legislación interna exija sigilo en lo que atañe a la composición societaria de personas jurídicas o a su titularidad.

8.2.2. Impuesto sobre Productos Industrializados

El Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI) incide sobre la salida de productos industrializados, así como en la importación. Es no acumulativo, permitiendo que el valor del impuesto debido sea compensado con los créditos relativos al impuesto cobrado en la compra de materias primas, productos intermedios y materiales de embalaje. El crédito relativo a bienes destinados al activo permanente no es admitido. Las alícuotas, que inciden sobre el valor de la operación de la cual derive la salida de la mercadería, varían de acuerdo con la esencialidad del producto (en promedio, un 10%). Este impuesto no incide sobre las operaciones de exportación.

8.2.3. Impuesto sobre Operaciones Financieras

El Impuesto sobre Operaciones Financieras (IOF) tiene como hecho generador la realización de operaciones de crédito, cambio y seguros, o relativas a títulos y valores mobiliarios, cuya alícuota varía en función de las operaciones realizadas.

8.2.4. Impuesto sobre Grandes Fortunas

El Impuesto sobre Grandes Fortunas (IGF) todavía no fue instituido.

8.3. Impuestos de los Estados y del Distrito Federal

A los Estados y al Distrito Federal es atribuida competencia para institución y cobranza de los siguientes impuestos:

- transmisión *causa mortis* y donación, de cualquier bien o derecho (ITD);
- sobre operaciones relativas a la circulación de mercaderías y servicios de transporte interestadual e intermunicipal y de comunicación (ICMS); y
- propiedad de vehículos automotores (IPVA).

El Impuesto sobre Circulación de Mercaderías y Servicios (ICMS), principal impuesto estadual, incide sobre operaciones relativas a la circulación de mercaderías (gravando toda su fase de industrialización y comercialización, inclusive importación) y sobre la prestación de servicios de transporte interestadual e intermunicipal y de comunicación. Es no acumulativo, permitiendo que el valor del impuesto debido sea compensado con los créditos relativos al impuesto cobrado en la compra de materias primas, productos intermediarios y materiales de embalaje. El crédito relativo a bienes destinados al activo permanente es admitido con restricciones. Sus alícuotas internas normalmente varían entre el 7% y el 25%, siendo la alícuota genérica del 18% (RJ, SP, MG y RS) o del 17% (demás Estados y DF). En las operaciones interestaduais, son aplicadas alícuotas del 7% o del 12%, dependiendo de la destinación. Ese impuesto no incide en las operaciones de exportación.

8.4. Impuestos Municipales

Los Municipios y el Distrito Federal son competentes para la institución de los siguientes impuestos:

- propiedad predial y territorial urbana (IPTU);
- transmisión *inter vivos* de bienes inmuebles (ITBI); y
- servicios de cualquier naturaleza (ISS).

El Impuesto sobre Servicios (ISS) es cobrado sobre la prestación de determinados servicios definidos en ley complementaria federal. Usualmente, la alícuota aplicable es del 5%.

8.5. Contribuciones Sociales

La Unión puede instituir las siguientes contribuciones sociales para financiamiento de la seguridad social.

- Contribución Social sobre el Lucro de las Personas Jurídicas (CSL): es debida sobre el resultado, antes de la provisión para el IR, calculado al final de cada período de cálculo de acuerdo con la legislación comercial y ajustado por adiciones y exclusiones previstas en ley. La alícuota es del 9%.
- Contribución para el financiamiento de la Previsión Social (COFINS): incide, mensualmente, sobre el ingreso nominal, alícuotas del 3% o el 7,6%, la primera acumulativa y la segunda no acumulativa, de acuerdo con criterios establecidos en ley. Esta contribución no incide en las operaciones de exportación.
- Contribución para el Programa de Integración Social (PIS): incide sobre el ingreso operacional nominal de las personas jurídicas, calculada mensualmente, alícuotas del 0,65% o del 1,65%, la primera acumulativa y la segunda no acumulativa, de acuerdo con criterios establecidos en ley. Esta contribución no incide en las operaciones de exportación.
- Contribución para el Programa de Integración Social (PIS) y Contribución para el Financiamiento de la Previsión Social (COFINS): que inciden sobre la importación, su base de cálculo es el valor aduanero de las mercaderías o el valor pagado sobre los servicios importados más los montos de los impuestos debidos. Las alícuotas generales son del 1,65% para el PIS/PASEP y del 7,6% para la COFINS, además de otras alícuotas específicas;
- Contribución para la Previsión Social sobre la plantilla de pagos y salarios (CINSS): las empresas tomadoras de los servicios de las personas físicas asalariadas son responsables de recoger esa contribución en la fuente con alícuota del 11%. Los autónomos están sometidos a la alícuota del 20%. En ambos casos, la base de cálculo de la contribución está limitada a R\$ 2.400,00 (reajustados mensualmente a partir de enero del 2004). Las personas jurídicas pagan la CINSS con alícuota del 20%, sobre los pagos efectuados a personas físicas, a título de remuneración por servicios prestados, sin límite.
- Contribución Provisoria sobre el Movimiento Financiero (CPMF): fue instituida con base en la Enmienda Constitucional n° 3/93. Su cobranza comenzó en enero de 1997 y fue prolongada hasta diciembre del 2007 por la Enmienda Constitucional n° 42/03. La alícuota es del 0,38%.
- Contribución de Intervención en el Dominio Económico (CIDE): (i) la CIDE/Combustible incide, por medio de alícuotas específicas, sobre la importación y comercialización en el mercado interno de combustibles; y (ii) la CIDE/Remesas al Exterior incide sobre valores pagos a residentes en el exterior a título de remuneración relacionada con la transferencia o adquisición de tecnología, una alícuota del 10%.

9. Legislación Antitrust

Desde la Ley n° 4.137, del 10 de septiembre de 1962, Brasil adoptó, en moldes seguramente tomados del régimen norteamericano, una legislación antitrust, pero no es inverídico afirmar que, durante casi 30 años, la misma resultó prácticamente inoperante, debido a la pasividad del propio Gobierno y de los organismos entonces creados para ejercer el control de la aplicación del conjunto de normas y restricciones por ella instituidos.

A partir de 1990, sin embargo, con la edición de las Leyes n° 8.002/1990 y n° 8.158/1991, los problemas vinculados a la represión de las infracciones contra el orden económico, así como la protección de la libre competencia y la defensa de los consumidores, volvieron a estar en pauta, culminando con la edición, el 11.06.1994, de la Ley n° 8.884, por la cual se puede decir que los dispositivos antitrust pasaron realmente a imperar en el país.

El llamado Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), órgano instituido desde 1962, se transformó en una autarquía federal, vinculada al Ministerio de Justicia, y pasó realmente a funcionar y ejercer los poderes de policía administrativa que le competen de acuerdo con dicha ley, que deriva de disposiciones de orden público y constitucionales. La actuación del CADE como titular de los bienes jurídicos a ser protegidos, ejercida en nombre de la colectividad y auxiliada por la Secretaría de Derecho Económico (SDE) y por la Secretaría de Seguimiento Económico (SEAE), puede extenderse a los actos practicados en el exterior que produzcan efectos en Brasil, reputándose domiciliada en Brasil la empresa extranjera que aquí tenga filial, agencia, sucursal, escritorio, establecimiento, agente o representante (art. 2º, § 1º, cuya redacción fue modificada por la ley n° 10.149, del 21 de diciembre del 2000). En este sentido, tal como lo prevé el § 2º del mismo artículo, la empresa extranjera es notificada de e intimada para todos los actos procesales, independientemente de poder o de disposición contractual o estatutaria, en la persona del responsable de su filial, agencia, sucursal, establecimiento o escritorio instalado en Brasil.

Antes de definir las infracciones del orden económico vigente, la ley n° 8.884/94 deja clara su aplicación a todas las personas jurídicas y físicas, de derecho público o privado, así como a asociaciones o agrupaciones, inclusive las temporarias y las desprovistas de personalidad jurídica, previendo, también, la responsabilidad individual de los respectivos dirigentes y administradores, solidariamente entre sí y con la empresa. Además, el artículo 18 defiende la posibilidad, en ciertas hipótesis, de la aplicación de la teoría de la desconsideración de la persona jurídica.

Entre los actos contrarios al orden económico y por eso prohibidos, está, por ejemplo, la limitación, el falseamiento o el perjuicio a la libre competencia, la dominación de mercado relevante de bienes o servicios, el aumento arbitrario de la lucratividad y el ejercicio abusivo del Poder Económico. Por esa razón, son contrarios al sistema legal vigente, además de otros actos, los acuerdos de precios entre competidores, la división de mercados, el establecimiento de óbices para la creación o el acceso de nuevos competidores al mercado, las ventas a precio por debajo del costo, la retención de bienes y la imposición de precios excesivos.

Hay por lo menos 24 tipos de infracción que deben ser considerados con todo cuidado, ya que las penalidades previstas pueden ser, de acuerdo con elementos tales como gravedad, reincidencia, situación económica del infractor, entre otros, de hasta el 30% del valor de la facturación nominal del último ejercicio social, además de la multa del 10% al 50% del respectivo monto, exigible a la persona física del administrador, todas ellas cobrables en doble, en caso de reincidencia; para no dejar de mencionar, adicionalmente, ciertas prohibiciones de operar, contratar u obtener beneficios frente a organismos públicos.

Se verifica que la falta injustificada del representado o de terceros, cuando fueran intimados para prestar aclaraciones orales, en el curso de procedimiento, de averiguaciones preliminares o de proceso administrativo, somete al ausente a una multa que puede ir desde R\$ 500,00 (quinientos reales) hasta R\$ 10.700,00 (diez mil setecientos reales), conforme su situación económica (art. 26, § 5º, con la redacción dada por la ley nº 10.149/2000). Y, también, el inspeccionado está sujeto al pago de una multa que puede variar de R\$ 21.200,00 (veintiún mil doscientos reales) hasta R\$ 425.700,00 (cuatrocientos veinticinco mil setecientos reales), de acuerdo con la situación económica del infractor, si impidiera, obstruyera o de cualquier otra forma dificultara la realización de inspección en el ámbito de verificación preliminar procedimiento o proceso administrativo (art. 26 – A, creado por la ley nº 10.149/2000).

Una innovación creada por la ley nº 10.149/2000, relacionada con las penalidades anteriormente descritas, es la posibilidad de celebración de acuerdo de lenidad, en que las personas físicas o jurídicas autoras de infracción contra el orden económico pueden conseguir la extinción de la acción punitiva de la administración pública o la reducción de uno o dos tercios de la penalidad aplicable, siempre y cuando colaboren efectivamente con las investigaciones y el proceso administrativo (art. 35 – B).

Cabe observar, también, que las iniciativas del CADE, de la SDE y de la SEAE pueden tener origen en la solicitud de cualquier interesado. Las decisiones del CADE son, en nivel administrativo, inapelables, lo que significa que, a la parte

que se sienta perjudicado por ellas, solamente le resta el camino judicial para eventualmente combatirlas.

La ley n° 8.884/94 prevé, también, la obligación de las partes de someter actos que puedan perjudicar la libre competencia o resultar en dominación del mercado de cierto producto a la autorización expresa del CADE, tanto previamente a su práctica, como dentro del plazo máximo de 15 días hábiles después de su ocurrencia (artículo 54), siendo que, a partir del 1° de enero de 2001, la tasa procesal para tanto es de R\$ 45.000,00 (cuarenta y cinco mil reales). El régimen de la consulta previa es obviamente preferible, porque del procedimiento *a posteriori* pueden surgir consecuencias complejas e indeseables, inclusive la obligatoriedad de la reversión de actos ya practicados.

Es importante considerar que, a los efectos del artículo 54, se consideran actos que puedan perjudicar la libre competencia o provocar la dominación de mercado, debiendo, de esta forma, ser sometidos a la apreciación del CADE los que impliquen la participación de empresa o grupo de empresas resultante en un 20% del mercado relevante, o en que cualquiera de los participantes haya registrado facturación nominal anual en el último balance equivalente a R\$ 400.000.000,00 (cuatrocientos millones de reales). También, el CADE, a través de la Simula n° 1, publicada en el Diario Oficial de la Unión del 18.10.2005, entiende que, en la aplicación del criterio establecido en el aludido artículo 54, es relevante la facturación nominal anual registrada exclusivamente en el territorio brasileño por las empresas o grupo de empresas participantes en el acto de concentración. Tal entendimiento, por el cual el CADE se ha pautado, evita la presentación de innumerables procesos que antes de aquel entonces debían ser sometidos a él apenas por el hecho de que una de las empresas participantes de la operación incurriera en facturación en el exterior equivalente o superior a R\$ 400.000.000,00 (cuatrocientos millones de reales).

Cabe subrayar que el propio artículo 54 deja claro que muchos actos de concentración son pasibles de aprobación, si estuvieran presentes determinadas condiciones de hecho y de derecho que los puedan justificar (aumento de productividad, mejoría de calidad, desarrollo tecnológico, inexistencia de perjuicio directo a la competencia existente, y, sobre todo, beneficios evidentes para el consumidor en consecuencia de la reducción de precio). Se observa, también, que el CADE puede subordinar su aprobación, cuando sea lícito y posible, a la celebración de un Compromiso de Desempeño, para que se pueda instituir la obligación de los interesados de cumplir efectivamente, bajo ciertas penas, las metas expuestas.

Para los fines de los procesos de la aprobación, previos o posteriores a las transacciones mencionadas en el artículo 54 anteriormente referido, el CADE

emitió, el 19 de agosto de 1998, su Resolución n° 15, que indica, minuciosamente, las informaciones y documentos que deben instruir los pleitos, siendo cierto que, en términos de documentación, el material solicitado es realmente de la mayor extensión y de cierta dificultad de obtención, ya que algunos documentos, por los menos, son de nivel internacional.

La parte final de la ley n° 8.884/94 llega a prever, en determinadas hipótesis, la posibilidad de intervención en las empresas infractoras, por decreto judicial, nombramiento de interventor u otros medios.

10. La Legislación Laboral en Brasil

La legislación laboral en Brasil fue influenciada por los reflejos de las transformaciones en Europa, de la preocupación de innumerables países de elaborar leyes de protección a los trabajadores y, principalmente, del compromiso realizado por Brasil con la Organización Internacional del Trabajo que, conjuntamente con factores internos importantes, como la política laboral del gobierno y el surto industrial que vivió el país en la época, desencadenaron la creación de una serie de leyes.

Recién en 1943, fue creada la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), sistematizando las leyes esparcidas existentes en la época, además de institutos creados por los juristas que la elaboraron.

La Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) es el ordenamiento jurídico principal que rige las relaciones laborales, poseyendo más de 900 artículos. Entre los capítulos que integran el referido ordenamiento jurídico, se encuentran normas relativas a:

- seguridad del trabajo;
- duración del trabajo, salario mínimo y licencias;
- medicina del trabajo;
- tutela del trabajo;
- nacionalización del trabajo;
- protección del trabajo de la mujer y del menor de edad;
- contrato individual de trabajo;
- organización y encuadramiento sindical;
- contribuciones sindicales.

Además, la Consolidación de las Leyes del Trabajo contiene todo el ordenamiento jurídico acerca de la Justicia del Trabajo, como el funcionamiento y los órganos que la integran, mencionando también las normas que rigen los procesos laborales en Brasil.

A pesar de que la CLT fue promulgada en 1943, el ordenamiento jurídico brasileño, se modernizó durante el transcurso de los años, habiendo sido editadas innumerables leyes que rigen determinadas materias, tales como la ley de huelga, o que dieron nuevas redacciones a los artículos de la CLT.

Mediante la promulgación de la Constitución Federal de 1988, además de las normas laborales debidamente consolidadas, nuevos derechos laborales fueron creados o perfeccionados por el Tope Mayor.

En términos de legislación, tanto la proveniente de la CLT, de leyes específicas como de la propia Constitución Federal, los derechos laborales, en regla general, son básicamente los siguientes:

- salario mínimo;
- jornada semanal de 44 horas;
- irreductibilidad salarial;
- seguro desempleo;
- aguinaldo;
- participación en los lucros;
- horas extras con adicional;
- licencias anuales;
- licencia gestante;
- licencia paternidad;
- aviso previo;
- jubilación;
- reconocimiento de normas colectivas;
- seguro accidente de trabajo;
- fondo de garantía por tiempo de servicio;
- derecho de huelga;
- estabilidad provisoria de miembros de las Comisiones de Prevenciones de Accidentes,
- empleados victimados por accidente de trabajo y gestante;
- propinas;
- comisiones;
- salario familia;
- salario educación;
- vale transporte;
- vale refección;
- auxilio guardería;
- adicional de insalubridad;
- adicional de peligrosidad;
- adicional nocturno;
- adicional de transferencia;
- auxilio funerario;
- reposo semanal remunerado;
- seguro desempleo;
- registro legal en documento.

Existen otras fuentes de derecho que deben ser respetadas por el Poder Judicial Laboral:

- Acuerdos y Convenciones Colectivas;

- Enunciados de Jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo;
- Normas editadas por el Ministerio del Trabajo; y
- Algunas Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Los derechos laborales han generado elevados costos para las empresas. En la tentativa de minimizar esos costos, muchas empresas decidieron hacer uso de la tercerización y de la flexibilización de los derechos laborales vía Acuerdo/ Convención Colectiva.

Se verifica una nítida tendencia en las recientes decisiones del Tribunal Superior del Trabajo hacia la aceptación de la flexibilización como un hecho importante en la actual fase de desarrollo de la relación de trabajo.

En realidad, Brasil vive un momento histórico importante y grandes cambios en el campo laboral se producirán. Uno de esos cambios es la Enmienda Constitucional n° 45. Aprobada en 2004, dicha enmienda amplió la competencia de la Justicia del Trabajo, que antes estaba limitada a la solución de los conflictos entre empleados y empleadores. Después de la Enmienda, la Justicia del Trabajo pasó a ser competente para dirimir controversias derivadas de la relación de trabajo (en sentido amplio), abarcando, por ejemplo, servicios prestados por trabajadores autónomos.

11. El Trabajo de Extranjeros en Brasil

De acuerdo con la ley n.º 6.815, del 19 de agosto de 1980, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Coordinación General de Inmigración (CGI), tiene competencia específica para la concesión de autorización de trabajo para extranjeros, tal como lo dispone la ley n.º 6.815, del 19 de agosto de 1980.

Cuestiones involucrando inmigración presentan un elevado grado de discrecionalidad de las autoridades competentes y están íntimamente vinculadas con la soberanía nacional. Por lo tanto, reflejan políticas gubernamentales y reciprocidad en el tratamiento.

La solicitud de visa no crea ningún derecho de que ésta sea concedida y representa una mera expectativa de derecho.

Existen diferentes categorías de visas definidas por la legislación brasileña, cuya aplicación depende del motivo y de la situación específica del viaje a Brasil. No todos los tipos de visa permiten el trabajo de extranjeros en el país. En general, no hay restricciones para la concesión de visas que se refieran a la nacionalidad del solicitante o al hecho de que el solicitante tenga esposa o hijo menor de 18 años.

La legislación establece 7 (siete) categorías de visa:

- Tránsito,
- Turista,
- Temporaria,
- Permanente,
- Cortesía,
- Oficial, y
- Diplomática.

Las visas de Turista, Temporaria y Permanente son los más comúnmente utilizados para inmigrar a Brasil.

11.1. Visas para Viajes de Negocios de Corto Plazo y para Turistas

Ciudadanos de algunos países necesitan visa para viajar a Brasil por motivos de negocios por corto plazo o para fines de turismo. Los visitantes que vengan al país con esas finalidades no podrán, en ninguna hipótesis, prestar cualquier tipo de servicio o asistencia técnica, tampoco podrán recibir ningún tipo de remuneración en Brasil.

La visa para viajes de negocios puede ser obtenida en el Consulado Brasileño que tenga jurisdicción sobre el local de residencia del solicitante. El pedido de la visa de negocios debe consistir básicamente en una carta de recomendación de la empresa que está solicitando el viaje del extranjero (tanto de las empresas nacionales como de las extranjeras), en que consten:

- El objetivo del viaje y las actividades que serán desarrolladas por el extranjero en Brasil;
- Nombres, direcciones y teléfonos de los contactos comerciales en Brasil;
- Fecha de llegada y fecha prevista para la salida;
- Garantía de responsabilidad moral y financiera del solicitante durante su permanencia en Brasil.

La visa para viajes de negocios de corto plazo permite que el extranjero participe en reuniones, conferencias, ferias y seminarios, visite a clientes potenciales, realice estudios de mercado o actividades similares. Tal como fue anteriormente mencionado, quienes detentan este tipo de visa no deben trabajar en Brasil, bajo pena de aplicación de multa sobre la empresa solicitante, así como de deportación del extranjero.

En el caso de visa para turistas, normalmente es necesario apenas el pasaje aéreo de ida y vuelta y prueba de capacidad financiera de mantenerse durante la visita a Brasil. Ese tipo de visa se aplica solamente para fines turísticos, estando sometidos a las conminaciones anteriormente descritas quienes extrapolen su finalidad.

Si fuera necesaria una visa para el país al cual el solicitante se dirigirá al salir de Brasil, dicha visa ya deberá constar en el pasaporte antes que sea solicitada la visa brasileña.

La visa para los fines aquí mencionados es generalmente concedida en 24 horas. Ese tipo de visa puede ser concedido por un plazo de validez de hasta 90 días consecutivos, a partir de la fecha de la primera llegada a Brasil. Ella puede ser utilizada para múltiples entradas durante el período para el cual fue concedida. Una prórroga por un máximo de 90 días puede ser obtenida con las autoridades de inmigración en Brasil, antes del vencimiento de la visa. En cualquier hipótesis, el extranjero no puede permanecer en el país durante más de 180 días en el período de 365 días (obsérvese que no se trata de un año calendario, sino de 365 días sucesivos).

11.2. Visa Provisoria de Trabajo

Para personas que vengan a Brasil en carácter temporario para fines de trabajo,

existen varias especies de visas que son adecuadas para cada situación o circunstancia. Las principales visas aplicables a las situaciones más comunes son los siguientes:

Profesionales con contrato de trabajo con empresa brasileña

Esta visa es aplicable a las personas que están temporariamente empleadas en una empresa brasileña, en cargo que exija conocimientos y *know-how* especializados, no encontrados en Brasil. La visa puede ser concedida durante un período de, inicialmente, hasta dos años, pudiendo ser prorrogada por, como máximo, idéntico plazo. Es necesario comprobar experiencia profesional del extranjero de, como mínimo, un año en la actividad que él realizará en Brasil, en el caso de que dicho profesional *posea* diploma de enseñanza superior. No poseyendo diploma, es necesario comprobar, como mínimo, dos años de experiencia. Para ejercer actividades laborales en Brasil, el extranjero debe comprobar que posee un elevado nivel de conocimiento y amplia experiencia profesional, además de habilidades gerenciales no fácilmente encontradas en los profesionales disponibles en el mercado brasileño. La empresa brasileña debe cumplir con la regla de los 2/3, que determina que 2/3 del número de cargos de empleados y del valor de la planilla de salarios de la empresa corresponda a ciudadanos brasileños, y debe presentar, también, informaciones concernientes a su estructura salarial, así como definir la remuneración del extranjero en el exterior y en Brasil. Es necesario que el aspirante a ese tipo de visa reciba al menos una parte de su remuneración en Brasil, siendo que la remuneración en el país debe ser aproximadamente un 25% mayor que el último salario del profesional en el exterior.

Técnicos sin vínculo de empleo

La visa técnica se aplica a extranjeros que vengán a Brasil a prestar servicios de asistencia técnica o transferencia de tecnología con base en Acuerdo o Contrato de Prestación de Servicios Técnicos o Transferencia de Tecnología firmado entre empresas brasileñas y extranjeras. Este tipo de visa no es apropiado para extranjeros que vengán a desarrollar actividades meramente administrativas, financieras o gerenciales. En el caso de empresas que no pertenezcan al mismo grupo económico, el Contrato de Prestación de Servicios Técnicos o Transferencia de Tecnología debe ser registrado ante el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI), antes del protocolo del pedido de visa. En este caso, los extranjeros no son empleados de la empresa brasileña y deben recibir su remuneración íntegramente de una fuente en el exterior. La empresa brasileña debe responsabilizarse de todos los gastos médicos del extranjero y sus dependientes, mientras perduren sus actividades en Brasil. La visa puede ser concedida por el plazo de un año, pudiendo ser renovada por otro año, con la condición de que sean cumplidos los requisitos para la prórroga. En casos de emergencia,

la visa técnica puede ser concedida por el Consulado Brasileño con jurisdicción sobre la residencia del extranjero durante un período no prorrogable de 30 días, una única vez, cada período de 90 días. Emergencia es definida como situación fortuita que coloque en riesgo inminente la vida, el medio ambiente, el patrimonio o que haya generado la interrupción de la producción o de la prestación de servicios de la empresa brasileña.

Artistas y deportistas

La solicitud de esta visa debe ser sometida al Ministerio del Trabajo de Brasil por la organización brasileña que esté auspiciando el evento para el cual están siendo solicitados los servicios del extranjero. También son necesarias informaciones acerca del evento y del respectivo contrato.

Periodista extranjero

Esta visa se destina a los periodistas extranjeros trabajando temporariamente en Brasil como corresponsales de empresa de comunicación extranjera, que da apoyo a la solicitud de visa. El aspirante no puede recibir su salario en Brasil. El pedido de la visa debe ser presentado directamente ante el Consulado Brasileño en el exterior con jurisdicción sobre la residencia del extranjero.

Tripulantes en navíos fletados, contratados para prestación de servicios o arrendados

Son necesarias, para la obtención de la visa, autorización para la operación del navío en aguas nacionales e informe de la Marina, y copia del respectivo contrato. Parte de la tripulación debe ser formada por brasileños.

Científicos investigadores

Esta visa es destinada a profesores, técnicos, científicos e investigadores que pretendan realizar actividades en escuelas o universidades brasileñas, públicas o privadas, o en instituciones de investigación. Una carta de apoyo de la entidad auspiciante de la venida del extranjero es necesaria, además del término de admisión o contrato de trabajo respectivo.

Asistencia social

La visa temporaria puede ser concedida por un plazo de menos de dos años a extranjeros que vengan a Brasil para prestar servicios religiosos o de asistencia social como voluntarios. El extranjero no puede recibir remuneración por el trabajo voluntario en Brasil.

El aspirante a cualquiera de los tipos de visas anteriormente descritos, con excepción de las visas para corresponsales y voluntarios para servicios religiosos y de asistencia social, debe obtener una Autorización de Trabajo emitida por las autoridades brasileñas. Es un acto administrativo, de competencia del Ministerio de Trabajo, que cumple con una exigencia de las Autoridades Consulares Brasileñas, de acuerdo con la legislación nacional, para la obtención de la concesión de visa permanente y/o temporaria por parte de extranjeros que deseen trabajar en Brasil. Después de la aprobación del pedido, la autorización de trabajo es publicada en el Diario Oficial de la Unión, y el consulado designado es notificado. Después, el aspirante extranjero puede solicitar la concesión de la visa.

11.3. Otros Tipos de Visa Provisoria

Existen otros tipos de vista que se aplican a extranjeros que vengan a Brasil con objetivos que no sean de trabajo. En estos casos, los extranjeros no pueden trabajar ni recibir ninguna remuneración proveniente de fuente brasileña. Las principales visas aplicables a las situaciones más comunes son presentadas a continuación:

Misión de estudios y misión religiosa

Visa concedida a religiosos con misiones específicas en Brasil de menos de un año de duración.

Estudiante

Esta visa puede ser obtenida en el Consulado Brasileño que tenga jurisdicción sobre el local de residencia del solicitante. Estudiantes extranjeros en programas de intercambio deben presentar documentos escolares y documentos relativos al programa de intercambio.

Trainees

Visa destinada a extranjeros que pretenden venir a Brasil para participar en programas de trainee durante el período de 12 meses después de la graduación, sin la existencia de relación de trabajo con ninguna entidad nacional. Es necesaria la presentación de comprobante de graduación en los últimos 12 meses de la fecha de solicitud de la visa, así como comprobante de que cualquier especie de remuneración será pagada exclusivamente fuera de Brasil.

Programas de pasantía

Esta visa se destina a extranjeros admitidos en programas de pasantía, incluyendo empleados de compañías extranjeras con subsidiarias en el país, sin ninguna relación de trabajo con entidades brasileñas. Es exigida la formalización de término de compromiso entre la institución brasileña, el becario y la entidad controladora del programa. Esta visa tiene duración máxima de un año.

Tratamiento médico-hospitalario

Disponible para extranjeros que pretendan venir a Brasil para fines de tratamiento de salud. Para la concesión de la visa, es necesaria recomendación médica y comprobación de medios para costear el tratamiento.

11.4. Visa de trabajo permanente

La visa de trabajo permanente puede ser emitida, básicamente, en cuatro circunstancias:

Relación familiar con ciudadano brasileño

En el caso de que el(la) aspirante sea casado(a) con ciudadano(a) brasileño o tenga hijos brasileños, él(ella) puede solicitar la visa permanente en el Consulado Brasileño en el exterior, antes de venir al país, o puede solicitarla en el Ministerio de Justicia, en el caso de que ya se encuentre en Brasil. En este caso, el(la) aspirante está autorizado(a) a trabajar en territorio nacional.

Jubilación

La visa permanente puede ser concedida a extranjeros que ya se hayan jubilado en el país de origen y deseen transferir su residencia a Brasil. El extranjero debe comprobar la capacidad de transferir, como mínimo, US\$2.000,00 (dos mil dólares norteamericanos) por mes.

Director estatuario de empresa brasileña

La visa permanente también puede ser concedida en el caso de que una empresa extranjera tenga una filial o subsidiaria en Brasil y, pretenda transferir a un director estatuario o gerente a una empresa brasileña. Así, individuos que serán permanentemente transferidos a Brasil para trabajar en una filial o subsidiaria de una compañía extranjera ocupando cargo de director o gerente pueden solicitar una visa de trabajo permanente. Para solicitar una visa permanente para su director o gerente, la empresa debe tener, como mínimo, US\$ 200.000,00 (doscientos mil dólares norteamericanos) de inversiones extranjeras, para cada

director extranjero designado, registrados ante el Banco Central de Brasil, o como mínimo US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares norteamericanos) invertidos, comprometiéndose a generar, durante los dos años posteriores, como mínimo 10 nuevos empleos. El extranjero debe ser indicado como director estatuario de la empresa brasileña, condicionando su efectivación en el empleo a la obtención de la visa permanente, y, por lo tanto, debiendo ser confirmado en el cargo después de la concesión de la visa. En el caso de que el extranjero sea nombrado para más de un cargo de director estatuario en empresas del mismo grupo económico, las empresas deben someter el pedido de ejercicio del cargo en concomitancia con la aprobación del Ministerio de Trabajo.

Inversionista extranjero – persona física

La visa permanente puede también ser concedida a la persona física que compruebe inversión de, como mínimo, US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares norteamericanos) en empresa brasileña ya existente o recién constituida. Excepcionalmente, el Ministerio de Trabajo puede conceder visa permanente a extranjero inversionista que invierta un monto de menos de US\$ 50.000,00 (cincuenta mil dólares), siempre y cuando éste presente plan de absorción de mano de obra nacional relativo a los cinco años posteriores y que dicho plan sea capaz de generar, como mínimo, 10 (diez) nuevos empleos.

Además, personas que trabajan en Brasil en carácter temporario, independientemente del hecho de que la empresa sea brasileña o extranjera, durante cuatro años, también pueden solicitar el cambio de su condición para permanente. Para obtener autorización de trabajo permanente para un individuo que esté trabajando en Brasil en carácter temporario en estos términos, debe ser presentada previa solicitud ante el Ministerio de Justicia, por los menos 30 días antes del término del período de cuatro años.

11.5. Registros al ingresar a Brasil

Los extranjeros que ingresan al territorio nacional mediante visa de trabajo temporaria o permanente deben registrarse en la Policía Federal/Ministerio de Justicia y obtener el documento de Identidad de Extranjeros dentro de 30 días después de su llegada a Brasil. Esta exigencia se refiere apenas a extranjeros residentes en Brasil, inmigrantes y residentes temporarios que ingresan por motivos de trabajo. Artistas, deportistas, turistas o personas en viaje de negocios de corto plazo no precisan registrarse.

Los poseedores de visa de trabajo temporaria o permanente (menos los anteriormente exceptuados) deben también registrarse ante la Hacienda Nacional para fines tributarios, siendo que toda la remuneración recibida por ellos debe ser tasada de acuerdo con la legislación brasileña.

Los profesionales empleados por una empresa brasileña deben obtener su Documento de Trabajo de acuerdo con la legislación laboral nacional. La empresa brasileña debe presentar la comprobación de los debidos registros ante el Ministerio de Trabajo dentro del plazo de 90 días a partir de la entrada del extranjero a Brasil.

Extranjeros portadores de visas permanentes y visas temporarias de trabajo para profesionales con Contrato de Trabajo con Empresa Brasileña están sometidos a la tributación en Brasil a partir de su entrada al país. Los demás portadores de visas temporarias son considerados residentes fiscales en Brasil a partir del 183o (centésimo octogésimo tercer) día de permanencia en el país.

La visa de trabajo vincula al extranjero con la empresa brasileña que fue responsable de su llamada. El cambio de empleador está condicionado a la previa aprobación del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Trabajo.

En su salida definitiva de Brasil y respectiva repatriación, el extranjero debe presentar ante la *Receita Federal* (órgano de recaudación de impuestos) una Declaración de Salida Definitiva y requerir la cancelación de su registro con el objetivo de suspender la recaudación de los impuestos debidos. La empresa brasileña debe informar al Ministerio de Trabajo el final del contrato de trabajo con el extranjero y su repatriación a fines de cancelación de la visa y registro del extranjero.

11.6. Viajes preparatorios para trabajo permanente o temporario

Personas que precisan venir a tratar exclusivamente de negocios a Brasil antes de obtener la autorización de trabajo y la visa apropiada, pueden hacerlo obteniendo una visa de negocios de corto plazo. Esas personas no pueden recibir remuneración o trabajar en Brasil hasta que esa autorización y el debido visa sean obtenidos. Además, el visitante debe obtener la visa permanente o temporaria fuera de Brasil ante el Consulado Brasileño con jurisdicción sobre la residencia del extranjero.

11.7. Trabajo de cónyuges e hijos

Cónyuges e hijos acompañantes pueden permanecer en el país como dependientes del titular de la visa durante todo el período concedido. No pueden, sin embargo, emplearse ni realizar actividades de trabajo mientras estén residiendo en Brasil en carácter temporario. Sin embargo, pueden hacerlo si la visa fuera modificada para una visa de residencia permanente.

12. Adquisición de Bienes Inmuebles en Brasil

12.1. Introducción

De acuerdo con la ley brasileña, la ley del país donde están situados los bienes es la ley competente para clasificarlos y regir las relaciones que les conciernen (*lex rei sitae*). En Brasil, todas las cuestiones relativas a bienes inmuebles se rigen, principalmente, por el Código Civil Brasileño (CCB).

El CCB clasifica los bienes, utilizando un criterio físico, en dos categorías generales: muebles e inmuebles. Son considerados bienes muebles los que pueden ser removidos por fuerza ajena o que poseen movimiento propio, sin que eso cause daño o desvalorización del bien.

Bienes inmuebles son los que, por su naturaleza de inmovilidad o fijación al suelo, sea natural o artificial, no pueden ser removidos total o parcialmente, sin que se deshagan o se destruyan, o sea, sin alteración de su sustancia. En la categoría de bienes inmuebles están incluidos el suelo y todo lo que le fue incorporado natural o artificialmente.

La ley también confiere tratamiento de bienes inmuebles a algunos derechos. Es lo que ocurre con los derechos reales sobre cosas inmuebles, las acciones que aseguran los referidos derechos y el derecho a la sucesión abierta, aunque la herencia sea formada solamente por bienes muebles.

Usualmente, el propietario del suelo es también propietario del subsuelo. Puede así efectuar construcciones con la profundidad que le sea útil, por ejemplo, para la construcción de sótanos o garaje subterráneo. El propietario no puede impedir que terceros emprendan actividades en profundidad que no le cause riesgo, sobre todo si son realizadas en beneficio del interés social (por ejemplo, perforación del suelo para instalación de transporte subterráneo, instalación de conductos subterráneos, etc.).

El CCB no considera como propiedades del suelo a los yacimientos, minas y otros recursos minerales, los potenciales de energía hidráulica, los monumentos arqueológicos y otros bienes referidos en leyes especiales. De esta forma, el CCB diferencia el límite de la propiedad del suelo y de la propiedad de los elementos del subsuelo (recursos minerales y potenciales de energía hidráulica) reservados a la Unión. Por esa razón, la explotación de recursos minerales y de potencial hidroeléctrico requiere autorización o licencia de explotación federal.

Una regla semejante a la del subsuelo rige para el espacio aéreo. El propietario

del inmueble tiene la libertad de construir verticalmente en su terreno, manteniéndose dentro de las limitaciones legales (*ej.*, límites impuestos por las normas de zonamiento). Puede también impedir que haya construcción ajena en su terreno o realización de obras que puedan causarle daño o colocarlo en peligro. No puede, sin embargo, impedir actividades que se realicen a cierta altura y que no acarreen riesgo para su seguridad (ruta de aviones, instalaciones de cables aéreos en altura segura, etc.).

Personas físicas o jurídicas extranjeras pueden adquirir propiedades inmuebles de la misma forma que las personas físicas o jurídicas del país. No obstante, es importante resaltar que, de acuerdo con la Instrucción Normativa n.º 200 de la Secretaría de la *Receita Federal*, personas físicas o jurídicas no residentes deberán – antes de la adquisición de cualquier propiedad inmueble localizada en el territorio nacional –, estar debidamente inscritas en el Catastro de Personas de Físicas o en el Catastro Nacional de Personas Jurídicas. Además, otras restricciones deberán ser observadas, ya que los inmuebles que son objeto de la negociación no pueden estar localizados en la franja costera, en áreas fronterizas o en áreas designadas como siendo de seguridad nacional.

Áreas rurales pueden ser adquiridas, con la condición de que sean observadas ciertas restricciones, que son tratadas en el ítem 12.3.3. presentado a continuación. Personas físicas o jurídicas extranjeras también pueden adquirir derechos reales relativos a inmuebles.

12.2. Posesión y Propiedad

Los derechos más importantes referentes a los bienes son la posesión y la propiedad.

Derecho de posesión

La posesión adviene de la utilización del bien por el sujeto como si fuera propietario del mismo. A partir del momento en que el sujeto actúa en nombre propio y su conducta exterioriza un comportamiento normal de dueño, él es poseedor del bien. Posesión es, por lo tanto, el derecho de ejercer los poderes inherentes a la propiedad, como, por ejemplo, el derecho de reclamar, mantener o ser restituido en la posesión de la cosa, el derecho de percibir los frutos del bien (incluyendo alquileres y otros rendimientos relacionados con la cosa), el derecho de ser reembolsado por las mejorías necesarias realizadas en el bien y el derecho de retener el bien en su posesión.

La posesión se extingue cuando cesa el poder ejercido sobre la cosa o la facultad de ejercer alguno de los derechos inherentes a la propiedad, incluso contra la

voluntad del poseedor. Entre las hipótesis de pérdida de la posesión, se destacan las siguientes: el abandono del bien, la transmisión de la posesión, la pérdida o destrucción del bien, que el bien haya sido puesto fuera del comercio, la posesión del bien por un tercero, el hecho de que la posesión no haya sido mantenida o reintegrada en el plazo previsto por la ley y el constituto posesorio (*ej.*, cuando un legítimo poseedor transfiere su posesión a otro y conserva la cosa en su poder, pero en nombre de quien adquirió la posesión).

Derecho de propiedad

Es el más relevante de todos los derechos referentes a los bienes y el CCB lo define como siendo el derecho del individuo de usar, gozar y disponer de la cosa y de recuperarla del poder de quien sea que injustamente la *posea* o detente. Es un derecho absoluto y exclusivo.

La propiedad es considerada *plena* cuando todos los derechos que le son inherentes (usar, disfrutar, disponer de la cosa y recuperarla) se encuentran reunidos en la persona del titular y es considerada limitada cuando está desprovista de alguno de dichos derechos, que es ejercido por otra persona. Obsérvese, mientras tanto, que ante la hipótesis del condominio (o copropiedad), a principio, no hay propiedad limitada, sino *plena*. En el condominio, cada propietario tiene derecho de propiedad sobre la fracción ideal de un bien. Los derechos básicos de la propiedad pueden ser ejercidos, al mismo tiempo, por todos ellos, con relación a un mismo bien.

El derecho de propiedad puede ser limitado en razón de interés público o en razón del respeto a los derechos de propiedad de terceros, en las siguientes situaciones:

- expropiación de bienes particulares realizadas por el Poder Público (transferencia obligatoria de propiedad para la autoridad expropiante mediante indemnización);
- restricciones impuestas por las divisiones de la zona urbana (zoneamiento), como, por ejemplo, los límites referentes a la construcción de edificios, instalación de industrias etc., establecidos por el plano director del municipio en el que el bien está ubicado;
- restricciones impuestas en razón del interés y de la seguridad nacional, como la prohibición de que particulares adquieran tierras comprendidas en la franja de 150 kilómetros de las fronteras nacionales y en la franja costera; y
- restricciones al derecho de disposición de los bienes, para proteger el derecho de los acreedores, en el caso de que el propietario sea insolvente, o de que haya sido decretada quiebra o concordata.

12.3. Adquisición y Pérdida de la Propiedad

12.3.1. Disposiciones Generales

De acuerdo con la ley brasileña, la propiedad de bienes inmuebles se constituye después del registro del instrumento público o particular que materializó su venta en el Registro de Inmuebles del lugar donde el inmueble está situado.

La ejecución de un contrato que involucra la propiedad de un bien inmueble que no fue debidamente registrado sólo produce efectos entre las partes contratantes y, por lo tanto, no es oponible contra terceros.

La propiedad de un bien inmueble se adquiere mediante el registro del título translativo de la propiedad, derivado de actos tales como: (i) la transmisión del bien por acto *inter vivos*; (ii) la accesión (que es el aumento del terreno derivado, por ejemplo, del desplazamiento de una franja de tierra causada por fuerzas naturales); (iii) la usucapión (que es la adquisición de la propiedad por la posesión continua y pacífica del bien durante un período de tiempo estipulado por ley); y (iv) el derecho hereditario.

En el sistema de registro de inmuebles, está en vigor, entre otros, el principio de la prioridad. Según él, tiene prioridad el sujeto que registra primero el inmueble o presenta el título para registro.

También deben ser registrados en el Catastro de Registro de Inmuebles competente todos los títulos que importen en la modificación, extinción, transmisión o creación de derechos sobre propiedades inmuebles, tales como: (i) juzgados que ponen fin a la indivisión de un bien, en las acciones divisorias; (ii) sentencias que adjudican bienes raíces como pago de las deudas de la herencia, en los inventarios y sucesiones; (iii) remates y adjudicaciones en subasta pública; y (iv) sentencias de separación, divorcio y nulidad de casamiento, cuando esté involucrada en el acto la distribución de propiedades sobre bienes inmuebles y de derechos reales a ellos relativos.

Las principales causas de extinción de la propiedad sobre bienes inmuebles son:

- la expropiación, que es el acto unilateral del Poder Público, por medio del cual es realizada la transferencia de la propiedad de un individuo a la autoridad expropiante, mediante la indemnización del propietario, en razón de interés público;
- la transferencia, que es la transmisión, a cualquier título, a tercero (por acto *inter vivos*, *mortis causa*, a título oneroso o gratuito etc.);

- la renuncia (si el heredero renuncia a la herencia, por ejemplo); y
- el abandono o la destrucción del bien.

12.3.2. Consideraciones y Requisitos Generales para la Adquisición de Bien Inmueble

La adquisición por acto *inter vivos* de un bien inmueble en Brasil es acordada entre el vendedor y el comprador mediante un contrato de compra y venta.

Si la propiedad es adquirida por un único comprador, o sea, sin la constitución de condominio, éste tiene entonces el derecho de propiedad absoluto sobre el bien. En el caso de adquisición por más de un comprador, con la constitución de condominio, cada condómino tiene el derecho de ejercer todos los derechos de propiedad, siempre y cuando sean compatibles con la indivisibilidad de la cosa (por ejemplo, uno de los condóminos no puede alienar el bien sin la anuencia de los demás, debiendo ser distribuido entre todos ellos el precio de la venta del inmueble).

La Ley n.º 4.591/64 regulaba el condominio de apartamentos y/o salas para oficinas, donde en un único terreno son construidos varios apartamentos y/o salas, constituyendo cada uno una unidad autónoma y una fracción del terreno, inaplicable en este caso la indivisibilidad anteriormente mencionada. El CCB modificó profundamente la Ley n.º 4.591/64, manteniendo, no obstante, el mismo concepto. Entre las innovaciones, se destaca la nueva disciplina de aplicación de multas a los condóminos que dejan de cumplir los deberes inherentes a su condición (contribuir para gastos comunes, no realizar obras que afecten la seguridad de la edificación, no utilizar sus partes de manera perjudicial para el sosiego, etc.).

Además de los requisitos específicos para la transferencia de propiedad inmueble en Brasil, la ley brasileña exige, como en cualquier tipo de contrato, que las partes de un contrato de compra y venta de bien inmueble posean la capacidad general para la realización de cualquier acto jurídico, o sea, que sean mayores de edad, capaces, o estén debidamente representadas.

12.3.3. Adquisición de Propiedad Rural por Extranjeros

De acuerdo con la legislación brasileña, es considerado inmueble rural el edificio rústico, de área continua, independientemente de su localización, que se destine a la explotación extractiva, agrícola, pecuaria o agroindustrial, tanto por la iniciativa privada como por medio de planos públicos de valorización.

La adquisición de propiedad rural por extranjeros residentes en el país o perso-

nas jurídicas extranjeras autorizadas a operar en Brasil es regulada por la Ley n° 5.709/71. Esta ley establece que el extranjero persona física residente en Brasil no puede ser propietario de tierras que excedan a la extensión equivalente a 50 (cincuenta) módulos rurales, cuya dimensión es determinada para cada zona de características económicas y ecológicas homogéneas y por el tipo de explotación rural que en ella pueda realizarse.

El extranjero residente en el exterior no puede adquirir tierras en Brasil, no aplicándose dicha restricción en el caso de adquisición por sucesión legítima. Por otro lado, las restricciones a la adquisición de propiedades rurales por empresas brasileñas controladas por capital extranjero están siendo cuestionadas, ya vez que la Enmienda Constitucional de 1995 extinguió la distinción entre empresas brasileñas y empresas brasileñas controladas por capital extranjero. No obstante, las restricciones relativas a extranjeros y empresas extranjeras con autorización para operar en Brasil permanecen en vigor.

La Ley n° 5.709/71 dispone que las empresas extranjeras solamente pueden adquirir propiedad rural para fines de desarrollo e implementación de proyectos agropecuarios, de industrialización o de colonización, y solamente es concedida la autorización para la adquisición de la propiedad rural si el desarrollo de tales proyectos forma parte del objeto social de las empresas extranjeras interesadas. Los proyectos dependen de aprobación del Ministerio de Agricultura o del Departamento de Comercio e Industria de Brasil, según el caso, para su implementación.

El Presidente de la República, por medio de decreto especial, puede autorizar la adquisición de propiedad rural por empresas extranjeras bajo condiciones no previstas en la ley en vigor, en los casos en que tal adquisición sea importante para la implementación de proyectos para el desarrollo nacional.

12.4. Tributación

El Impuesto sobre la Transmisión de Bienes Inmuebles – ITBI es el impuesto de competencia de los municipios que incide sobre todas las transmisiones *inter vivos*, a cualquier título, por acto oneroso, de bienes inmuebles por naturaleza, o la cesión física y de derechos reales a ellos relativos (excepto los derechos reales de garantía), así como la cesión de derechos a su adquisición. Por ejemplo, la alícuota establecida para el municipio de São Paulo por la Ley Municipal n° 11.154 varía del 2% al 6% sobre el valor de la transferencia, dependiendo del valor de la propiedad.

El ITBI no incide cuando la transferencia del bien inmueble o de los derechos a él relativos es realizada para integralización del capital social de empresas, o

cuando es el resultado de una fusión, incorporación, escisión o extinción de una persona jurídica, excepto si la comercialización y locación de bienes inmuebles fuera la actividad principal de la persona jurídica incorporada, fusionada, escindida o extinta.

12.5. Fondos de Inversión Inmobiliaria

Los Fondos de Inversiones Inmobiliarias fueron creados con el objetivo de incentivar el desarrollo de emprendimientos inmobiliarios para su posterior venta o alquiler. La Comisión de Valores Mobiliarios (CVM) precisa autorizar, reglamentar e inspeccionar la administración y operación de los Fondos de Inversiones Inmobiliarias.

Los Fondos de Inversión Inmobiliaria han sido muy utilizados últimamente como medio para conseguir recursos para la construcción de *Shopping Centers* por todo Brasil. Anteriormente, eran utilizados para esos fines los recursos de los Fondos de Pensión, pero actualmente los Fondos de Pensión están invirtiendo en dicho sector indirectamente, mediante transacciones realizadas por medio de las participaciones en los Fondos de Inversiones Inmobiliarias.

Tanto personas físicas como personas jurídicas extranjeras pueden adquirir esas participaciones. La inversión extranjera, debidamente registrada ante el Banco Central de Brasil, posibilita la posterior remesa de la inversión y de los respectivos lucros al exterior. Los lucros de capital resultantes de la inversión en Fondos Inmobiliarios están sujetos al Impuesto a la Renta, a la alícuota de hasta un 20%, que incide sobre el valor de la venta de cuotas de Fondos de Inversión Inmobiliaria.

13. Legislación Ambiental

La legislación ambiental brasileña se divide en dos momentos bien distintos: antes y después de 1981.

Antes de 1981 eran consideradas como contaminación, para todos los efectos, las emisiones de las industrias que no estuvieran de acuerdo con los estándares establecidos por leyes y normas técnicas. En aquella época, en la concepción de que toda la actividad productiva causa un cierto impacto al medio ambiente, eran plenamente toleradas las emisiones contaminantes que estuvieran dentro de determinados parámetros.

Este sistema era, en su totalidad, bastante coherente: (i) zoneamiento industrial, para confinar las empresas más contaminantes en locales propios para absorber volúmenes significativos de contaminación; (ii) licenciamiento a las industrias, para dividir las geográficamente de acuerdo con dicho zoneamiento industrial; y (iii) parámetros para las emisiones contaminantes, como forma de asegurar que las zonas industriales no agotarían rápidamente su capacidad de absorber y metabolizar dichas emisiones.

13.1. La Política Nacional de Medio Ambiente

La Ley n° 6.938, del 31 de agosto de 1981, conocida como Política Nacional de Medio Ambiente, introdujo una diferencia conceptual que constituyó un divisor de aguas. No hay más daño ambiental a salvo de la respectiva reparación; a rigor, no hay más emisión contaminante tolerada. A partir de la entrada en vigor de esta legislación, se considera que, incluso el residuo contaminante, tolerado por los estándares establecidos, puede causar un daño ambiental y, por lo tanto, obligar al causador del daño al pago de una indemnización. Es el concepto de la responsabilidad objetiva, o del riesgo de la actividad, según el cual los daños no pueden ser compartidos con la comunidad.

La sutil diferencia está en que una empresa puede estar observando los límites máximos de contaminación legalmente impuestos, y aún así ser responsabilizada por los daños residuales causados. Para tanto, basta que se compruebe la existencia un nexo de causa y efecto entre la actividad de la empresa y un determinado daño ambiental. Esto es, en esencia, lo que se denomina responsabilidad objetiva: para que se constituya la obligación de reparar un daño ambiental, no es absolutamente necesario que él haya sido producido como resultado de un acto ilegal (o no observancia de los límites normativos de tolerancia, la concentración o la intensidad de contaminantes), incluso la responsabilidad objetiva dispensa la prueba de la culpa. Es suficiente, en síntesis, que la fuente

productiva haya producido el daño, ajustándose o no a los estándares previstos para las emisiones contaminantes.

Complementando esa idea de tutela del medio ambiente, la misma Ley n° 6.938/81 confirió al Ministerio Público (y a los Promotores) legitimidad para actuar en la defensa del medio ambiente. Como el medio ambiente es algo que pertenece a todos, pero a nadie individualmente, nada es más adecuado que atribuir la protección de este interés, que se considera difuso, a un órgano dedicado a la tutela de los intereses públicos. Además, a partir de la Ley n° 7.347, del 24 de julio de 1985, se extendió dicha legitimidad también a las entidades ambientalistas (las Organizaciones No Gubernamentales – ONGs), y se creó una acción propia para la defensa judicial del medio ambiente: la acción civil pública.

13.2. La Constitución Federal

La Constitución Federal promulgada en octubre de 1988 dedicó un capítulo entero a la protección al medio ambiente (Capítulo VI - Del Medio Ambiente; Título VIII - Del Orden Social), y en su totalidad posee 37 artículos relacionados con el Derecho Ambiental y otros cinco relativos al Derecho Urbanístico.

El texto constitucional estableció una serie de obligaciones de las autoridades públicas, incluyendo (i) la preservación y recuperación de las especies y de los ecosistemas; (ii) la preservación de la variedad y de la integridad del patrimonio genético y la supervisión de las entidades comprometidas con la investigación y manipulación genética; (iii) la educación ambiental en todos los niveles escolares y la orientación pública en lo que atañe a la necesidad de preservar el medio ambiente; (iv) la definición de las áreas territoriales a ser especialmente protegidas; y (v) la exigencia de estudios de impacto ambiental para la instalación de cualquier actividad que pueda causar significativa degradación del equilibrio ecológico.

Otro aspecto que mereció especial atención del texto constitucional fue el de la competencia legislativa de la Unión, de los Estados y Municipios, en lo que atañe a la materia ambiental. Es concurrente la competencia entre la Unión y los Estados para legislar sobre la defensa del medio ambiente, cabiendo a la Unión establecer normas generales y a los Estados suplementarlas.

13.3. Sanciones Criminales

En consonancia con la preocupación constitucional acerca de la protección ambiental, el 12.02.1998 fue sancionada, con algunos vetos del Presidente de la República, la Ley n° 9.605, que establece las sanciones criminales aplicables

a las actividades lesivas al medio ambiente. Con ese objetivo básico, la Ley n° 9.605 substituyó las sanciones criminales que estaban dispuestas de forma diseminada en varios textos legales orientados hacia la protección ambiental, tales como el Código Forestal, el Código de Caza, el Código de Pesca, la Ley n° 6.938 del 31 de agosto de 1981 (art. 15), etc.

El objetivo de esta Ley es la responsabilización criminal del contaminador o del degradador del medio ambiente, sin cualquier pretensión de derogar la Ley n° 6.938/81, que regula las reparaciones civiles resultantes de actos dañosos al medio ambiente. El artículo 2° de la Ley deja claro que la responsabilización criminal se da según el grado de culpa del agente, estando descartada, por lo tanto, la idea de responsabilidad objetiva también para efectos criminales. Este mismo artículo incluye, entre los imputables criminalmente, no sólo al responsable directo del daño, sino también a otros agentes que, sabiendo de la conducta criminosa, se omitieron en el sentido de impedir a su práctica, incluso estando a su alcance evitarla. Entre tales agentes corresponsabilizados por la Ley se incluyen el director, el administrador, el miembro de consejo y de órgano técnico, el auditor, el gerente, el prepuesto o mandatario de persona jurídica. En los términos literales de este precepto, asesores técnicos, auditores y abogados de empresas pueden venir a responder criminalmente por los daños ambientales producidos con su conocimiento, si fuera probado que podrían de alguna forma evitarlos y no lo hicieron.

El artículo 3° consagra la responsabilización criminal de la persona jurídica, sin excluir la posible penalización de las personas físicas que puedan ser consideradas como autoras o coautoras del mismo hecho dañoso al medio ambiente. El artículo 4° positiva otro concepto ya elaborado en términos de responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente, que es el de la desconsideración de la personalidad jurídica. Este principio busca tornar sin efecto cualquier artificio societario que se idealice para crear obstáculos formales al pleno resarcimiento de los daños. La transferencia de activos a la persona jurídica que sabidamente no posee condiciones de resarcir los daños ambientales causados por esos activos es uno de los artificios cuya utilización la ley pretendió evitar.

La ley determina a las personas físicas penas privativas de libertad – prisión o reclusión –, así como penas restrictivas de derechos, permitiendo expresamente que estas últimas substituyan a las primeras, siempre y cuando sean observados los aspectos establecidos por el artículo 7°. La primera condición es que se trate de crimen culposo o cuya pena privativa de libertad sea de menos de cuatro años. La segunda, que queda a criterio del Juez, se refiere a condiciones subjetivas del agente y a las características del acto dañoso, que indiquen que la substitución de la pena privativa de libertad por la restricción de derechos sea suficiente para servir de reprobación y de prevención al crimen. Las penas

restrictivas de derechos son la prestación de servicios a la comunidad, la interdicción temporaria de derechos, la suspensión parcial o total de actividades, la prestación pecuniaria y la reclusión domiciliaria.

Las sanciones aplicables específicamente a las personas jurídicas, según el artículo 21, son la multa, las penas restrictivas de derechos y la prestación de servicios a la comunidad. Para las personas jurídicas, las penas restrictivas de derechos consisten en la suspensión parcial o total de actividades, interdicción temporaria de establecimiento, obra o actividad, y prohibición de contratar con el Poder Público, así como obtener del mismo subsidios, subvenciones o donaciones. Está expresamente previsto, y esto es de capital importancia para la defensa de las personas jurídicas, que la suspensión de actividades es aplicada cuando ellas no estén obedeciendo las disposiciones legales o reglamentarias relativas a la protección del medio ambiente, mientras que la pena de interdicción es aplicada cuando el establecimiento, obra o actividad esté funcionando sin la debida autorización – es decir, sin las licencias previas, de instalación y de funcionamiento preconizadas por la legislación ambiental – o en desacuerdo con las licencias obtenidas o, también, en violación de la disposición legal o reglamentaria.

El artículo 26 dispone que la acción penal es pública, incondicionada, el que significa decir que su instauración independe de la iniciativa del ofendido. La ley mantuvo, con algunas alteraciones, la sistemática prevista por la Ley de los Juzgados Especiales (Ley n° 9.099, del 26.09.1995), que permite la transacción penal y la suspensión condicional del proceso, bajo dos condiciones básicas: Que la pena privativa de libertad prevista para el acto dañoso no sea superior a tres años y que haya habido la previa composición del daño ambiental (Artículos 27 y 28 de la Ley n° 9.605/98 y Artículos 76 y 89 de la Ley n° 9.099/95).

El texto legal abarca también las diversas formas de degradación ambiental causadas por contaminación, incluyendo los daños causados por las actividades de minería (Sección III). No escapan del alcance de la ley irregularidades meramente administrativas (ausencia de licenciamiento ambiental, por ejemplo) y problemas crónicos concernientes a la ocupación del suelo urbano (áreas de manantiales). La ley también prevé la aplicación de multas, entre un mínimo de R\$ 50,00 y un máximo de R\$ 50 millones.

13.4. Sanciones Administrativas

El Decreto n° 3.179, del 21.09.1999, reglamentó la Ley n° 9.605, del 12.02.1998, y actualizó el rol de sanciones administrativas aplicable a las conductas y actividades lesivas al medio ambiente.

En los términos del artículo 2º del Decreto, las empresas infractoras pueden ser punidas con las penalidades de advertencia; multa simple o diaria, que pueden variar entre R\$ 50,00 y R\$ 50 millones; aprehensión, destrucción, inutilización o suspensión de la venta de los productos utilizados en la infracción; embargo, suspensión o demolición de la obra o actividad irregular; reparación del daño y penas restrictivas de derecho. Las penas restrictivas de derecho previstas son la suspensión o cancelación del registro, licencia, permiso o autorización de la empresa irregular; pérdida, restricción o suspensión de incentivos y beneficios fiscales y de líneas de financiamiento en establecimientos oficiales de crédito; prohibición de contratar con la Administración Pública durante un período de hasta tres años.

Aunque ese Decreto incluya, como sanción administrativa, la reparación de los daños causados, en realidad ese ítem no posee el carácter de penalidad administrativa a ser aplicada por los órganos de fiscalización federal, estaduais o municipales, como las demás penalidades previstas en el Decreto. La obligación de reparar constituye, en realidad, una consecuencia de la responsabilización civil prevista en la Ley n° 6.938/81 y puede ser exigida independientemente de la aplicación de sanciones administrativas y/o criminales.

Las sanciones administrativas previstas en el Decreto 3.179/99, por lo tanto, pueden ser complementadas por acción del Ministerio Público con miras a la reparación del daño causado al medio ambiente y a la responsabilización criminal del infractor, en los términos de las Leyes n.º 6.938/81 y 9.605/98, con la peculiaridad de que las infracciones administrativas y la responsabilización criminal se rigen por la responsabilidad subjetiva, que depende de la demostración de culpa o dolo por parte del infractor, mientras que el deber de reparar dispensa la prueba de culpa y depende exclusivamente del establecimiento de un nexo causal entre la acción u omisión del infractor y el daño causado (*strict liability*).

13.5. El Sistema Nacional del Medio Ambiente

Existe todo un sistema de órganos federales destinado a atribuir eficacia a la legislación ambiental. El Sistema Nacional del Medio Ambiente (Sisnama) – comprende el Consejo Nacional del Medio Ambiente (Conama) – (órgano normativo, consultivo y deliberativo), el Ministerio de Medio Ambiente - (órgano central, con atribuciones de coordinación, supervisión y control de la Política Nacional de Medio Ambiente) y el Instituto Brasileño de Medio Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables (Ibama) – (el órgano ejecutivo).

Completan el Sisnama, también, otros órganos de la administración federal, fundaciones públicas orientadas hacia la protección del medio ambiente y enti-

dades de los poderes ejecutivos estatales y municipales (Secretarías Estadales y Municipales del Medio Ambiente; Agencias Ambientales – CETESB/FEE-MA/COPAM/IAP/CRA y otras), en sus respectivas jurisdicciones.

14. Privatización, Concesiones y Asociaciones con la Administración Pública

En este capítulo, serán abordadas las formas por las cuales la iniciativa privada está asumiendo actividades que antes eran explotadas exclusivamente por el Estado, específicamente, de la privatización, de la concesión de servicios públicos y de otras formas de asociación.

La privatización o desestatización es generalmente definida como el acto por el cual la Administración transfiere al sector privado el control accionario de empresas estatales, caracterizado por la alienación de acciones de esas empresas por medio de una licitación pública. En las privatizaciones puede ocurrir, simultáneamente la transferencia del control accionario y la transferencia para el sector privado de la prestación de servicios públicos asignados a esas empresas, que es hecha mediante la celebración de un contrato de concesión.

La concesión es el acto por medio del cual el Estado transfiere al ente privado el ejercicio de un servicio público y éste acepta prestarlo en nombre del Poder Público, pero por su cuenta y riesgo, que se remunera con la propia explotación del servicio, por medio de la cobranza de una tarifa. El otorgamiento de concesión está vinculado a la realización de previa licitación.

La asociación, por su parte, es un término amplio para designar la asociación del Poder Público con el sector privado para la realización de un determinado servicio de interés público, como la construcción de una obra pública, la prestación de un servicio público o ambos. Cabe subrayar que las asociaciones difieren de las concesiones, esencialmente, por la forma de remuneración del ente privado, ya que los socios privados pueden ser remunerados tanto por medio de tarifas como por medio de pagos directos realizados por el Estado, o una combinación de ambos, mientras que la remuneración de las concesiones es hecha exclusivamente por medio de tarifas.

De esta manera, se verifica que en las concesiones impera el precepto de la libre iniciativa, en que el lucro de los concesionarios depende exclusivamente de su eficiencia, considerándose que la remuneración, tal como fue mencionado, es tarifaria. Por su parte, las asociaciones pueden no estar sujetas al régimen de la libre iniciativa, porque la remuneración puede ser hecha (integral o conjuntamente con la remuneración tarifaria) mediante pago directo del Estado, lo que confiere mayor garantía al inversionista privado.

14.1. Programa Nacional de Desestatización

El Programa Nacional de Desestatización fue instituido por la Ley n° 8.031, del 12 de abril de 1990, siendo actualmente regulado por la Ley n° 9.491, del 09 de septiembre de 1997, y su respectivo Decreto n° 2.594, del 15 de mayo de 1998. La referida Ley trata de la alienación de empresas, inclusive instituciones financieras, controladas directa o indirectamente por la Unión, así como la transferencia, a la iniciativa privada, de la ejecución de servicios públicos explotados por la Unión, directamente o a través de entidades controladas, así como de los servicios de su responsabilidad.

El Consejo Nacional de Desestatización (CND), compuesto por Ministros de Estado y subordinado directamente al Presidente de la República, es el órgano superior responsable de la conducción del proceso de privatización de acuerdo con la citada Ley.

El Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) tiene la función de gestor del Fondo Nacional de Desestatización, proporcionando apoyo administrativo y operacional al CND, contratando consultorías y servicios especializados necesarios para la ejecución de las privatizaciones, articulando el sistema de distribución de valores mobiliarios y las Bolsas de Valores, entre otras atribuciones.

Hasta este momento, la mayoría de los procesos de privatización fue hecha por medio de subasta en bolsas de valores brasileñas. La Ley n.º 8.666, del 21 de junio de 1993, que reglamenta el artículo 37, XXI, de la Constitución Federal, establece las reglas para licitación. Esta Ley fue posteriormente complementada por la Ley n.º 8.883, del 8 de junio de 1994, por la Ley n° 9.648, del 27 de mayo de 1998, y por la Ley n° 11.196, del 21 de noviembre de 2005, que establece nuevos procedimientos para pliegos y métodos de licitación, formas de pago y especies de garantías aceptadas, entre otros. Existe, en trámite en el Congreso Nacional, un proyecto de ley que busca alterar la Ley de las Licitaciones, instituyendo nuevas características para los procesos licitatorios.

Un importante marco en las privatizaciones brasileñas fue la Ley General de las Telecomunicaciones (Ley n° 9.472, del 16 de julio de 1997), que reglamenta la Enmienda Constitucional n.º 8, del 15 de agosto de 1995, permitiendo que el sector privado actúe en la prestación de servicios de telecomunicaciones. Anteriormente, el Congreso Nacional ya había aprobado la Ley n° 9.295/96, que permitió la prestación de servicios de telefonía móvil por empresas privadas, siempre y cuando las concesiones fueran delegadas a empresas brasileñas cuya mayoría (por lo menos el 51%) del capital votante fuera detentada, directa o indirectamente, por personas (jurídicas o físicas) brasileñas.

El programa de privatización fue aplicado no solamente a la alienación de las empresas estatales y a las concesiones de servicios públicos de competencia del Gobierno Federal, sino también a las que están en el ámbito de los Estados y Municipios. Cada Estado y Municipio tiene poder para fijar reglas para su propio programa y, por lo tanto, la privatización de empresas controladas por Estados o Municipios es hecha de acuerdo con la legislación local específica. En este sentido, el Estado de São Paulo realizó uno de los más exitosos programas de privatización en Brasil. A partir de la publicación de la ley estadual de privatización, São Paulo transfirió a los inversionistas privados, entre otras, la explotación de los servicios públicos de distribución de gas canalizado (tanto en la región metropolitana, a través de la Comgás, como en el interior del estado, por intermedio de la Gas Brasileiro y Gas Natural), así como la generación (realizada por la Parapanema y por la Tietê, producto de la escisión parcial de la CESP) y la distribución de electricidad (por la CPFL y por la Eletropaulo, dos de las mayores distribuidoras brasileñas).

14.2. Concesión de Servicios Públicos

La Ley n° 8.987, del 13 de febrero de 1995 (Ley de las Concesiones), que regula el Artículo 175 de la Constitución Federal, establece las reglas para la concesión de servicios públicos, excluyendo expresamente de su ámbito los servicios de transmisión de radio y televisión. Esta Ley fue posteriormente modificada por la Ley n° 9.074, del 07 de julio de 1995, y por la Ley n° 11.196, del 21 de noviembre de 2005, siendo reglamentada, entre otros, por el Decreto n° 2.003, del 10 de septiembre de 1996, y por el Decreto n° 1.717, del 24 de noviembre de 1995, que establecieron las reglas y los procedimientos para el otorgamiento de nuevas concesiones, así como la prórroga de las concesiones existentes, inclusive en el caso de ciertas concesiones en el área de energía eléctrica. La Ley de las Concesiones dispone, también, que las concesiones deben ser otorgadas después de un proceso de licitación pública.

14.3. Principales Sectores Privatizados o en Proceso de Privatización

Las principales actividades económicas que pueden encuadrarse en el régimen de concesiones al sector privado y que ya fueron, o pueden ser privatizadas en Brasil, son las siguientes:

- generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y gas;
- petroquímicas;
- transporte municipal, vial, ferroviario, acuático y aéreo;
- telecomunicaciones;
- puertos, aeropuertos, infraestructura aeroespacial, construcción de carreteras,

- represas, diques, muelles y containeres;
- instituciones financieras;
- saneamiento, tratamiento y suministro de agua, y tratamiento de desechos industriales; y
- minería y metalurgia.

14.4. Evolución y Resultados del Programa de Privatización

Desde la promulgación de la Ley n° 8.031/90, centenas de empresas estatales fueron privatizadas por los gobiernos federal y estaduais, consiguiendo más de 100 mil millones de dólares en recursos. Entre ellas, están la Compañía Siderúrgica Nacional (CSN), la Compañía Vale do Rio Doce (CVRD); la Mafersa (fabricante de maquinaria ferroviaria); la Escelsa, la Light, la CERJ, la CEEE (parcialmente), la CPFL, la Eletropaulo, la Gerasul, la Coelba, la CESP (también parcialmente); el Sistema Telebrás (prácticamente todas las compañías telefónicas); la Comgás, la CEG (empresas distribuidoras de gas); y la Red Ferroviaria Federal S.A. (RFFSA). Además de éstas, todas las mayores metalúrgicas (*ej.* Usiminas, Cosipa, Acesita y CST), petroquímicas (*ej.*, Poliolefinas), empresas de fertilizantes (*ej.* Ultrafértil), la Embraer (4ª empresa aeronáutica del mundo), y los bancos Banespa y Meridional fueron también privatizados.

A pesar de los inevitables obstáculos y atrasos, el programa nacional de desestatización, implementado en Brasil en la década de 1990, produjo considerables ganancias para la Administración Pública, siendo que el gobierno federal recibió, entre los años 1997 y 2000, con las privatizaciones de los sectores eléctrico y de telecomunicaciones, recursos del orden de aproximadamente 70 mil millones de dólares a participación de capital extranjero llegó a cerca del 40% de este valor.

Las ventas de la gigante de la minería y transportadora CVRD y de la Telebrás, empresa *holding* del sistema de telecomunicaciones, en 1998, fueron las mayores privatizaciones de todos los tiempos en América Latina, atrayendo interés mundial e impulsando significativamente el flujo de inversiones extranjeras hacia Brasil.

En 2006, el gobierno brasileño pretende retomar el programa nacional de privatización, considerándose la publicación de nuevos pliegos de licitación para privatizar parte de la red vial brasileña.

14.5. Asociaciones Público-Privadas

Fue aprobada, el 31 de diciembre de 2004, la Ley n° 11.079, instituyendo las reglas generales para contratación de Asociaciones Público-Privadas (PPPs), en

su sigla en portugués). Por medio de esta Ley, el Gobierno Federal espera atraer más de R\$ 13 mil millones en inversiones extranjeras y nacionales, en proyectos de infraestructura básica, especialmente en las diversas áreas de transportes y saneamiento básico.

El nuevo régimen jurídico de la transferencia de la prestación de servicios públicos al sector privado, instituido por esa Ley, puede ser aplicado y utilizado por los órganos integrantes de la Administración Pública directa, por los fondos especiales, por las autarquías, fundaciones públicas, empresas públicas, sociedades de economía mixta y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Unión, Estados, Distrito Federal y municipios.

Además de la concesión de servicios públicos comunes, expuesta en el capítulo anterior (regida por la Ley de Concesión de Servicios Públicos -- Ley n° 8.987/95), fueron creadas dos nuevas especies: la concesión auspiciada y la concesión administrativa. Por concesión auspiciada se entiende la concesión de servicios públicos o de obras públicas comunes, cuya contraprestación involucre, además de la tarifa cobrada a los usuarios, remuneración complementaria del socio público. La concesión administrativa, por su parte, es el contrato de prestación de servicios en que la Administración Pública es la usuaria directa o indirecta (*ej.* construcción y administración de edificios públicos), aunque involucre ejecución de obra o suministro e instalación de bienes.

La diferencia entre las nuevas modalidades de concesión y la concesión común, que continua existiendo sin alteraciones, consiste exactamente en la existencia de contraprestación pecuniaria de la Administración Pública al ente privado. Así, cuando la concesión no involucra remuneración por parte de la Administración Pública al ente privado, no se trata de una PPP.

La ley también establece límites para contrataciones de Asociaciones Público-Privadas, estando prohibida la celebración de contratos cuyo valor sea de menos de R\$ 20 millones, cuyo período de prestación sea de menos de cinco años o que tenga como objeto único el suministro de mano de obra, el suministro e instalación de equipamientos o la ejecución de obra pública.

Los contratos administrativos regulados por la ley de PPP tienen plazos compatibles con la amortización de las inversiones realizadas por el sector privado, no pudiendo ser inferiores a cinco años ni superiores a 35 años, incluyendo una eventual prórroga. Para la firma de estos contratos, es necesaria la creación de una Sociedad de Propósito Específico, teniendo como única finalidad la implementación y gerencia de los proyectos de PPP.

La mayor innovación aportada por esa legislación fue la creación de un Fondo

Garantizador, que cuenta con hasta R\$ 6 mil millones en activos (acciones de compañías estatales, inmuebles, dinero etc.). Este fondo garantiza el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias asumidas por la Administración Pública al contratar con el sector privado, siendo que su activo sirve para garantizar eventuales acciones de ejecución propuestas contra el Socio Público contratante.

Otro punto que merece destaque es la previsión de utilización de métodos de arbitraje como forma de solución de eventuales disputas surgidas en el ámbito de las PPPs. Esta es la primera vez que una ley posibilita que la Administración Pública brasileña participe en procedimientos arbitrales.

Teniendo en cuenta que la principal intención del gobierno al crear las PPPs es agilizar el proceso de contratación y construcción de las obras necesarias para el desarrollo sostenido del país, fue necesario incluir en el procedimiento licitatorio nuevos mecanismos que lo tornasen más veloz, posibilitando el saneamiento de las deficiencias en infraestructura con mayor brevedad.

Complementariamente con la legislación federal, los Estados brasileños han promulgado legislaciones estatales con miras a viabilizar proyectos locales (que no tienen interferencia de la Unión), creando con ese objetivo nuevas formas de garantía, tales como la creación de empresas estatales responsables de la gestión y firma de los contratos. Los principales Estados que ya promulgaron sus leyes son São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Bahia y Rio Grande do Sul.

15. Licitación – Contratación de Obras, Servicios, Compras y Alienaciones por la Administración Pública

15.1. Introducción

Preliminarmente, cabe mencionar que la licitación es el procedimiento administrativo formal que permite al Estado seleccionar el mejor contratante, que le debe prestar servicios, construir obras, suministrar o adquirir bienes. Por medio de ella, la Administración Pública selecciona la propuesta más ventajosa para un contrato de su interés.

La adopción del procedimiento licitatorio y la observancia de los principios conexos son medidas imperativas para el Administrador Público. La Constitución Federal Brasileña establece, en su artículo 37, inciso XXI, que las obras, servicios, compras y alienaciones son contratadas por la Administración Pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios, mediante licitación pública, observadas, sin embargo, las excepciones previstas en legislación específica, cuando, entonces, puede tener lugar la figura de la contratación directa.

El artículo 175 de la Constitución de 1988, por su parte, exige la realización de licitación para la concesión y la autorización de servicios públicos, a las cuales se aplica la Ley n° 8.987/95, con las alteraciones de la Ley n° 9.648/98. Obsérvese que la autorización, clásicamente un acto administrativo discrecional, precario y sujeto a revocación en cualquier momento, no se sujetaba a la licitación, exigencia que pasó a ser hecha en el texto Constitucional. Es por eso que la Ley n° 8.987/95, al reglamentar la materia, determinó su formalización mediante contrato administrativo de adhesión, mantenidas las características de precariedad y capacidad de revocar unilateral del contrato por el poder permitente. La Ley n° 8.666, del 21.06.1993, y sus alteraciones, reglamenta el inciso XXI del artículo 37 ya mencionado, instituyendo las normas generales para licitaciones y contratos de la Administración.

Modalidad de licitación es la forma específica de conducir el certamen licitatorio, partiéndose de criterios previamente definidos en ley. El principal factor a ser considerado para la elección de la modalidad de licitación es el valor estimado del contrato a ser firmado. Hay, sin embargo, hipótesis en que la complejidad del objeto es más importante que el valor de la contratación. De cualquier forma, independientemente de la modalidad adoptada, es siempre observada la supremacía del interés público sobre el privado, de manera a alcanzar el resulta-

do más eficiente para la Administración Pública y la manutención del equilibrio económico financiero, entendido como la relación inicialmente pactada por las partes entre los cargos del contratado y la retribución de la Administración para la justa remuneración de la obra o del servicio adjudicado.

15.2. Modalidades

Las modalidades de licitación están previstas en el art. 22 de la Ley n° 8.666, del 21 de junio de 1993, estando prohibida la creación de otras modalidades o la combinación de las modalidades listadas. Ellas son la competencia, la toma de precio, la invitación, el concurso y la subasta. Además de esas modalidades, el legislador federal añadió el pregón, disciplinado por la Ley n° 10.502, del 17 de julio del 2002.

La competencia es utilizada en las compras o alienaciones de bienes inmuebles, concesiones de uso y prestación de servicios o construcción de obras públicas, en los casos en que los valores fueran superiores a R\$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil reales), así como en las obras y servicios de ingeniería y superiores a R\$ 650.000,00 (seiscientos cincuenta mil reales).

Esta es la modalidad utilizada en las licitaciones internacionales, cuando el órgano o entidad no dispone de catastro internacional de proveedores, hipótesis en que se puede adoptar la toma de precios. En la competencia, el procedimiento de la licitación es más complejo, siendo inclusive necesario comprobar la capacidad de cumplir los requisitos mínimos presentes en el pliego de licitación en la llamada etapa de habilitación, momento en el cual ya harán sido recibidas las propuestas comerciales.

La toma de precios, bastante semejante a la competencia, es la modalidad por la cual la evaluación de los interesados se realiza de forma previa, ya que ellos deben estar registrados antes de la recepción de las propuestas comerciales. Los límites de contratación son de hasta R\$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil reales) para obras y servicios de ingeniería, y de R\$ 650.000,00 (seiscientos cincuenta mil reales) para compras y servicios diferentes de los de ingeniería.

La invitación es la modalidad en la cual son invitados interesados en la actividad pertinente al objeto de la licitación, registrados o no, escogidos en número mínimo de 03 (tres), siendo posible a los demás registrados solicitar la participación en el procedimiento. Entre las modalidades licitatorias, la invitación es la que involucra los servicios de menor valor, alcanzando un valor máximo de R\$ 150.000,00 (ciento cincuenta mil reales) para obras de ingeniería y de obras, y de R\$ 80.000,00 (ochenta mil reales) para las demás.

El concurso, por su parte, se destina a seleccionar trabajos técnicos y artísticos,

entre todos los interesados, siendo el pago efectuado por premios o remuneración a los vencedores.

La subasta es la modalidad reservada a la alienación, para cualquier interesado, de bienes que no sean de utilización del poder público, bienes aprehendidos, bienes empeñados, o también bienes derivados de procedimientos judiciales o de dación en pago, por el mejor precio (lance) ofrecido a la administración a partir del valor mínimo de evaluación.

Finalmente, el pregón fue instituido para reglamentar las contrataciones que involucren el suministro de bienes o servicios comunes, o incluso de bienes o servicios prestados de forma dividida en partes o rutinaria, sin límite de valor. Dichas contrataciones son hechas en sesión pública por medio de propuestas de precios escritas y propuestas verbales, con miras a la compra más económica, segura y eficiente. Se admite la realización del pregón por medio de la utilización de recursos de la tecnología de la información (subasta electrónica, no presencial). Se excluye del ámbito del pregón la contratación de obras y servicios de ingeniería, alquiler o alienación inmobiliaria.

Cualquiera sea la modalidad licitatoria adoptada se debe siempre obedecer a los principios de la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, con el objetivo de seleccionar la propuesta más ventajosa para la Administración Pública, asegurándose la igualdad de condiciones a todos los participantes ante el instrumento convocatorio, así como fijándose exigencias de calificación técnica y económica y manteniéndose las condiciones efectivas de la propuesta.

15.3. Autorización, Concesión y Permiso de Servicio Público

La Constitución Federal, en su artículo 21, incisos XI y XII, establece que los siguientes servicios deben ser explotados por la Unión Federal: (i) servicios de telecomunicaciones y radiodifusión; (ii) servicios relacionados con la energía eléctrica y al aprovechamiento energético de los cursos de agua; (iii) navegación aérea, aeroespacial e infraestructura aeroportuaria; (iv) servicios de transporte ferroviario y acuaviario entre puertos brasileños y fronteras nacionales; (v) servicios de transporte vial interestatal e internacional de pasajeros; y (vi) servicios relacionados con puertos marítimos, fluviales y lacustres.

La ejecución de estos servicios puede ser hecha de forma directa o mediante autorización, concesión o permiso. En este sentido, la Unión está autorizada a delegar la prestación de los servicios, principalmente por medio de concesión o permiso, a personas jurídicas de Derecho privado con competencia para ejecutar dicha tarea, tal como se observará a continuación.

La autorización es el acto administrativo unilateral y discrecional por el cual el

Poder Público delega al particular la explotación (en el régimen privado) de servicio público, a título precario (quiere decir que puede ser revocada en cualquier momento por la Administración).

La concesión del servicio se realiza por medio de contrato administrativo formal, asentado mediante licitación en la modalidad de competencia, cuyo objetivo es la legalización de la delegación de la prestación de un servicio del Poder Público a una persona jurídica o a un consorcio de empresas, que asume, durante el plazo del contrato, los riesgos del negocio, mediante remuneración pagada por el usuario de los servicios. El referido contrato busca también satisfacer las condiciones de regularidad, continuidad, eficiencia y modicidad de las tarifas en la prestación de los servicios.

Las normas sobre concesión de servicio público se encuentran en la Ley n° 8.987/95, con las modificaciones introducidas por la Ley n° 9.648/98. La Ley n° 9.472/97 trata de la concesión de servicios de telecomunicaciones.

Por su parte, la autorización de servicio público, tal como fue mencionado anteriormente, es un acto simple, discrecional y precario, de delegación unilateral del Poder Público, materializado por medio de un contrato de adhesión que puede, en cualquier momento, ser anulado o a cuyo permisionario la Administración Pública puede imponer nuevas condiciones.

15.4. Habilitación

Para instituir el procedimiento de licitación, el Poder Público publica un acto justificando la conveniencia del respectivo otorgamiento y definiendo objeto, área y plazo de la contratación, después de lo cual el pliego de licitación es publicado.

La instauración del procedimiento licitatorio se lleva a cabo, por lo tanto, por medio del pliego, ley interna de la licitación, que debe ser cumplida por la Administración y por los licitantes. Se trata del principio de la vinculación al instrumento convocatorio, previsto en el artículo 3° de la Ley de Licitaciones y Contratos.

Quien esté interesado en participar en cualquier modalidad de licitación debe cumplir con las exigencias previstas en el edicto y con las exigencias de registro específicas pertinentes a cada modalidad y presentar la documentación exigida por ley, cuyo objetivo es la evaluación de la habilitación jurídica, calificación técnica, calificación económico-financiera y de la regularidad fiscal del quien participa en la licitación.

En el caso de que el pliego de licitación faculte la formación de consorcio, cada

empresa que forme parte del mismo debe presentar toda la documentación anteriormente mencionada como si fuera un licitante individual.

Habilitados, los licitantes presentan sus propuestas respondiendo a los requisitos establecidos en el pliego de licitación, situación en la cual cualquier persona puede obtener certificados sobre actos, contratos, decisiones o pareceres relativos a la licitación o a las propias concesiones o permisos.

Cabe subrayar que la Ley de Licitaciones, en su artículo 34, previó la posibilidad de mantener un registro catastral a efectos de habilitación, válido durante un año, como plazo máximo, conteniendo los documentos de los interesados en participar de licitaciones. Dichos interesados reciben un Certificado de Registro Catastral que les posibilita la participación en las tomas de precios, substituyéndose la documentación pertinente para la habilitación en otras modalidades, inclusive, los aspectos a los que se refiere el párrafo 2º, del artículo 36 de dicho texto legal.

El juicio realizado sobre las propuestas adopta los criterios (i) de menor precio, cuando el criterio de selección de la propuesta más ventajosa para la Administración determine que es vencedor el licitante que, cumpliendo con las especificaciones del pliego o invitación, ofrezca el menor precio; (ii) de mejor técnica; (iii) de técnica y precio; o (iv) mayor propuesta u oferta, en los casos de alienación de bienes o concesión de derecho real de uso.

En el caso de empate entre dos o más propuestas, después del análisis de todas las condiciones establecidas en el acto convocatorio, se efectúa un sorteo, en sesión pública, registrado en acta, para el cual todos los licitantes son convocados.

15.5. Dispensa e Inexigibilidad de Licitación

Hay tres situaciones relevantes dispensadas de licitación por ley: (i) el pequeño valor del objeto de la licitación; (ii) situaciones de emergencia por calamidad pública, guerra y o grave perturbación del orden; o, también, (iii) compra o locación de inmueble que, por motivos relevantes en lo que se refiere a su selección – por ejemplo, la ubicación geográfica del inmueble –, imposibiliten la licitación. Estas, conjuntamente con otras veintiuna razones, están mencionadas en el art. 24 de la Ley nº 8.666/93 y caracterizan las hipótesis de contratación directa.

La inexigibilidad de licitación se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley en pauta, en función de la imposibilidad de realizar una licitación debido a la inviabilidad de competencia entre los supuestos competidores, por la producción o comercialización exclusiva por parte del

proveedor (prohibida la preferencia de marca), por la notoria especialización de profesionales o empresas en la contratación de servicios técnicos especializados, o también, en la contratación de profesional consagrado por la opinión pública.

15.6. Contrato Administrativo

El instrumento de contrato es obligatorio en los casos de competencia y de toma de precios, así como en las dispensas e inexigibilidades cuyos precios estén comprendidos dentro de los límites de esas dos modalidades y contiene cláusulas que definen: (i) las partes; (ii) objeto; (iii) área y plazo; (iv) forma y condiciones de la prestación de servicios; (v) parámetros que definen la calidad del servicio; (vi) precio del servicio; (vii) criterio de reajuste contractual; (viii) derechos, garantías y obligaciones de los usuarios; (ix) proyecciones de ampliaciones y modernizaciones; (x) forma de fiscalización; y (xi) penalidades contractuales.

Pueden, también, ser incluidos cronogramas físico-financieros de ejecución de las obras, así como garantías del cumplimiento de las obligaciones, en los casos de contratos relativos a la concesión de servicio público precedido de la ejecución de obra pública.

La concesionaria puede contratar con terceros el desarrollo de actividades inherentes, accesorias o complementarias del servicio objeto de la concesión, relación regida por el derecho privado. La contratación de terceros no excluye la responsabilidad de la concesionaria sobre todos los perjuicios causados al poder concedente, a los usuarios o a terceros. Siempre y cuando esté prevista en el contrato, autorizada por el poder concedente y precedida de competencia, se admite también la subcontratación.

15.7. Garantías

La exigencia de garantías es un requisito común en las contrataciones de servicios, obras o compras. No se trata de una exigencia obligatoria, pero debe estar prevista en el instrumento convocatorio para que sea posible y legítima. Salvo excepciones previstas en ley (artículo 56 de la Ley de Licitaciones), la garantía debe ser o caución, o seguro-garantía o también garantía bancaria, a criterio del contratado, siempre y cuando el valor correspondiente al seguro no exceda el 5% (cinco por ciento) del valor total del contrato.

15.8. Fiscalización y Extinción del Contrato Administrativo

Compete al poder concedente, con base en la defensa del interés del consumi-

dor, el poder-deber de fiscalizar la ejecución del contrato, formando comisiones fiscalizadoras que tienen acceso a los datos relativos a la administración, contabilidad, recursos técnicos, económicos y financieros de la concesionaria, pudiendo intervenir en la concesión.

Evidentemente, toda adquisición y toda obra pública presupone la entrega del objeto en la forma convenida, así como toda concesión o permiso presupone la prestación de servicio adecuado a la *plena* atención de los usuarios, para satisfacer los principios de la continuidad, eficiencia, seguridad, entre otros, en la prestación de los servicios. La inobservancia de tales principios puede determinar, inclusive, la aplicación de penalidades y la resolución del contrato.

También son hipótesis de extinción del contrato: el advenimiento de su término; la restitución (retomada del servicio por el cedente por motivo de interés público); la caducidad, inejecución total o parcial del servicio; la rescisión; la anulación; o la quiebra o extinción de la empresa concesionaria o fallecimiento o incapacidad del titular, en el caso de empresa individual.

Habiendo incumplimiento de las cláusulas contractuales por parte del contratado, son aplicables las sanciones previstas en la Ley de Licitaciones y en el instrumento convocatorio. Si el incumplimiento fuera del poder concedente, corresponde una acción judicial especial para que el contrato sea rescindido y el particular sea debidamente indemnizado.

15.9. Otras Figuras Contractuales

Con miras a la optimización de los recursos públicos y a la agilidad de los procedimientos contractuales administrativos, el Gobierno del Estado de São Paulo autorizó, mediante el Decreto n° 45.085/2000, la utilización del sistema electrónico de contratación o compras *on-line*, como es comúnmente conocido, para la adquisición de materiales y servicios por el Estado.

La subasta electrónica es una modalidad de licitación cuyo criterio de juicio es el de la mejor oferta y que se lleva a cabo en contrataciones cuyo valor no supere los R\$ 8.000,00 (ocho mil reales), hipótesis en que, de acuerdo con el art. 24 de la Ley n° 8.666/93, se dispensa la licitación. Cualquier empresa que esté previa y debidamente registrada en el sistema puede participar en la subasta electrónica.

Existen, también, los contratos de gestión, resultado de la nueva redacción dada por la Enmienda Constitucional 19/98 al artículo 37, § 8º, de la Constitución Federal, vistos como técnicas de descentralización, mediante las cuales se establecen metas y objetivos a ser alcanzados y cuya ejecución queda sometida

a la fiscalización y sanción del Poder Público.

Por medio de los contratos de arrendamiento, el Poder Público transfiere la gestión de un servicio público a un particular, que pasa a explotarlo por su cuenta y riesgo, colocando a su disposición un inmueble público.

Finalmente, es importante mencionar los Términos de Asociación, firmados entre el Poder Público y las entidades calificadas como organización de la sociedad civil de interés público, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley n° 9.790, del 23.03.1999. Dicho instrumento está destinado a la formación de un vínculo de cooperación entre las partes, para la ejecución de actividades de interés público, pudiendo haber transferencia de recursos públicos a la entidad así calificada. Cuando dichas actividades implican la delegación de servicios de competencia de la Administración Pública, se trata de asociaciones público-privadas (PPP, en su sigla en portugués).

El 30 de diciembre del 2004, fue sancionada la Ley Federal n° 11.079, reglamentada por el Decreto 5.385/2005, que instituyó normas generales para licitación y contratación de asociaciones público-privadas, en el ámbito de la Administración Pública.

La referida Ley define a la PPP como un contrato administrativo de concesión, en la modalidad auspiciada o administrativa, siendo la concesión auspiciada el contrato de prestación de servicios u obras públicas de que trata la Ley n° 8.987/95, que involucra, además de la tarifa cobrada a los usuarios, una contraprestación pecuniaria del socio público al socio privado.

En la modalidad administrativa, el socio privado recibe una contraprestación pagada por el ente de la Administración beneficiado por la prestación de los servicios. Cabe recordar que el pago de la parte atribuida al Poder Público está condicionado a la efectiva prestación de los servicios y al desempeño satisfactorio del socio privado.

De modo general, en la PPP, el sector privado se responsabiliza del financiamiento total del servicio, incluyendo las obras necesarias para su implantación y, en ocasión de su conclusión y efectiva disponibilización, es que comienza a recibir la remuneración, tanto directamente a través de los recursos del Poder Público, como combinada con la cobranza de tarifa al usuario, como, por otra parte, sucede con la forma tradicional de remuneración de las concesiones.

Cabe al ente público, por lo tanto, especificar el servicio u obra a ser implantado y disponibilizado por el agente del sector privado. Cuando se extingue el contrato de asociación, la propiedad de los bienes, muebles o inmuebles, necesarios para la continuidad de los servicios son revertidos a la Administración Pública,

independientemente de indemnización.

Obsérvese, finalmente, que la simple contratación de obra pública y la concesión común, es decir, la delegación de servicios públicos u obras públicas, no constituyen PPP, aplicándose a dicha concesión las normas establecidas por la Ley de Licitaciones y Contratos (Ley n° 8.666/93) y por las Leyes de Concesiones (Leyes n° 8.987/95 y n° 9.074/95).

16. Telecomunicaciones

16.1. Historial de las Telecomunicaciones en Brasil

La Ley n° 4117, del 27.08.1962, promulgó el Código Brasileño de Telecomunicaciones (CBT), que rigió durante más de 35 años los servicios de telecomunicaciones en todo el territorio del país y autorizó la creación de la Empresa Brasileña de Telecomunicaciones S.A. (Embratel).

El 11.07.1972, la Ley n° 5792, autorizó la creación de una sociedad de economía mixta denominada Telecomunicaciones Brasileñas S.A. (Telebrás) con la finalidad, entre otras, de promover, a través de subsidiarias y asociadas, la implantación y explotación de servicios públicos de telecomunicaciones en Brasil y en el exterior. La Telebrás, sus subsidiarias y asociadas formaban el Sistema Telebrás, incluyendo a la Embratel, incorporada por la Telebrás.

En 1995, comenzó el proceso de liberalización del mercado brasileño de telecomunicaciones, con la promulgación de la Enmienda Constitucional 08, del 15.08.1995, que permitió al Gobierno Federal abrir la explotación de todos los servicios de telecomunicaciones a empresas privadas, por medio de autorización, concesión o permiso.

Posteriormente, la Ley n° 9265, del 19.07.1996 (Ley Mínima) desreglamentó y liberalizó servicios de valor adicionado, flexibilizó las condiciones para la explotación de satélites y de servicios de telecomunicaciones no abiertos al público, y organizó el proceso de licitación para la Banda B del Servicio Móvil Celular (SMC).

El 16.07.1997 fue promulgada la Ley n° 9472 (LGT), que creó la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (Anatel) y estableció criterios para la privatización de las concesionarias estatales, así como otras reglas de liberalización y de competencia en el mercado de telecomunicaciones.

La LGT estableció que las redes deben ser organizadas como vías integradas de libre circulación, imponiendo interconexión obligatoria entre todas las redes de soporte de servicios de interés colectivo, garantizando la operación integrada de redes y condicionando el derecho de propiedad sobre las redes a la obligación de cumplir la respectiva función social. En este sentido, la interconexión es un importante instrumento para la convergencia.

La LGT contiene una definición legal de servicios de valor agregado que estableció expresamente que ellos no son servicios de telecomunicaciones y clasificó a

la prestadora de servicio de valor agregado como usuaria de los servicios o de la red de telecomunicaciones que les da respaldo.

Así, con excepción de los servicios de transmisión de datos considerados en sí mismos, todos los servicios de *Internet* están fuera de la competencia de la Anatel y su respectiva explotación está libre de toda carga regulatoria.

A mediados de 1998, el Sistema Telebrás pasó por una completa reestructuración, que incluyó el proceso de privatización de las empresas que lo integraban y el direccionamiento de un gran flujo de inversiones hacia la expansión de los servicios de telecomunicaciones, frente a las nuevas tecnologías.

A efectos de competencia en el mercado de telefonía fija, el servicio de teléfono fijo conmutado (STFC) pasó a incluir tres modalidades distintas de servicios, objeto de otorgamientos también diferenciadas. El territorio nacional fue dividido en cuatro áreas de actuación, denominadas Regiones y el número de competidores admitidos en cada modalidad de servicio, desde la privatización hasta el 31.12.2001, quedó limitado a dos empresas por región – la concesionaria y la respectiva empresa-espejo (Plan General de Otorgamientos – PGO, aprobado por el Decreto no 2534, del 02.04.1998).

La prestación de los servicios de telefonía local fue atribuida a una concesionaria y a una empresa espejo (duopolio) en cada una de las áreas de actuación correspondientes a las Regiones I, II o III. La prestación de los servicios de larga distancia nacional fue otorgada a dos empresas regionales (la concesionaria y la empresa-espejo) en cada una de las Regiones I, II e III, y a dos empresas nacionales (la concesionaria y la empresa-espejo), éstas actuando en todo el territorio nacional, constituyendo la región IV. La prestación de los servicios de larga distancia internacional fue otorgada a las dos empresas nacionales, que podían originar llamadas en todo el territorio nacional o región IV.

El duopolio, una característica señalada de esta primera fase de abertura de las telecomunicaciones, tenía el objetivo de que las empresas entrantes tuvieran tiempo de establecerse y consolidarse en el mercado antes de la libre competencia, en el 2002. Durante el período de transición entre la desestatización de las empresas del Sistema TELEBRÁS y la liberalización total de los mercados de telefonía fija y móvil, la competencia se resumía a la disputa entre las empresas concesionarias y las empresas-espejo, en la telefonía fija, y entre las concesionarias que actuaban en las sub-franjas de frecuencia de la Banda A y de la Banda B, en la telefonía celular.

A partir del 2002, se inició la segunda fase de la liberalización del mercado de telecomunicaciones brasileño, dejando de existir cualquier límite al número

de prestadoras de servicio, siendo, mientras tanto, lícita la imposición de restricciones jurídico-administrativas en los casos excepcionales de imposibilidad técnica o cuando el exceso de competidores pudiese comprometer la prestación de una modalidad de servicio de interés colectivo.

16.2. El Desarrollo de la Telefonía Móvil Celular

La explotación de los servicios de telefonía móvil fue iniciada por las operadoras del Sistema Telebrás (en sub franja de frecuencia llamada Banda A). Su organización como servicio móvil celular (SMC) se produjo en 1996, después de la Enmienda Constitucional en el 08/95, con miras a la privatización de la Banda B.

Inicialmente explotado a través de concesión, con la *plena* vigencia de la LGT, el SMC pasó a ser explotado exclusivamente en régimen privado, mediante la obtención de autorización previa.

La promulgación de la LGT dio origen a la substitución de los reglamentos, normas y demás reglas entonces vigentes por la reglamentación emitida por la Anatel, cuya implementación se realizó de forma gradual desde el año 2000, bajo la designación de Normas del Servicio Móvil Personal (SMP).

En el período entre el 2001 y el 2003, fueron subastadas hasta tres nuevas autorizaciones de SMP por región, correspondientes a las Bandas C, D y E,. Las empresas interesadas pudieron adquirir autorizaciones en cada una de las tres regiones, estando, no obstante, prohibida la adquisición de más de una autorización dentro de la misma área de prestación.

Cualquier empresa constituida bajo las leyes brasileñas y controlada por *holding* brasileña, incluso bajo control extranjero, puede detentar una autorización de SMP.

Las nuevas reglas que aumentan las áreas de prestación de servicio dieron impulso a fusiones e incorporaciones entre las operadoras. En Brasil, la telefonía móvil ha crecido rápidamente, con predominancia del servicio móvil pre-pago. Actualmente, la tecnología más usada es el GSM, seguida del CDMA y del TDMA.

16.3. El Órgano Regulador de las Telecomunicaciones (Anatel)

El órgano regulador de las telecomunicaciones, la Anatel, posee independencia administrativa, ausencia de subordinación jerárquica y autonomía financiera.

Básicamente, la Anatel tiene competencia para: (i) expedir normas relativas al otorgamiento, prestación y disfrute de los servicios de telecomunicaciones en el régimen público (servicio universal); (ii) fijar, controlar y efectuar el seguimiento de la estructura tarifaria relativa a cada modalidad de servicio prestado en el régimen público; (iii) celebrar y administrar contratos de concesión; (iv) expedir reglas sobre la prestación de servicios de telecomunicaciones en el régimen privado; (v) controlar, prevenir y reprimir las infracciones contra el orden económico en el área de las telecomunicaciones, sin perjuicio de la competencia definitiva del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE); (vi) administrar el espectro de radiofrecuencias y utilización de órbitas para satélites; (vii) definir las modalidades de servicio en función de su finalidad, ámbito de prestación, forma, medio de transmisión, tecnología empleada y de otros atributos; y (viii) fiscalizar la prestación de los servicios y aplicar sanciones administrativas a los infractores de las normas de telecomunicaciones.

16.4. Ley General de las Telecomunicaciones

El Código Brasileño de Telecomunicaciones fue revocado por la LGT, salvo en lo que atañe a la materia penal no tratada por esa Ley y en lo que se refiere a los preceptos relativos a la radiodifusión.

La LGT dispone sobre la organización de los servicios de telecomunicaciones, la creación y el funcionamiento del órgano regulador y los principios fundamentales del Derecho de las Telecomunicaciones.

Los servicios de telecomunicaciones deben ser organizados en términos que propicien la libre, amplia y justa competencia entre las empresas que los explotan, aplicándose al sector las normas generales de protección del orden económico, estando prohibida la práctica de actos, por parte de las prestadoras, que puedan perjudicar, de alguna manera, la libre competencia y la libre iniciativa.

La LGT define la interconexión como la ligación entre redes de telecomunicaciones funcionalmente compatibles, para que los usuarios de una de las redes puedan comunicarse con usuarios de servicios de otra o tener acceso a los servicios disponibles en ellas. La interconexión debe realizarse mediante acuerdo, formalizado por contrato libremente negociado entre las operadoras interesadas. Ante la falta de acuerdo entre los interesados, la LGT sólo admite que sea realizado por la Anatel, por solicitud de uno de ellos.

16.5. Régimen de los Servicios de Telecomunicaciones

La organización del sector de telecomunicaciones está basada en un sistema de límites y restricciones a las operadoras de servicios de telecomunicaciones. La

explotación de todos los servicios o redes de telecomunicaciones depende de la previa obtención de otorgamiento de la Anatel, con excepción de situaciones específicas en que basta una mera comunicación a la Anatel. Los otorgamientos también son concedidos de acuerdo con las diferentes modalidades de servicios definidas por la Anatel.

En efecto, la explotación de servicios de telecomunicaciones sólo puede llevarse a cabo mediante previa (i) concesión o permiso; (ii) autorización; o (iii) comunicación a la Anatel.

La LGT adopta dos criterios de clasificaciones de los servicios. El primero consiste en el alcance de la oferta comercial de los servicios, clasificándolos en servicios de interés colectivo y servicios de interés restringido.

Servicios de interés colectivo son los servicios cuya prestación debe ser proporcionada por la prestadora a cualquier interesado en su disfrute, en condiciones no discriminatorias, mediante simple adhesión. Por su parte, los servicios de interés restringido son los que están destinados al uso propio del oferente u ofrecido a determinadas clases de usuarios, de forma selectiva, a criterio de la operadora.

El segundo criterio de clasificación de la LGT establece dos clases de servicios de acuerdo con el régimen jurídico de su prestación: servicios públicos y servicios privados.

Los servicios de telecomunicaciones prestados en régimen público son los servicios cuya existencia, universalización y continuidad la Unión asume como obligación o competencia propia. El servicio telefónico fijo conmutado ofrecido comercialmente al público en general, o STFC, es el único servicio de telecomunicaciones establecido por la LGT como obligación legal de la Unión. Así, el único servicio público de telecomunicaciones sujeto a las obligaciones de universalización y continuidad es el STFC destinado al usuario final. Esta competencia de la Unión debe ser ejecutada mediante delegación a través de contrato de concesión.

Servicio de telecomunicaciones prestado en régimen privado es el servicio en que la ejecución del servicio resulta del ejercicio del derecho de libre iniciativa económica del sector privado, mediante simple autorización de la Anatel y con la mera exigencia de obligaciones de expansión y atención.

La concesión de los servicios es objeto de contrato administrativo celebrado por la Anatel, a través de licitación, sin carácter de exclusividad, sujetando a las concesionarias, cuyos ingresos son derivados de la cobranza de tarifas de los usuarios, a los riesgos empresariales. El plazo máximo de la concesión es de

20 años y puede ser renovado o prorrogado una única vez, por igual período. En enero del 2006, los contratos de concesión que aquel entonces estaban en vigor fueron renovados y serán revisados cada cinco años por la Anatel, con la finalidad de establecer nuevos condicionamientos, metas de universalización y calidad.

Las tarifas del STFC en el régimen público están sometidas a un tope máximo. La Anatel puede someter a la concesionaria al régimen de libertad tarifaria, en el caso de que sea constatada la existencia de amplia y efectiva competencia entre las prestadoras del servicio.

En efecto, el STFC también puede ser prestado por prestadoras en el régimen privado (no-concesionarias), que no estén sometidas a las metas de universalización.

La explotación de servicios bajo la égida del régimen privado está basada en los principios constitucionales de la actividad económica y debe pautarse por la libre y amplia competencia entre prestadoras, derechos del consumidor y desarrollo tecnológico e industrial del sector.

Los precios a ser cobrados por las prestadoras de servicios en el régimen privado son libres. Sin embargo son reprimidas las prácticas perjudiciales para la competencia, así como el abuso del poder económico.

La explotación de servicios en el régimen privado depende de previo acto de autorización de la Anatel y acarrea el derecho de uso de las radiofrecuencias asociadas a él. No hay límite para el número de autorizaciones a ser otorgadas por la Anatel para la explotación de servicios en el régimen privado, salvo en los casos de limitaciones técnicas o cuando el exceso de competidores pueda comprometer la prestación de servicios de interés colectivo. En estos casos excepcionales en que es necesario limitar el número de autorizaciones de servicio, el otorgamiento de autorización debe ser precedida por un procedimiento licitatorio, en los mismos moldes del otorgamiento de autorizaciones para el SMP.

El derecho de uso de radiofrecuencia, en carácter exclusivo o no, depende del previo otorgamiento de la Anatel, mediante autorización, vinculada a la concesión o autorización para la explotación de servicio de telecomunicaciones. Para los servicios explotados en el régimen público, el derecho de uso de radiofrecuencia tiene el mismo plazo de vigencia de la concesión a la cual esté asociado. No obstante, la autorización para la explotación del servicio, en el régimen privado, independa de plazo, el plazo de vigencia del derecho de uso de radiofrecuencia es de hasta 20 años, prorrogable una única vez, por igual período. El derecho de uso de radiofrecuencia solamente puede ser transferido cuando

haya la correspondiente transferencia del otorgamiento a que él está vinculada.

Recientemente, la Anatel publicó un nuevo reglamento para el STFC en el cual dio especial atención a los derechos de los consumidores, anteriormente regidos apenas por el Código de Defensa del Consumidor (CDC). En lo que concierne a los usuarios del SMP, de acuerdo con reglas anunciadas por la Anatel, sus derechos básicos que constan en el CDC también son objeto de reglamentación específica.

16.6. La Transferencia de Control de Empresas de Telecomunicaciones

La transferencia del control de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones en Brasil es regulada por la LGT. La Anatel, con miras a propiciar la competencia efectiva e impedir la concentración económica en el mercado, puede establecer restricciones, límites o condiciones para la obtención y transferencia de concesiones y autorizaciones de servicios.

Una de las reglas merecedoras de destaque en materia de control previo de fusiones e incorporaciones es la Resolución 101/99 de la Anatel, que establece criterios y conceptos con miras al cálculo de control y transferencias de control que puedan llevar a la concentración económica de mercado.

En los términos de este dispositivo legal, se encuadra en el concepto de controladora la persona, jurídica o natural, que, directa o indirectamente: (i) participe o indique a una persona o miembro de consejo de Administración, de Directorio u órgano con atribución equivalente, de otra empresa o de su controladora; (ii) tenga derecho de veto estatutario o contractual en cualquier materia o deliberación de la otra; (iii) *posea* poderes suficientes para impedir la verificación de quorum calificado de instalación o deliberación exigido, por fuerza de disposición estatutaria o contractual, con relación a las deliberaciones de la otra; o (iv) detente acciones de la otra, que le asegure el derecho de voto en separado.

Además, dispone la Resolución que una empresa es considerada como estando coligada a otra si detentara, directa o indirectamente, por los menos el 20% de participación en el capital votante de la otra, o si por lo menos el 20 % capital votante de ambas, fuera detentado, directa o indirectamente, por una misma persona natural o jurídica.

La mencionada Resolución establece también que el negocio jurídico que resulta en cesión parcial o total, realizada por la controladora, de control de la prestadora de servicios, caracteriza transferencia de control.

Finalmente, se destaca que cualquier alteración en el cuadro societario de la

empresa que pueda caracterizar transferencia de control debe ser sometida, previamente, a la Anatel, especialmente cuando: (i) la controladora o uno de sus integrantes se retirara o pasara a detentar una participación de menos del 5% en el capital votante de la prestadora o de su controladora; (ii) la controladora dejara de detentar la mayoría del capital votante de la empresa; y (iii) la controladora, mediante cualquier acuerdo, cediera, total o parcialmente, a terceros, poderes para la conducción efectiva de las actividades de la empresa.

16.7. Tributos del Sector de Telecomunicaciones

La Ley n° 9.998, del 17 de agosto del 2000, instituyó el Fondo de Universalización de Servicios de Telecomunicaciones (FUST), cuyo objetivo es proporcionar recursos destinados a cubrir la parte de costo exclusivamente atribuible al cumplimiento de las obligaciones de universalización de servicios públicos de telecomunicaciones que no puedan ser recuperadas mediante la explotación eficiente del servicio. Las operadoras pasaron, a partir del 2001, a recibir el 1% de su facturación nominal con la prestación de servicios de telecomunicaciones para financiar el referido fondo, excluyéndose el Impuesto sobre Operaciones relativas a la Circulación de Mercaderías y sobre Prestaciones de Servicios de Transportes Interestatal e Intermunicipal y de Comunicaciones – ICMS, el Programa de Integración Social – PIS y la Contribución para el Financiamiento de la Previsión Social – COFINS.

Con miras a impedir la incidencia acumulativa de la contribución al FUST sobre los servicios de telecomunicaciones que integran la cadena productiva del servicio prestado al usuario final, la Ley del FUST estableció como base de cálculo de la contribución los ingresos derivados de los servicios de telecomunicaciones prestados al usuario final, estableciendo una exención sobre los ingresos de interconexión y sobre los ingresos resultantes de la explotación industrial de líneas dedicadas. No obstante, tal exención legal fue objeto de interpretación realizada por la Anatel a través de una Súmula que estableció el entendimiento de que todo y cualquier ingreso derivado de la prestación de servicios de telecomunicaciones integra la base de cálculo del FUST. Esta interpretación está siendo objeto de impugnación tanto en la esfera administrativa como en la esfera judicial, cuyo resultado tiene impacto sobre todas las operadoras del sector de telecomunicaciones.

El Fondo de Fiscalización de las Telecomunicaciones (FISTEL) fue creado por la Ley n° 5.070, del 07.07.1966, destinándose a proveer recursos para cubrir los gastos hechos por la Anatel en la ejecución de la fiscalización de los servicios de telecomunicaciones. Todas las concesionarias, permisionarias y autorizadas de servicios de telecomunicaciones y de uso de radiofrecuencia deben pagar la Tasa de Fiscalización de Instalación en el momento de la emisión del certificado de licencia para el funcionamiento de las estaciones. El valor de dicha tasa es

establecido por la Anatel, variando en función del número de antenas y equipos en uso. Además, esas empresas están sometidas, anualmente, al pago de la Tasa de Fiscalización de Funcionamiento de valor equivalente al 50% de los valores fijados para la Tasa de Fiscalización de Instalación.

La Ley n° 10.052, del 28.11.2000, instituyó el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Telecomunicaciones (FUNTTEL). Dicho fondo fue creado con un presupuesto inicial de R\$ 100 millones, procedentes del Fondo de Fiscalización de las Telecomunicaciones (FISTEL). El fondo recibe, también, el 0,5% de la renta nominal de la prestación de servicios de telecomunicaciones, además del 1% de la recaudación efectuada por instituciones autorizadas derivada de eventos participativos realizados por medio de llamadas telefónicas. Su finalidad es el financiamiento de investigaciones tecnológicas en el área de telecomunicaciones desarrolladas por empresas pequeñas y medianas, para aumentar la competitividad de la industria brasileña de telecomunicaciones.

Además, sobre los servicios de telecomunicaciones también incide el ICMS, impuesto estadual sobre la comunicación, previsto en la Constitución Federal.

16.8. Incentivos

La legislación brasileña instituyó diversos incentivos para el desarrollo de productos relacionados con los servicios de telecomunicaciones, mediante la adopción de instrumentos específicos de política crediticia, fiscal y aduanera.

En este sentido, el gobierno brasileño, a pesar de haber prácticamente eliminado uno de sus regímenes especiales de importación, el ex-tarifario, mantuvo beneficios fiscales para diversos componentes destinados al área de telecomunicaciones, que antes estaban sujetos a alícuotas de impuesto de importación que llegaban al 16%.

La Ley n° 10.176, del 11.01.2001, por su parte, extendió hasta el 31.12.2000 el beneficio de exención del Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI) a los productos previstos en ella. A partir de esa fecha, las exenciones fueron convertidas en reducción de las alícuotas de IPI aplicables, con gradual disminución del porcentaje de reducción hasta el 31.12. 2009, cuando será extinta.

16.9. El Futuro de los Servicios de Telecomunicaciones

El principal desarrollo aguardado en el sector de telecomunicaciones se refiere a la elección del estándar tecnológico de televisión digital a ser adoptado en Brasil. Los criterios para la elección del estándar también serán definidos por el Congreso Nacional y esa elección es prioridad del gobierno. El modelo de implantación escogido deberá soportar la recepción móvil, recepción portátil, multimedios e interactividad, con miras a promover

la inclusión digital, actualizar y revitalizar el sector de radiodifusión y la industria electrónica nacional, optimizar el uso del espectro de radiofrecuencias, y contribuir a la convergencia de los servicios de telecomunicaciones.

Con el objetivo de fomentar la competencia, la Anatel emitió nuevas reglas para el servicio telefónico fijo conmutado, para la explotación industrial de líneas dedicadas y para la adopción de un documento de separación y asignación de cuentas, introduciendo en el sector de telecomunicaciones brasileño el concepto de poder de mercado significativo (PMS).

Está siendo aguardada la imposición de otras obligaciones *ex ante* las concesionarias, tales como el deber de construir redes en localidades en las cuales la concesionaria no tenga capacidad disponible. La Agencia anunció que reglamentará la numeración, la portabilidad, la reventa y la posibilidad de hacer nuevos usos de tecnologías, tales como WLL (*Wireles Local Loop*), TV por cable y PLN (*Power Line Networks*), en nuevos modelos de negocio.

Otra prioridad del gobierno brasileño consiste en solucionar cuestiones jurídicas que impiden la utilización de los recursos del FUST, lo que incluye una esperada alteración de la LGT.

Diversos proyectos de ley están tramita en el Congreso Nacional con miras a armonizar la legislación de TV por Cable y radiodifusión, con el objetivo de promover la inclusión digital.

La transmisión de contenido realizada por prestadoras de servicios de telecomunicaciones *vis a vis* el ámbito de la restricción constitucional al capital extranjero aplicable a empresas de radiodifusión suscitó un intenso debate en la sociedad, principalmente en lo que se refiere a la inclusión de una cláusula en los recientemente renovados contratos de concesión, según la cual las prestaciones, utilidades o comodidades consideradas, por la Anatel, inherentes y complementarias de la plataforma del STFC, deben observar la restricción al capital extranjero establecida por la Constitución Federal para la radiodifusión.

Tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley relativo a los poderes de las agencias reguladoras, que puede alterar significativamente los poderes de la Anatel con relación a la competencia para el otorgamiento de los servicios de telecomunicaciones y para el control y prevención de infracciones del orden económico.

17. Energía Eléctrica

17.1. Introducción

El sector eléctrico brasileño sufrió profundas y significativas alteraciones en la década pasada, durante el Gobierno del Presidente Fernando Henrique Cardoso⁴, siendo notables la redefinición del papel del Estado, la implementación gradual de un modelo económico basado en la libre competencia y el ingreso masivo de inversiones privadas a dicho sector.

Los cambios comenzaron en 1995, cuando fue aprobada la Enmienda n° 06 de la Constitución Federal que eliminó de la misma el concepto de empresa brasileña de capital nacional, posibilitando el ingreso de capital extranjero al sector, inclusive para la adquisición de empresas concesionarias. En 1995, fueron editadas las Leyes n° 8.987 y n° 9.074, consideradas un hito en el sector eléctrico, porque definieron la disciplina de los otorgamientos para explotación de energía eléctrica y sirvieron como base para la realización de nuevas concesiones y privatizaciones de las concesionarias de servicios públicos de energía eléctrica y para la definición del reglamento aplicable a los nuevos agentes surgidos en el sector eléctrico⁵.

En 1996, en los términos de la Ley n° 9.427, fue creada la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (Aneel), agencia independiente para regular el sector. Posteriormente fue promulgada la Ley n° 9.648, que definió importantes preceptos para la implementación del nuevo modelo del sistema eléctrico brasileño.

Básicamente, el nuevo modelo buscaba la progresiva liberalización de las actividades del sector eléctrico, pautado en la concesión o autorización para la prestación de servicios de generación y distribución de energía eléctrica a las empresas de capital privado y en la privatización de las empresas concesionarias, con la actuación de una agencia reguladora autónoma e independiente para fiscalizar y regular dicho sector, privilegiando, por lo tanto, al sector privado como inversionista y a la competencia establecida entre los agentes prestadores de servicio.

⁴ El Presidente Fernando Henrique Cardoso gobernó durante dos períodos: de 1995 a 1998 y de 1999 al 2002. Los cambios significativos en el sector eléctrico ocurrieron durante su primer mandato.

⁵ Rigieron el proceso brasileño de privatización la Ley n° 8.031/90, que creó el Programa Nacional de Desestatización, la Ley n° 8.666/93 (Ley de Licitaciones), que definió los procedimientos aplicables a la licitación, las Leyes n° 8.987 y 9.074/95, que definieron la normativa general de los otorgamientos, la Ley n° 9.427/97 que creó la ANEEL y estableció las directrices de la concesión de servicios públicos de energía eléctrica, la Ley n° 9.648/98, que, entre otros temas, prevé la reestructuración del sector eléctrico y la privatización de la ELETROBRÁS y sus subsidiarias (ELETROSUL, ELETRONORTE, CHESF y FURNAS).

Este modelo fue, sin embargo, implantado apenas parcialmente. Entre 1995 y 2002, hubo muchas nuevas concesiones de generación. Fueron privatizadas, sin embargo, aproximadamente el 70% de las distribuidoras y solamente el 20% de la generación.

En el 2001, el país enfrentó una crisis de suministro del sector eléctrico, llevando al Gobierno a adoptar diversas medidas para contener el consumo e incentivar la generación de energía, culminando con la promulgación de la Ley n° 10.438/2002, responsable de la introducción de nuevas reglas. En ese período, las cuestiones pertinentes al sector fueron ampliamente discutidas por la sociedad, quedando claro que, a pesar de sus méritos, el modelo exigía ajustes.

El Presidente Luiz Inácio Lula da Silva asumió el gobierno en enero del 2003 y, frente a la nueva política del Gobierno, el Ministerio de Minas y Energía (MME), en julio del mismo año, divulgó las directrices básicas de un nuevo modelo de regulación para el sector eléctrico. El 11 de diciembre del 2003, las nuevas reglas del nuevo modelo fueron editadas, a través de las Medidas Provisorias n.° 144 y 145, habiendo sido posteriormente convertidas, respectivamente, en las Leyes n° 10.848⁶ y n° 10.847, del 15 de marzo del 2004, consideradas el marco regulador del modelo actual.

Entre los importantes cambios propuestos por el actual modelo se encuentra la atribución de más poderes al MME, mediante la transferencia de atribuciones de la Agencia al Ministerio. Además, se innova mediante la creación de dos ambientes distintos para la contratación de energía eléctrica: el Ambiente de Libre Contratación y el Ambiente de Contratación Regulado *Pool*, en el que participan obligatoriamente todas las concesionarias generadoras y distribuidoras. Fue creada la Cámara de Comercialización de energía Eléctrica (CCEE), en substitución del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica (MAE) instituido en el Gobierno anterior, con misiones de contabilización y liquidación de transacciones no cubiertas por contratos bilaterales. El nuevo modelo está caracterizado por la fuerte planificación del sector, que es ejercido por la Empresa de Investigación Energética (EPE), creada de acuerdo con los moldes de la Ley n° 10.847/2004, y por el control de las actividades en el sector, ejercido por el MME.

⁶ La Ley n° 10.848 fue reglamentada por el Decreto n° 5.163/04, posteriormente modificado por los Decretos n° 5.249/04, 5.271/04 y 5.499/05.

17.2. El Modelo del Sector Eléctrico Adoptado en la Segunda Mitad de los Años 90

17.2.1. Las Actividades y los Agentes del Sector

En 1995, con el objetivo de organizar al sistema eléctrico brasileño y de dar inicio a un proceso de liberalización del sector, fueron definidas y organizadas las tradicionales actividades de generación, transmisión y distribución, así como sus respectivas concesiones.

El modelo de competencia estaba basado en el incentivo a la competencia. Así, con miras a tornar más flexible la oferta y la demanda, nuevos agentes ingresaron al sector eléctrico:

- los Agentes Comercializadores y Agentes Importadores de energía eléctrica;
- el Productor independiente, nueva categoría de oferentes (productores) de energía eléctrica, considerado a la persona jurídica o al consorcio de empresas que recibe una concesión o autorización para la explotación de la energía eléctrica destinada a la comercialización total o parcial, por su cuenta y riesgo (es decir, sin la existencia de un mercado cautivo, como ocurre con las concesionarias del servicio público de energía eléctrica y sin la fijación de tarifas);
- los llamados consumidores libres, aptos para escoger al proveedor de energía con quien contratarán, previéndose también la progresiva ampliación de este grupo de consumidores.

En los términos del referido modelo, la competencia está presente en las actividades de generación y comercialización, que pasan a exigir un nivel mínimo de reglamentación, mientras que la transmisión y la distribución, consideradas monopolios naturales, están fuertemente reguladas.

En los términos de la Constitución Federal, se atribuyó a la Unión, titular de los potenciales de energía hidráulica, la competencia para explotar directamente o mediante concesión, permiso o autorización “los servicios e instalaciones de energía eléctrica y el aprovechamiento energético de los cursos de agua⁷”.

Así, en el sector eléctrico brasileño, las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización son consideradas de forma diferente, inclusive a los efectos de otorgamiento y contratación de los respectivos servicios.

⁷ Art. 21, XII, “b” de la Constitución Federal.

Las reglas con relación a esas actividades pueden ser resumidas de la siguiente manera:

Generación

A diferencia de otros países, el 90% de la capacidad de generación de energía del sector eléctrico brasileño es de origen hidráulico. La generación es entendida como la transformación en energía eléctrica de cualquier otra forma de energía.

Las reglas de otorgamiento para la explotación hidroeléctrica y termoeléctrica consideran la modalidad de explotación (prestación de servicio público, explotación como productor independiente o como autoprodutor⁸) y la capacidad de los potenciales hidráulicos y térmicos.

Transmisión

La transmisión es entendida como el servicio público de transporte, en alta tensión, de la energía eléctrica producida en las usinas generadoras hasta los centros consumidores. Como la matriz energética de Brasil es predominantemente hídrica, sus usinas son construidas allí donde existe potencial hidroenergético, muchas veces en locales que no están cerca de los mercados consumidores, razón por la cual, el país posee una de las redes de transmisión más desarrolladas del mundo, estando ella también interconectada en su mayor parte. Dicha red interconectada de transmisión, se denomina Red Básica del Sistema Eléctrico Interconectado o Sistema Interconectado Nacional (SIN), y a las líneas de transmisión que no están interconectadas se les denomina Sistemas Aislados.

El sistema interconectado, desde el punto de vista estructural, permite la contratación del proveedor de energía a través de la garantía de libre acceso de los agentes del sector y consumidores libres a los sistemas de los concesionarios (o permisionarios) de los servicios públicos de transmisión y distribución, mediante el resarcimiento del costo de transporte involucrado.

Cabe subrayar, finalmente, que el servicio de transmisión es explotado apenas por el régimen de concesión de servicio público, siendo, sin lugar a dudas, uno de los segmentos más regulados del sector.

⁸ La Ley n° 9.074/95 y sus modificaciones posteriores y el Decreto n° 2.003/96 disciplinaron las actividades del Productor Independiente y del Autoprodutor de energía eléctrica. Son considerados Autoprodutores las personas físicas o jurídicas o el consorcio de empresas que reciban concesión o autorización para producir energía eléctrica destinada a su uso exclusivo, pudiendo, mediante autorización específica, comercializar, en esas mismas bases, su excedente de energía eléctrica de forma eventual y temporaria.

Distribución

La distribución es el servicio público de transporte de energía eléctrica en baja tensión mediante una red capilarizada, prestado a partir de los terminales de las líneas de transmisión (donde es realizada la reducción de la tensión) hasta los consumidores finales.

El contrato de concesión de servicios de distribución garantiza a las concesionarias el suministro de energía para un público cautivo localizado en su área de concesión. Así, los llamados consumidores cautivos son los que no pueden ejercer la opción de comprar a otro proveedor que no sea la distribuidora local. Por otro lado, los consumidores libres son los que, en función de su carga y tensión (actualmente consumidores en tensión igual o superior a 69 kV con una demanda mayor o igual a 3 MW), a pesar de estar localizados en el área de concesión de la distribuidora, pueden optar por el suministro de energía eléctrica de otro proveedor, estableciendo libremente las condiciones de contratación. La distribuidora también está obligada a dar libre acceso a sus instalaciones de distribución, mediante el resarcimiento por los costos de transporte.

Comercialización

A partir de la promulgación de la Ley n° 9.648/98, la comercialización pasó a estar dotada de titulación específica, pudiendo ser ejecutada disociadamente de las otras actividades del sector, mediante autorización.

17.2.2. Órganos del Sector

El incentivo a la competencia reforzó la necesidad de la puesta en marcha de un nuevo modelo aplicable a la reestructuración del sector eléctrico, comprendiendo la definición (i) de los agentes responsables de la regulación y operación del nuevo sistema eléctrico brasileño; (ii) de las características básicas de dicho sistema para viabilizar la implantación de un modelo eficiente y competitivo y (iii) de los modelos contractuales aplicables al sector.

Desde el punto de vista institucional se debe destacar la creación, mediante la Ley n° 9.427/96, del órgano regulador específico para el sector eléctrico, la Aneel, como ente autónomo vinculado al MME, sin embargo dotada de competencia e ingresos propios, y del ONS – Operador Nacional del Sistema Eléctrico, persona jurídica de derecho privado, sin fines lucrativos, creado por la Ley n° 9.648/98 e integrado por agentes del sector eléctrico y por consumidores libres, de acuerdo con la legislación pertinente.

Sintéticamente, cabe a la Aneel “regular y fiscalizar la producción, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica” (Ley n° 9.427, art. 2°),

mientras que el ONS es fundamentalmente responsable de las “actividades de coordinación y control de la operación de generación y transmisión de energía eléctrica en los sistemas interconectados” (Decreto n° 2.655/98, art. 25).

El sector eléctrico brasileño está, en gran parte, interconectado, operando sus principales agentes de forma coordinada, con miras a la maximización de la eficiencia del proceso productivo. Esta operación coordinada, implantada ya en la década de 70 y durante mucho tiempo dirigida por el Grupo Coordinador para Operación Interconectada (GCOI), es actualmente atribución del ONS, ejecutada mediante despachos de generación.

Cabe subrayar, también, durante ese período, la creación del Mercado Mayorista de Energía Eléctrica (MAE), igualmente previsto por la Ley n° 9.648/98, inicialmente basado en el Acuerdo del Mercado, un contrato multilateral de adhesión, firmado por agentes del sector eléctrico (participantes voluntarios u obligatorios en el MAE, de acuerdo con las disposiciones del Decreto n° 2.655/98 y Resoluciones Aneel aplicables), destinado a procesar las operaciones libres de compra y venta de energía eléctrica, con destaque para las operaciones a corto plazo (mercado *spot*). Posteriormente, fue autorizada la creación del MAE, en los términos de la Ley n° 10.433/2002, como persona jurídica de derecho privado, sometida a la autorización, reglamentación y fiscalización de la Aneel.

El MAE se destinaba, por lo tanto, a disciplinar comercial y financieramente las operaciones de compra y venta de energía eléctrica. El despacho y entrega de la energía contratada eran, en su mayoría, coordinados y efectuados por el ONS.

17.2.3. Contratación en el Sector Eléctrico

A partir de la promulgación, en 1998, de la Ley n° 9.648, los modelos contractuales aplicables al sector eléctrico pasaron a ser los siguientes:

- los contratos iniciales, característicos de este período de transición, en que son fijados por la Aneel, a partir de la energía asegurada de cada usina, los montos de energía y demanda de potencia, así como las tarifas a ser aplicadas a los respectivos contratos. Los montos anuales aplicables a los contratos iniciales estuvieron en vigencia durante el período 1998-2002, siendo entonces reducidos en un 25% al año hasta la extinción de estos contratos en el 2005;
- los contratos bilaterales libremente negociados, por los cuales pueden ser negociados los montos no alcanzados por los contratos iniciales, así como los contratos que son objeto de una progresiva liberalización. La Ley n° 9.648/98 (art. 12) estableció que las operaciones de compra y venta de energía en los sistemas eléctricos interconectados deberían ser realizadas en el ámbito del MAE; y

- los contratos de corto plazo (contratos *spot*), destinados a permitir la comercialización de la energía efectivamente producida o demandada, que no haya sido objeto de los contratos iniciales y bilaterales.

Cabe observar que el MAE era el ambiente de procesamiento y liquidación financiera de las transacciones que no estaban cubiertas por contratos, estando dotado de un conjunto de mecanismos de fijación de precios y de un sistema periódico de contabilización y liquidación de las operaciones.

Los contratos bilaterales se configuran como mecanismos contractuales básicos de un mercado de energía eléctrica competitivo. Este sistema de libre negociación entre agentes posee, sin embargo, un elemento destinado a la defensa de los consumidores: el sistema de valores normativos, que constituye un mecanismo limitativo de la transferencia, a las tarifas de suministro, de los precios libremente negociados en la adquisición de energía eléctrica. Actualmente, la transferencia depende de los valores alcanzados en las subastas.

Posteriormente, en el 2002, mediante la promulgación de la Ley n° 10.433/2002, que determinó la creación del MAE, sometido a la reglamentación de la Aneel, las reglas fueron modificadas, estableciéndose que la compra y venta de energía eléctrica que no fuera objeto de un contrato bilateral sería realizada de acuerdo con la Convención y Reglas del Mercado del MAE, tales como son definidas por la Aneel. A partir del 2002, las distribuidoras fueron obligadas a contratar energía por medio de subastas públicas, estando excluidas del mercado de libre negociación⁹.

Considerando separadamente las fases de transmisión y de distribución, resta mencionar brevemente los contratos específicos. En lo que atañe a la transmisión, las líneas que constan en la Red Básica del Sistema Eléctrico Interconectado son colocadas a disposición del ONS por los concesionarios de transmisión mediante la celebración de Contratos de Prestación de Servicios de Transmisión, siendo que esa entidad celebra, en su carácter de representante de dichos concesionarios, Contratos de Uso de los Sistemas de Transmisión con los respectivos interesados. Las demás instalaciones de transmisión, que no son integrantes de la Red Básica, son colocadas directamente a disposición de los usuarios por los concesionarios de transmisión, siendo los respectivos contratos firmados con la intervención del ONS. En ambos casos, es también necesaria la celebración del Contrato de Conexión con la respectiva concesionaria de transmisión, estableciendo la responsabilidad de la implantación, operación y mantenimiento de las instalaciones de conexión. En lo que se refiere al segmento de distribución, deben ser firmados, con la concesionaria o permisionaria de distribución local,

⁹ Ley n° 10.604/2002.

el Contrato de Uso del Sistema de Distribución (CUSD) y el Contrato de Conexión al Sistema de Distribución (CCD).

La Aneel fija las tarifas de uso de las instalaciones de transmisión y las tarifas de uso de los sistemas de distribución de energía eléctrica, de acuerdo con las resoluciones aplicables.

Cabe destacar que uno de los grandes méritos del modelo anterior, mantenido en el modelo actual, es la garantía de libre acceso de los agentes del sector a las líneas de transmisión y distribución y su reglamento.

Considerando los significativos cambios que fueron introducidos e implementados durante este período, hacia fines del 2002, la estructura regulatoria y organizacional del sector eléctrico divergía significativamente de la estructura existente en 1998.

17.3. El Actual Modelo del Sector Eléctrico Brasileño en Vigor a Partir del 2003

El actual modelo del sector eléctrico, instituido por Medidas Provisorias (144 y 145/2003) posteriormente convertidas en las Leyes n° 10.848 y 10.849/2004, está basado en muchos de los reglamentos del modelo vigente en aquel momento, pero está alineado en la dirección opuesta. Está basado en una mayor centralización y control por el Estado de las actividades del sector, inclusive con relación a la comercialización de energía, haciendo hincapié en la planificación.

17.3.1. Órganos del Sector

El actual modelo modifica considerablemente la atribución de competencias del MME y de la Aneel. La Aneel, diseñada por el antiguo modelo para actuar de forma independiente y autónoma en la regulación del sector, pierde una gran parte de sus atribuciones, que son transferidas al MME¹⁰, que pasa a tener poderes significativos en las decisiones de los temas pertinentes del sector. La Aneel pasa a concentrar las actividades de promoción de las licitaciones por delegación, fiscalización de las concesiones, regulación de tarifa y regulación de la comercialización de la energía eléctrica.

Fueron creadas la Empresa de Investigación Energética (EPE)¹¹ y la Cámara de Comercialización de Energía Eléctrica (CCEE). La EPE es creada como empresa pública de investigación y planificación, subordinada al MME. Los estudios e

¹⁰ Cabe al MME elaborar planos de otorgamiento, definir directrices para los procedimientos de licitación y promover licitaciones para el otorgamiento de concesiones.

¹¹ Creada por el Decreto n° 5.184/04.

investigaciones desarrollados por la entidad subsidian la formulación, la planificación y la implementación de acciones del MME. La CCEE fue creada para sustituir al MAE (que fue extinto por el modelo actual), en forma de persona jurídica de derecho privado, sin fines lucrativos, bajo la autorización del Poder Concedente y regulación y fiscalización por la Aneel, con la finalidad de viabilizar la comercialización de energía eléctrica. La CCEE está integrada, obligatoriamente, por los agentes del sector, inclusive consumidores libres. La Aneel desempeña el rol de instituir la Convención de Comercialización que establece las condiciones de comercialización de energía eléctrica y las bases de organización, funcionamiento y atribuciones de la CCEE, así como las reglas y procedimientos de comercialización¹².

Fue creado también, en el ámbito del MME, el Comité de Monitoreo del Sector Eléctrico – CMSE, con la función de llevar a cabo el seguimiento y la evaluación permanente de la continuidad y la seguridad del suministro electroenergético en el territorio nacional.

Las actividades de coordinación y control de la operación de generación y transmisión del sistema interconectado continúan siendo ejecutadas por el ONS, que continúa siendo una persona jurídica de derecho privado, autorizado ya no más por la Aneel, sino por el MME, estando fiscalizado y regulado por la Aneel.¹³

17.3.2. Las Actividades y los Agentes del Sector

En el modelo actual, la organización del sistema eléctrico es mantenida con las distinciones entre las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización.¹⁴ Por otro lado, las nuevas reglas redefinen la comercialización de energía entre esos agentes, especialmente en el que se refiere al sistema de generación y distribución.

Se destaca que, en este nuevo arreglo, los consumidores libres pasan a poder comprar energía solamente a las concesionarias de servicio público de generación, a los productores independientes, a los autoprodutores con energía excedente, a los comercializadores, importadores y a la distribuidora de su área de concesión. Las distribuidoras pasan, por lo tanto, a dejar de poder vender energía a consumidores libres, excepto a los que están ubicados en su área de concesión.

¹² La Convención de Comercialización fue regulada por el Decreto n° 5.177/04 y por la Resolución Normativa de la ANEEL n° 109, del 26/10/04.

¹³ La Ley n° 10.484/04 modificó los artículos 13 y 14 de la Ley n° 9.648/98. De los cinco directores del ONS, tres son nombrados por el MME, inclusive el Director General.

¹⁴ Vide ítem 17.2.1.

Además, los consumidores libres vuelven a la condición de consumidores atendidos de forma regulada (como el consumidor cautivo),¹⁵ siempre y cuando ahora la concesionaria sea informada con una antelación mínima de cinco años, pudiendo ese plazo ser reducido a criterio de la distribuidora local.

17.3.3. La Comercialización de Energía Eléctrica: el Ambiente de Contratación Regulada – *Pool* (ACR) y el Ambiente de Libre Contratación (ALC)

El modelo actual cambia substancialmente las reglas para contratación de energía. Formaliza dos ambientes para la comercialización de energía – un Ambiente de Libre Contratación (ALC) y un Ambiente de Contratación Regulada (*Pool*). Todos los agentes están obligados a comercializar la energía del sistema interconectado en el ALC o en el *Pool*.

La compra de energía eléctrica realizada por concesionarias, permisionarias y autorizadas del servicio público de distribución de energía eléctrica del Sistema Interconectado y el suministro de energía eléctrica al mercado regulado deben ser hechos en el *Pool*. Así, toda la venta de energía a las distribuidoras debe ser hecha en el *Pool* y a través de subastas, estando las distribuidoras obligadas a garantizar la totalidad de su mercado, mediante contratación regulada.

En este sistema, la contratación es formalizada por medio de contratos bilaterales denominados Contratos de Comercialización de Energía en el Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre cada concesionaria o autorizada de generación y todas las empresas de distribución. Los contratos pueden ser celebrados en la modalidad de cantidad o de disponibilidad de energía. Las distribuidoras están obligadas a ofrecer garantías y las contrataciones son hechas por medio de licitación realizada por la Aneel que puede promoverlas directamente o por intermediación de la CCEE. Además, las tarifas de suministro son rigurosamente reguladas en este ambiente, debiendo ser homologadas por la Aneel.

Los contratos para la compra y venta de energía celebrados en el *Pool* involucran necesariamente suministros de largo plazo: (i) para emprendimientos existentes que ya detentan concesión o autorización (denominados energía vieja), plazo de suministro de un mínimo de 3 y un máximo de 15 años, y (ii) para emprendimientos nuevos (denominados energía nueva), plazo de suministro de un mínimo de 15 y un máximo de 35 años. De acuerdo con el MME, esto asegura un flujo de retorno estable a los inversionistas y también contribuye a financiar las obras de expansión del sector eléctrico.

¹⁵ La reglamentación crea el concepto de consumidor potencialmente libre, que es el consumidor que, a pesar de cumplir con las condiciones previstas en el artículo 15 de la Ley n° 9.074, es atendido de forma regulada.

Los productores independientes (hidroeléctricos y termoeléctricos) y los auto-productores que comercialicen sus excedentes pueden participar en el *Pool*, del ALC o de ambos simultáneamente. En el caso de que integren el *Pool* y pasen a contratar energía en dicho ambiente, están sujetos a todas sus reglas, mientras que sus actividades en el ALC continúan estando por su cuenta y riesgo.

En el ALC, deben ser realizadas solamente las operaciones de compra y venta de energía eléctrica que involucran a los agentes concesionarios y autorizados de generación, comercializadores, importadores de energía eléctrica y consumidores libres.

La contratación en el ALC debe ser formalizada mediante contratos bilaterales libremente negociados por las partes, de acuerdo con reglas y procedimientos de comercialización específicos, cabiendo a la CCEE apenas el registro y la liquidación de los contratos firmados. En la CCEE, deben ser registrados todos los contratos de venta de energía entre los agentes comercializadores, generadores, distribuidores, consumidores libres, inclusive contrato de Itaipú y contratos iniciales, entre otros. En la CCEE, deben ser también liquidadas las compras de energía en el mercado de corto plazo (que no estén cubiertas por contratos bilaterales), cabiendo a la CCEE establecer el precio de liquidación de diferencias que será aplicado en dichas transacciones.

Se establece que contratos registrados en la CCEE no implican la entrega física de la energía eléctrica y que las ventas de la energía eléctrica realizadas por cualquier agente del sector deben estar garantizadas garantías, por generación propia o por contratos de compra y venta de energía. De acuerdo con el nuevo modelo, eventuales divergencias entre los integrantes de la CCEE deben ser resueltas mediante arbitraje.

En el modelo actual, las concesiones y autorizaciones para la expansión de la generación son obtenidas a través de subastas promovidas por el MME (excepto las unidades de pequeño porte). En dichas subastas, queda asegurada la venta integral (o casi integral) de la energía a ser producida.

Según el actual modelo, no hay perspectivas de privatización de las sociedades de economía mixta federales concesionarias de generación o distribución de energía.¹⁶ En las diversas subastas de energía realizadas en los años de 2004 y 2005, para venta de energía vieja (proyectos ya existentes) y para la venta de energía nueva (mediante otorgamiento de nuevas concesiones o autorización para generación de energía), las operadoras estatales tuvieron una participación significativa.

¹⁶ La Ley n° 10.848/2004 excluye del Programa Nacional de Privatización a la ELETROBRÁS y a sus subsidiarias – Eletrosul, Eletronorte, Chesf y Furnas – y a la Compañía de Generación Térmica de Energía Eléctrica – CGTEE.

Finalmente, en el modelo actual los contratos de uso del sistema de distribución y transmisión no sufren alteración.

17.3.4. Planificación

La planificación y el control de las actividades del sector es una de las bases del modelo actual. Cabe a la EPE elaborar estudios e investigaciones que ofrezcan elementos para la formulación, la planificación y la implementación de acciones del MME, en el ámbito de la política energética nacional.

El MME define la relación de los nuevos emprendimientos que pueden ser licitados y homologa la cantidad de energía eléctrica a ser contratada para satisfacer todas las necesidades del mercado nacional, así como la relación de los nuevos emprendimientos de generación que integrarán el proceso licitatorio de contratación de energía.

Por otro lado, las empresas generadoras y distribuidoras de energía eléctrica, los comercializadores y los consumidores libres pasan a tener que informar al MME la cantidad de energía necesaria para satisfacer la demanda de su mercado o su carga.

17.3.5. Desverticalización de las Actividades

En los términos de la Ley n° 10.848/2004, las concesionarias y autorizadas de generación del sistema interconectado ya no pueden continuar siendo controladas por sociedades que desarrollen actividades de distribución ni estar coligadas a ellas. Por otro lado, las distribuidoras no pueden desarrollar actividades de generación, transmisión, ni vender energía a consumidores libres, excepto a las unidades consumidoras ubicadas en su área de concesión, ejercer actividades extrañas al objeto de la concesión, ni participar, de forma directa o indirecta, en otras sociedades, con algunas excepciones. Las actividades de generación y transmisión pueden continuar estando verticalmente integradas. La referida Ley establece un plazo para que las empresas implementen el proceso de desverticalización.

17.4. Conclusión

El actual modelo fue presentado por el MME como el arreglo institucional necesario para que el sector eléctrico brasileño consiguiera los siguientes objetivos principales: (i) modicidad tarifaria; (ii) mejor calidad en la prestación del servicio; (iii) suministro de energía sin interrupciones; (iv) justa remuneración para los inversionistas, con miras a incentivarlos a expandir el servicio; y (v) universalización del servicio.

Una parte substancial de las reglas del modelo actual ya fue implementada. No obstante, solamente a largo plazo será posible verificar si los resultados perseguidos por el actual modelo serán alcanzados.

Los estudios indican que, en los años 2008/2009, la demanda será mayor que la oferta de energía eléctrica, siendo necesaria la construcción de nuevas usinas, inclusive de usinas termoeléctricas, para satisfacer esta creciente demanda. Con recursos públicos escasos, la atracción de las inversiones privadas para el sector será el gran reto del modelo actual, para garantizar el desarrollo económico y social del País.

18. La Reglamentación de las Instituciones Financieras y del Arrendamiento Mercantil en Brasil

18.1. Instituciones Financieras

La base legal de la reglamentación del sector financiero y bancario brasileño se encuentra en la Constitución Federal (art. 192), en la ley que dispone sobre las instituciones financieras (Ley n° 4.595, del 31 de diciembre de 1964) y en otras leyes (tales como la Ley n° 4.728, del 14 de julio de 1965, que disciplina el mercado de capitales y establece medidas para su desarrollo, la Ley n° 6.385, del 7 de diciembre de 1976, que dispone sobre el mercado de valores mobiliarios y crea la Comisión de Valores Mobiliarios, y la Ley n° 4.131, del 3 de septiembre de 1962, que se refiere a la aplicación del capital extranjero y las remesas de valores enviadas al exterior). Además de dichas leyes, se destacan las normas definidas por las autoridades monetarias, tales como las Resoluciones del Consejo Monetario Nacional (CMN) y las Circulares y Cartas Circulares del Banco Central de Brasil.

El Sistema Financiero Nacional está integrado por el Consejo Monetario Nacional (CMN), por el Banco Central de Brasil (Bacen), por el Banco do Brasil S.A., por el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) y otras instituciones financieras públicas y privadas. Entre esas instituciones, se destaca el CMN, autoridad monetaria máxima, responsable de la formulación de las políticas monetaria y de crédito, inclusive relativas al cambio y a la reglamentación de las operaciones de las instituciones financieras en general.

Por su parte, es función del Bacen cumplir y hacer cumplir las normas expedidas por el CMN e implementar las obligaciones contenidas en ley, tales como: ejercer el control de crédito en todas sus formas, efectuar el control de los capitales extranjeros, realizar operaciones de redescuento y préstamo a instituciones financieras bancarias, ser depositario de las reservas oficiales de oro, de moneda extranjera y de derechos especiales de retiro, fiscalizar a todas las instituciones financieras, aplicar las penalidades previstas en ley, conceder autorización de funcionamiento a las instituciones financieras y establecer condiciones para la posesión y para el ejercicio de cualquier cargo de administración de instituciones financieras privadas.

18.2. Principales Instituciones Financieras

18.2.1. Sector Público

En Brasil, el gobierno federal y los gobiernos de los estados controlan algunos bancos comerciales e instituciones financieras, cuyo principal objetivo es el incremento del desarrollo económico, con mayor énfasis en los sectores de la agricultura y de la industria. Además de las actividades bancarias comerciales, los bancos estatales de desarrollo actúan como filiales regionales independientes.

Los bancos controlados por el gobierno brasileño incluyen el Banco do Brasil, el BNDES (principal agente de la política de inversiones del Gobierno Federal), y otros bancos del sector público de desarrollo, bancos comerciales y de múltiples servicios. El Banco de Brasil suministra un amplio espectro de productos bancarios, tanto a sectores públicos como privados, y es el mayor banco comercial de Brasil. La principal actividad del BNDES es la concesión de financiamientos, de forma directa o indirecta, a través de otras instituciones financieras del sector público o privado, a mediano y largo plazos, al sector privado, principalmente a las industrias. Otros bancos de desarrollo del sector público federal, bancos comerciales y de múltiples servicios incluyen el Banco de la Amazonía y Banco del Nordeste de Brasil S.A., así como algunos bancos comerciales y de múltiples servicios controlados por varios gobiernos de los estados de la Federación.

18.2.2. Sector Privado

El sector financiero privado incluye bancos comerciales, de múltiples servicios, sociedades de inversión, financiamiento y crédito, bancos de inversión, empresas de corretaje, cooperativas de crédito, sociedades de arrendamiento mercantil, instituciones aseguradoras y otras entidades. En Brasil, los principales participantes de los mercados financieros son los conglomerados financieros, involucrados en la actividad bancaria comercial y de banco de inversión, financiamiento, arrendamiento mercantil, negociación de valores mobiliarios, corretaje y seguros. Hay diferentes tipos de instituciones financieras del sector privado en Brasil, entre los cuales se destacan:

Bancos Múltiples

Instituciones financieras, privadas o públicas, que realizan operaciones activas, pasivas y accesorias, por intermedio de las siguientes carteras: comercial, de inversión y/o de desarrollo, de crédito inmobiliario, de arrendamiento mercantil y de crédito, financiamiento e inversión. Dichas operaciones están sometidas a las mismas normas legales y reglamentarias aplicables a las instituciones singulares correspondientes a sus carteras, siendo que la cartera de desarrollo

solamente puede ser operada por banco público. El banco múltiple debe estar constituido por un mínimo, dos carteras, siendo una de ellas, obligatoriamente, comercial o de inversión, y estar organizado bajo la forma de sociedad anónima. Las instituciones con cartera comercial pueden captar depósitos a la vista. En su denominación social debe constar la expresión “Banco” (Resolución CMN n° 2.099, de 1994).

Bancos Comerciales

Instituciones financieras, privadas o públicas, cuyo objetivo principal es proporcionar los recursos necesarios para financiar, a corto y a mediano plazos, el comercio, la industria, las empresas prestadoras de servicios, las personas físicas y terceros en general. La captación de depósitos a la vista, libremente circulantes, constituye la actividad típica del banco comercial, que puede también captar depósitos a plazo. Debe estar constituido en forma de sociedad anónima y en su denominación social debe constar la expresión “Banco” (Resolución CMN n° 2.099, de 1994).

Bancos de Inversión

Instituciones financieras de naturaleza privada, especializadas en operaciones de participación societaria de carácter temporario, de financiamiento de la actividad productiva para proporcionar capital fijo y de giro y de administración de recursos de terceros. Deben estar constituidos en la forma de sociedad anónima y adoptar, obligatoriamente, en su denominación social, la expresión “Banco de Inversión”. No poseen cuentas corrientes y captan recursos a través de depósitos a plazo, transferencias de recursos, externos e internos, y venta de cuotas de fondos de inversión administrados por ellos. Las principales operaciones activas son las de financiación de capital de giro y capital fijo, suscripción o adquisición de títulos y valores mobiliarios, depósitos interfinancieros y transferencias de préstamos externos (Resolución CMN n° 2.624, de 1999).

18.3. Principales Requisitos para el Funcionamiento de las Instituciones Financieras en Brasil

La Ley n° 4595/64 y otras normas pertinentes disponen sobre la operación de instituciones financieras en Brasil. Las instituciones financieras deben cumplir los siguientes requisitos:

- deben obtener previa autorización del Bacen o, si fueran extranjeras, la autorización debe ser concedida por decreto del Poder Ejecutivo;
- solamente pueden ser propietarias de inmuebles si los ocupan y utilizan para la instalación y desarrollo de sus actividades. Si bienes inmuebles fueran

- transferidos a una institución financiera, como pago de una deuda, la institución debe transferir los referidos bienes, en el plazo máximo de un año;
- deben observar, como regla, un límite de exposición, por cliente, en monto correspondiente al 25% de su Patrimonio de Referencia, en la contratación de operaciones de crédito y de arrendamiento mercantil y en la prestación de garantías, inclusive con relación a créditos resultantes de operaciones con derivados;
 - no pueden conceder préstamos a cualquier empresa que detente más del 10% de su capital social, salvo en circunstancias excepcionales, limitadas y sometidas a la aprobación previa del Banco Central;
 - no pueden conceder préstamos a ninguna empresa de la cual detenten más del 10% del capital social, excepto ante la hipótesis de adquisición de títulos de deuda emitidos por sus subsidiarias de arrendamiento mercantil;
 - no pueden conceder préstamos a sus directores y miembros de los consejos consultivos o administrativo, fiscales y asemejados, así como a los respectivos cónyuges o familiares, hasta el 2º grado de parentesco;
 - las instituciones financieras privadas, excepto las de inversión, sólo pueden participar de capital de una sociedad mediante la previa autorización del Bacen, solicitada justificadamente y concedida expresamente, exceptuados los casos de garantía de suscripción, en las condiciones que fueran establecidas, en carácter general, por el CMN.

18.4. Estándares Mínimos de Capitalización de las Instituciones Financieras

La Resolución CMN n° 2.099/94, adaptó, con algunas modificaciones, la reglamentación bancaria de Brasil a las reglas de adecuación de capital, basadas en el riesgo, en cumplimiento del Acuerdo de Basilea. Al mismo tiempo, dicha Resolución estableció niveles mínimos de capitalización para las instituciones financieras, de acuerdo con las actividades desarrolladas. Normas posteriores instituyeron criterios de verificación de solvencia más rigurosos que, en términos generales, son más restrictivos que los criterios que fueron establecidos en el Acuerdo de Basilea. En los términos de la Resolución CMN n° 2.099/94, se establecieron los siguientes niveles mínimos de capitalización:

- I - R\$ 17.500.000,00 (diecisiete millones quinientos mil reales): banco comercial y cartera comercial de banco múltiple;
- II - R\$ 12.500.000,00 (doce millones quinientos mil reales): banco de inversión, banco de desarrollo, correspondientes carteras de banco múltiple y caja económica;
- III - R\$ 7.000.000,00 (siete millones de reales): sociedad de crédito, financiamiento e inversión, sociedad de crédito inmobiliario, sociedad de arrendamiento mercantil y correspondientes carteras de banco múltiple;

- IV - R\$ 3.000.000,00 (tres millones de reales): empresa hipotecaria;
- V - R\$ 1.500.000,00 (un millón quinientos mil reales): sociedad corredora de títulos y valores mobiliarios y sociedad distribuidora de títulos y valores mobiliarios, que administren fondos de inversión en las modalidades reglamentadas por el Bacen (excepto fondos de inversión en cuotas de fondos de inversión) o sociedades de inversión, que estén habilitadas para la realización de operaciones comprometidas, así como las que realicen operaciones de garantía firme de suscripción de valores mobiliarios para reventa de cuenta margen y/o de swap, en que haya asunción de derechos u obligaciones con las contrapartes;
- VI - R\$ 550.000,00 (quinientos cincuenta mil reales): sociedad de corretaje de títulos y valores mobiliarios y sociedad distribuidora de títulos y valores mobiliarios, que ejerzan actividades no incluidas en el inciso anterior;
- VII - R\$ 350.000,00 (trescientos cincuenta mil reales): sociedad de corretaje de cambio.

En lo que atañe a instituciones cuyas agencias-sede o matrices y, como mínimo, el 90% (noventa por ciento) de sus dependencias estén en funcionamiento fuera de los Estados de Rio de Janeiro y/o de São Paulo, los niveles de capital realizado y patrimonio neto exigidos tienen una reducción del 30% (treinta por ciento).

Para que la institución opere en el mercado de cambio, debe ser añadido el monto de R\$ 6.500.000,00 (seis millones quinientos mil reales) a los valores de capital realizado y patrimonio neto.

Además de la exigencia de límite mínimo de capital realizado y patrimonio neto, las instituciones financieras deben mantener el valor del patrimonio neto ajustado compatible con el grado de riesgo de la estructura de sus activos, de acuerdo con la clasificación de riesgos descrita en la Resolución n° 2.099.

Finalmente, la Resolución n° 2.815, del 24.01.2001, establece que, a criterio del Bacen, en el caso de constatación de incumplimiento de los estándares de capital y/o patrimonio neto, pueden ser solicitadas informaciones acerca de las medidas que serán adoptadas con miras a la regularización de la situación. Si no ocurriera la regularización, de acuerdo con los estándares de capital y patrimonio neto exigidos, se aplicará una punición a la institución financiera, en los términos de la Ley n° 6.024, del 13.03.1974.

18.5. Inversión Externa en Instituciones Financieras Brasileñas

El artículo 52 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución Federal brasileña admite la apertura de nuevas agencias de instituciones financieras con sede en el exterior y el aumento del capital de instituciones financieras con sede en el país, por parte de personas físicas o jurídicas, residentes o domiciliadas en el exterior, solamente cuando la respectiva inversión a ser realizada fuera el resultado de un acuerdo internacional, de reciprocidad o de interés del Gobierno Federal. Dichas inversiones extranjeras están sometidas a registro ante el BACEN, de la misma forma que las inversiones extranjeras en otros sectores de la economía, de acuerdo con la Ley n.º 4.131/62.

Además, cabe resaltar que las instituciones financieras extranjeras solamente pueden funcionar en Brasil mediante decreto del Poder Ejecutivo y están sometidas a las mismas prohibiciones, o restricciones equivalentes, aplicables a bancos brasileños instalados, o que pretenden instalarse, en el país de la matriz de las referidas instituciones extranjeras.

18.6. Arrendamiento Mercantil

Las operaciones de arrendamiento mercantil son regidas por la Ley n.º 6.099, del 12.09.1974, conforme alteraciones promovidas por la Ley n.º 7.132, del 26 de octubre de 1983, y por la respectiva reglamentación emitida por el CMN. Las operaciones de arrendamiento mercantil se encuentran sujetas básicamente a las determinaciones contenidas en la Resolución n.º 2.309, del 28.08.1996.

Sociedades Brasileñas de Arrendamiento Mercantil

Solamente sociedades de arrendamiento mercantil, autorizadas a operar por el Banco Central, pueden realizar operaciones de arrendamiento mercantil en el mercado brasileño. Las inversiones extranjeras en sociedades de arrendamiento mercantil están sometidas a la misma disciplina aplicable a las instituciones financieras en general, tal como fue anteriormente descrito.

Para ser autorizada a realizar operaciones de arrendamiento mercantil, la sociedad debe estar constituida como sociedad anónima, estando prohibido cualquier otro tipo societario, salvo, en algunos casos específicos, para operaciones realizadas por otras instituciones financieras. La sociedad debe satisfacer las exigencias mínimas de capital determinadas por el Consejo Monetario Nacional. Las actividades de las sociedades de arrendamiento mercantil están limitadas a la realización de actividades de arrendamiento y, en su denominación social, debe constar obligatoriamente la expresión "Arrendamiento Mercantil".

Los plazos mínimos, establecidos en la reglamentación en vigor, para las operaciones de arrendamiento mercantil financiero varían de dos a tres años, dependiendo de la vida útil de los respectivos bienes. Las contraprestaciones deben ser estipuladas en moneda corriente nacional y pueden ser ajustadas de acuerdo con las tasas de intereses fluctuantes o de acuerdo con la variación del costo de captación de los fondos en el mercado interno o incluso por la variación del dólar u otra moneda, en el caso de operaciones realizadas con recursos provenientes del exterior.

Las reglas anteriormente mencionadas sobre plazos mínimos y reajuste de las contraprestaciones no se aplican a operaciones de locación o de arrendamiento mercantil operacional. En el caso de esas últimas, ellas son igualmente privativas de bancos múltiples con cartera de arrendamiento mercantil y de sociedades de arrendamiento mercantil y están sometidas a la disciplina prevista en la Resolución n° 2.309, del 28 de agosto de 1996.

Arrendamiento Mercantil Internacional

La Resolución n° 1.969, del 30 de septiembre de 1992, que disciplina las operaciones de arrendamiento mercantil externo, permite que cualquier bien, producido en el exterior y que, de acuerdo con las normas vigentes, pueda ser importado para Brasil, sea objeto de arrendamiento mercantil internacional.

Para tanto, se exige que los arrendamientos mercantiles internacionales tengan plazos mínimos de dos o tres años, dependiendo de la vida útil del respectivo bien. De acuerdo con lo previsto en la Circular n° 3.025 del 24.01.2001, para fines de registro de operación de arrendamiento mercantil externo en el Bacen, es considerada como vida útil del bien la duración que fue informada, según el caso, (i) por el fabricante, en el caso de que se trate de un bien nuevo, (ii) por el fabricante u organización especializada, extranjera o nacional, en el caso de un bien usado, o (iii) por empresa especializada, en caso de inmueble. En el análisis de las condiciones de las operaciones de arrendamiento mercantil externo sometidas a registro, el Bacen utiliza criterios similares a los que se aplican a operaciones de importación financiada.

19. Comercio Electrónico

19.1. Aspectos Generales

Comercio electrónico es la compra y venta de productos, o la prestación de servicios, realizado en un establecimiento virtual. Está basado en la transferencia electrónica de información entre tres grupos básicos de participantes: empresa, gobierno e individuos.

Entre las modalidades más recientes de comercio electrónico están el *m-Commerce* y el *t-Commerce*. El *m-Commerce* es la posibilidad de realizar transacciones comerciales a través de aparatos móviles (celulares, *palmtops*, entre otros) y *t-Commerce* es el término usado para el *e-Commerce* realizado a partir de televisores digitales conectados a la *web*, que funciona como canal de comunicación para la comercialización de cualquier producto, a través de simples comandos de control remoto.

El sector de *m-Commerce* posee un considerable potencial de crecimiento en Brasil. En el 2003, movilizó cerca de diez millones de reales, de acuerdo con un relevamiento de la E-Consulting, con estimaciones de llegar a R\$ 30 millones y R\$ 50 millones en 2004 y 2005.¹⁷ En el sector del *t-Commerce*, las perspectivas continúan siendo discutidas. La previsión mundial es que el 100% de hogares americanos e ingleses posean TV digital en el 2010. En los EE.UU., todas las emisoras comerciales iniciaron transmisiones digitales en el 2002 y, en el 2006, es esperado el cierre de todas las transmisiones analógicas. En Brasil, la previsión es de que, en 10 años – a partir de la elección del estándar tecnológico a ser adoptado (americano, europeo o japonés) –, más del 80% de los aparatos de televisión sean substituidos por los modelos digitales.¹⁸

El comercio electrónico en Brasil presenta claras señales de evolución, siendo responsable, en el 2003, de cerca del 40% de la utilización de *internet* y, actualmente, del 75,4% de todos los negocios efectuados electrónicamente entre empresas en América Latina. Se estima que el volumen del mercado brasileño de comercio electrónico, incluyendo transacciones entre empresas (las llamadas *business-to-business*, “B2B”) y transacciones entre empresas y sus consumidores (las llamadas *business-to-consumer*, “B2C”), se multiplicarán en progresión geométrica en los próximos años, a pesar de las turbulencias ocurridas en el mercado de capitales de las empresas de tecnología durante los años 2000 y 2001. Para

¹⁷ Fuente: Ministerio de Ciencia y Tecnología, in http://www.mct.gov.br/Sepin/Imprensa/Noticias_4/Comercio_4.htm. Información extraída el 22/02/2006.

¹⁸ Fuente: Asociación Brasileña de las Emisoras de Radio y Televisión, <http://www.abert.org.br/D_mostru_clipping.cfm?noticia=27430>. Información extraída el 22/02/2006.

tener una idea, desde el 2001, el comercio minorista electrónico aumentó un 355% y se espera llegar a un crecimiento de R\$ 3,9 mil millones en el 2006.¹⁹

Como resultado del desarrollo del comercio electrónico, fue creada, en mayo del 2001, la Cámara Brasileña de Comercio Electrónico, entidad multisectorial de la economía digital en Brasil y en América Latina, que busca promover, representar y defender los intereses colectivos de empresas, entidades y usuarios asociados, involucrados en actividades de comercio y negocios electrónicos.

En sintonía con este panorama, el área de servicios gubernamentales electrónicos también está conquistando fuerza en el escenario político, principalmente de inversiones en tecnología y planificación. En octubre del 2000, fue creado el Comité Ejecutivo del Gobierno Electrónico, con el objetivo de formular políticas, establecer directrices, coordinar y articular acciones de implantación del Gobierno Electrónico, orientado hacia la prestación de servicios e informaciones a los ciudadanos.

El servicio de Gobierno Electrónico (*e-Gov*) es una herramienta electrónica de relación entre gobierno-gobierno (G2G), gobierno-proveedor (G2B) y gobierno-ciudadanos (G2C), que aporta cambios significativos en la relación establecida entre el gobierno y la sociedad, exigiendo que las instituciones lleven a cabo inversiones en infraestructura tecnológica capaces de viabilizar el grado de seguridad exigido, garantizando el derecho de los ciudadanos a la privacidad y a la transparencia de sus gobernantes.

Actualmente, existen más de 3.500 *sites* gubernamentales brasileños en la *internet*, siendo ejemplos vivos de programas *on-line* las subastas electrónicas federales, las licitaciones públicas, la Red Gobierno (que ofrece cerca de 900 servicios y más de 5 mil informaciones), el portal Minas (que reúne *sites* de 133 órganos y entidades del gobierno estadual), la subasta reversa electrónica en São Bernardo do Campo, el portal propio Comprasnet, entre otros diversos servicios ofrecidos por gobiernos estaduais y municipales.²⁰

19.2. Aspectos Legales

Brasil todavía no dispone de una ley que trate específicamente del comercio electrónico. Especialistas y autoridades gubernamentales aún discuten la necesidad de una mayor o menor reglamentación sobre este tema. Sin embargo, existe un consenso sobre la necesidad de la adopción de una legislación específica para la seguridad jurídica de los negocios realizados en el medio virtual.

¹⁹ Fuente: Cámara Brasileña de Comercio Electrónico, in < <http://www.camara-e.net/interna.asp?tipo=1&valor=3523>>. Información extraída el 02/06/2006.

²⁰ Fuente: Cámara Brasileña de Comercio Electrónico (www.camara-e.net).

Actualmente, se encuentran en tramitación en el legislativo federal proyectos de ley sobre comercio electrónico, entre ellos: los Proyectos de Ley de la Cámara n° 1.589/99 (anexado al PL 1483/99) y n° 3.303/00 (anexado al PL 3016/2000) y los Proyectos de Ley del Senado n° 672/99 (propuesta original), con su substituto, el PL 4.906/01 (con varios anexos) .

El Proyecto de Ley n° 1.589/99, elaborado por la Comisión Especial de Informática Jurídica de la OAB/SP, se inspiró en la propuesta de directriz europea (aprobada con el n° 1999/93/CE), así como en las sugerencias contenidas en la Ley Modelo de Comercio Electrónico (1996), de la Comisión de Derecho del Comercio Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (UNCITRAL). En síntesis, trata de los siguientes aspectos: (i) ausencia de necesidad de autorización previa para oferta de bienes y servicios en razón del medio electrónico; (ii) obligatoriedad de identificación del oferente, de quien almacena, del proveedor de acceso y de los sistemas de seguridad para el archivamiento del contrato electrónico; (iii) reglas de utilización de informaciones de carácter privado; (iv) seguridad y certificación electrónica de las transacciones; (v) responsabilidades de los intermediarios, transmisores y de quienes almacenan informaciones; (vi) aplicabilidad de las normas de protección y defensa del consumidor al comercio electrónico; (vii) eficacia jurídica de las firmas electrónicas y de los documentos electrónicos; (viii) certificaciones electrónicas públicas y privadas; (ix) responsabilidad notarial relacionada con la actividad de certificación electrónica; (x) registros electrónicos; (xi) competencia del Poder Judicial para autorizar, reglamentar y fiscalizar el ejercicio de las actividades de certificación; (xii) competencia del Ministerio de Ciencia y Tecnología para reglamentar los aspectos técnicos de las certificaciones; (xiii) sanciones administrativas y penales aplicables.

El Proyecto de Ley n° 3.303/00 regula la operación y el uso de la *internet* en el ámbito nacional, trayendo como innovaciones, entre otras: (i) la clasificación del proveedor de acceso como prestador de servicios de valor agregado al servicio de telecomunicación; (ii) la institución de mecanismos de seguridad, el registro de usuarios ante los proveedores de acceso y los medios adecuados para la identificación de prácticas ilícitas en la *internet*; (iii) la realización de los registros y la coordinación de los nombres de dominio por el Comité Gestor de la *Internet* de Brasil y (iv) la creación de Consejo de Ética de la *Internet*.

El Proyecto de Ley n° 672/99, presentado recién pocos meses después del PL 1.589/99, incorpora casi integralmente los preceptos de la Ley Modelo de la UNCITRAL y aborda los siguientes puntos: (i) reconocimiento de efectos jurídicos a los mensajes de datos; (ii) equiparación del mensaje electrónico con el mensaje impreso; (iii) equiparación de los métodos de identificación electrónicos con la firma; (iv) autenticidad de informaciones presentadas en medio electrónico;

(v) conservación de mensajes electrónicos; (vi) validez de las declaraciones de voluntad y formación de contratos a través de mensajes electrónicos; (vii) principios aplicables a la determinación del remitente, del destinatario, del tiempo y del lugar relativos al envío y a la recepción de los mensajes electrónicos.

Finalmente, el Proyecto de Ley n° 4.906/01 regula el comercio electrónico en todo el territorio nacional, destacando la necesidad de uniformización de las normas de comercio electrónico en el ámbito internacional, creando dispositivos que reglamentan la aplicación de requisitos legales a los mensajes electrónicos y la comunicación de mensajes electrónicos, inclusive en lo que se refiere a la celebración y validez de los contratos celebrados virtualmente.

19.3. Aplicabilidad de las Normas Generales de Derecho Brasileño

Ante la inexistencia de ley específica para reglamentar las cuestiones jurídicas oriundas de las relaciones virtuales, los preceptos de las leyes actualmente en vigor en el territorio nacional, pertinentes a los negocios y prácticas tradicionales del comercio se aplican al comercio electrónico en Brasil, tanto directamente como por analogía,. Se aplican, también, los principios contenidos en la Ley de Introducción al Código Civil, en lo que fuera relevante, dado el carácter transnacional del comercio electrónico.

Normas aplicables a la formación de los contratos

Así como los actos jurídicos en general, cuya validez depende apenas de la existencia de un agente capaz, un objeto lícito y una forma, prescrita o no, los actos jurídicos realizados en el ambiente virtual son igualmente válidos cuando cumplen dichos requisitos, a la luz del Código Civil Brasileño.

En este sentido, la contratación electrónica entre presentes se considera efectuada cuando la propuesta y la aceptación se realizan de forma inmediata (*on-line*), aplicándose, en este caso, el artículo 428, I, del Nuevo Código Civil. Por su parte, la contratación electrónica entre ausentes ocurre cuando la propuesta y la aceptación son efectuadas mediante correos electrónicos (*e-mails*), siempre y cuando no estén conectados *on-line*, aplicándose en ese caso el artículo 434 del Nuevo Código Civil.

Ley aplicable y competencia jurisdiccional

El artículo 435 del Nuevo Código Civil brasileño determina que el contrato se considera celebrado en el local donde fue hecha la propuesta. La Ley de Introducción al Código Civil determina, en su artículo 9º, que las obligaciones re-

sultantes del contrato se rigen por la ley del país donde se constituyan, estableciendo, también, que dichas obligaciones se consideran constituidas en el lugar donde reside el proponente. Así, una operación comercial electrónica celebrada entre partes situadas en países diferentes es regulada por la ley del país donde reside el proponente. Es decir que, si una propuesta es hecha por una empresa o persona residente en el extranjero, y es aceptada por una empresa o persona residente en Brasil, la ley que se aplica es la del país extranjero, y, al contrario, si la propuesta es hecha por empresa o persona residente en Brasil, y es aceptada por una empresa o persona residente en el extranjero, la ley que se aplica es la ley brasileña.

La competencia para juzgar los conflictos derivados de contratos virtuales tampoco fue reglamentada, en Brasil, por una ley escrita. La inexistencia de fronteras y referencias físicas en la *internet* dificulta la identificación del órgano jurisdiccional competente para juzgar. El Proyecto de Ley n° 672/99 adopta las líneas básicas de la Ley Modelo de la UNCITRAL, que, en materia de competencia, determina que el lugar de envío o recepción de un mensaje electrónico es siempre el del establecimiento de los contratantes, salvo cuando el remitente y el destinatario no poseen establecimiento, caso en que es considerada, para fines de competencia, la residencia habitual de los mismos. Cuando los contratantes tienen más de una dirección, será considerado el local que mantenga mayor relación con la transacción.

La competencia internacional general del poder judicial brasileño, cuando el contrato es celebrado entre contratantes situados en países diferentes, se rige por las reglas de los artículos 88, 89 y 90 del Código de Proceso Civil, que establecen que la autoridad judicial brasileña es competente cuando: (i) el reo, independientemente de su nacionalidad, está domiciliado en Brasil (entendiéndose como domiciliadas en el país las personas jurídicas que aquí tuvieran una filial, agencia o sucursal), (ii) la obligación tiene que ser cumplida en Brasil, y (iii) la acción se origina en un hecho ocurrido o practicado en Brasil.

Así, en el contrato electrónico celebrado por dos empresas situadas en países diferentes, estando la sede del proponente en el extranjero, sin poseer filial en Brasil, la ley que se aplica es la del país extranjero. Considerándose que la obligación derivada del contrato tiene que ser cumplida en Brasil, la justicia brasileña es competente para procesar y juzgar el caso.

Normas que se aplican a la prueba documental

El Código de Proceso Civil establece que están habilitados a comprobar la verdad de los hechos todos los medios legales y moralmente legítimos, aunque no sean nominados. El Nuevo Código Civil dispone, en su artículo 225, que

las reproducciones electrónicas de hechos o de cosas constituyen prueba de los mismos, siempre y cuando la parte contraria no impugne su exactitud. Por lo tanto, en el caso de impugnación por la parte contraria, la prueba relativa a informaciones mantenidas en forma de registros electrónicos acaba, de modo general, dependiendo de examen pericial, siendo que la cuestión de la posibilidad de modificación del contenido de un documento electrónico y de la incertidumbre sobre su autor permanece, hasta el momento, sin recibir un tratamiento adecuado en el ordenamiento legal vigente.

Normas aplicables a la responsabilidad de los oferentes de bienes o servicios
La responsabilidad de bienes y servicios comercializados por medio electrónico está sometida a las mismas normas legales que se aplican a la comercialización realizada por otros métodos.

En especial, cuando son ofrecidas al público consumidor, las respectivas transacciones electrónicas están sujetas a las normas del Código de Protección y Defensa Consumidor – Ley n° 8.078/90. La aplicación de dicho Código se efectivizará cuando se trate de una relación de consumo, caracterizada simplemente por la presencia de la figura del consumidor (persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto o servicio como destinatario final) y del proveedor de bienes o servicios (persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como entes despersonalizados, que desarrollan actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios) en cada uno de los polos de la transacción.

En las relaciones de consumo internas, vía comercio electrónico, se aplican los preceptos del Código de Protección y Defensa del Consumidor, particularmente en lo que se refiere (i) al derecho de informaciones sobre el proveedor y sobre las características del producto o servicio ofrecido; (ii) a la protección contra prácticas comerciales consideradas abusivas y a la publicidad engañosa; (iii) a los bancos de datos y registro de consumidores; (iv) al derecho de arrepentimiento y (v) al carácter vinculante de la oferta.

Sobre el *e-Commerce* realizado entre empresarios, tanto a través del uso de la *internet* (busines-to-busines), como a través del uso del correo electrónico (*electronic data interchange*) no se aplica a Ley Consumerista, ya que el empresario no es el destinatario final del producto.

En las relaciones de consumo en que se extrapolan las fronteras nacionales (transnacionales), realizadas vía comercio electrónico, es aplicado el § 2° del artículo 9° de la Ley de Introducción al Código Civil, que determina que “la obligación resultante del contrato se considerará constituida en el lugar donde

resida el proponente.” Así, en el caso de que la empresa proponente esté domiciliada en el exterior y no *posea* establecimiento en Brasil, el consumidor no está amparado por el CDC, incidiendo las leyes del país donde se encuentra el proponente.

Cabe subrayar que la materia tampoco está resuelta, existiendo el entendimiento jurisprudencial de que, en las relaciones de consumo externas, habiendo un representante del proveedor en Brasil, éste puede ser accionado de acuerdo con el Código de Defensa del Consumidor, en virtud de la solidaridad existente en las reglas pertinentes a la responsabilidad en las relaciones de consumo.

El spam o basura informática

La práctica del *spam*, que consiste en el envío de correspondencias electrónicas indeseadas, encuentra prohibición legal en la Legislación Consumerista, que establece la prohibición de que el proveedor envíe o entregue productos o servicios al consumidor, sin una solicitud previa. Los proveedores que envían *spam* pueden ser punidos en función del artículo 6º, V, y del artículo 84, ambos del Código de Defensa del Consumidor. Existen, también, proyectos de ley que disciplinan, específicamente, el envío de *spam*, entre ellos: el PL 21/04 y el PL 36/04 (anexados al PL 367/03), el PL 2766/03 y el PL 757/03 (sobre el envío de *spam* en teléfonos móviles celulares) y el PL 2186/03 (en que están anexados el PL 2423/00, 3731/04, 3872/04, 2423/03).

19.4. Aspectos Tributarios del Comercio Electrónico

El comercio electrónico implica una multiplicidad de transacciones que tienen repercusiones en la esfera tributaria, lo que ha sido objeto de preocupación mundial.

La tributación en el suministro de productos realizado a través del comercio electrónico consiste en el ICMS – Impuesto sobre Circulación de Mercaderías y Servicios –, aunque la mercadería sea oriunda de otro país, en los términos del artículo 155, párrafo 2º, inciso IX, de la Constitución Federal.

Específicamente en el caso del *software*, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal – STF ha entendido que, si hay venta de programas de computadoras producidos en serie (los llamados *Softwares* vendidos en los estantes – *off the shelf*), incide el ICMS. Sin embargo, si el suministro se realizara en carácter de prestación de servicios, mediante el desarrollo de programas específicos, de acuerdo con la solicitud y la necesidad del cliente, incide el ISSQN (en su sigla en portugués) – Impuesto sobre Servicios de Cualquier Naturaleza.

En lo que se refiere a los servicios de acceso a la *internet*, aunque haya divergencia sobre la especie tributaria que incide – si ICMS, ISSQN o ninguno de ellos –, la doctrina y jurisprudencia han entendido que el ICMS no incide sobre la prestación de este tipo de servicios ya que no constituyen servicios de comunicación, en los términos del art. 155, II, de la CF (Sentencia de la 2ª Sala del STJ. RE n° 456.650/PR, de Re.: Min. ELIANA CALMON. J. 24/6/2003. DJU. 8/9/2003).²¹ La cuestión es importante frente a la diferencia de alícuota entre los impuestos, que puede llegar al 20%, ya que, en el comercio electrónico, el ICMS puede llegar a alícuotas de hasta un 25%, mientras que el ISS puede llegar a un máximo del 5%.

La Constitución Federal otorga a los Municipios competencia para instituir impuestos sobre servicios de cualquier naturaleza – ISSQN, no comprendidos en el ámbito de incidencia del ICMS y definidos en ley complementaria. No obstante, los servicios de acceso a la *internet* no se encuentran descritos en las listas anexadas al Decreto Ley n° 406/68 (aplicable hasta el 31.07.2003) y a la Ley Complementaria n° 116/03 (aplicable a partir del 01.08.2003), que definen los servicios pasibles de tributación por el ISS. Por lo tanto, además de no sufrir tributación por el ICMS, dichos servicios tampoco constituyen un hecho generador tributable por el ISS, ya que no se encuentran incluidos en la lista de servicios.

Cabe subrayar, sin embargo, que el Proyecto de Ley n° 3.303, actualmente en la coordinación de Comisión Permanente (CCP) de la Cámara de los Diputados, propone la clasificación de los proveedores de *internet* como prestadores de servicios, en los términos del Código de Defensa del Consumidor.

19.5. Propiedad Intelectual

Se aplican a las obras colocadas en el ambiente del comercio electrónico (textos, músicas, dibujos, fotografías, programas de computadora, etc.) las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor (Ley n° 9.610, del 19.02.1998) y de la Ley del *Software* (Ley n° 9.609, del 19.02.1998). Existen como mínimo cuatro modalidades de expresión intelectual que están presentes en los medios actualmente utilizados en el comercio electrónico: los programas de computadora, las obras de multimedios, los *websites* y las bases electrónicas de datos.

Los programas de computadora gozan de la protección otorgada por la Ley del *Software* y por la propia Ley de Derechos de Autor. Las obras de multimedios, que reúnen varias formas de expresión, cuentan con la protección de la Ley de

²¹ Lo que fue confirmado por la MC 10388/SP, Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/06; Resp 736607/PR, Ministro Francisco Falcão, j. 25/10/2005; Resp 511390/MG, Ministro Luiz Fux, j. 19/05/2005.

Derechos de Autor, a través de los dispositivos que se aplican a cada una de las formas de expresión que integran. Los *websites* también son protegidos por la mencionada ley, en la medida en que también son protegidas las obras que los integran (expresión gráfica, sonidos, programas de computadora, etc.). Las bases de datos electrónicas son protegidas por la Ley de Derechos de Autor, cuando, por su selección, organización o disposición de su contenido, constituyan una creación intelectual, pero no se confiere protección a las bases de datos cuando esos requisitos no son cumplidos. Cuestiones relativas a la necesidad de protección adicional al *website*, en lo que atañe a otras formas de expresión creativa presentes en él (por ejemplo, estructura y métodos comerciales), y al contenido de las bases de datos electrónicas (datos propiamente considerados) han sido objeto de discusión entre especialistas, y todavía no cuentan con un adecuado respaldo legal en Brasil.

19.6. Nombre de Dominio

Todo establecimiento virtual es identificado por el nombre de dominio, que identifica el “lugar” en que el consumidor o adquirente puede comprar el producto o servicio. La actividad de registro de nombres de dominio en Brasil cabía a la FAPESP, pero, a partir del 05 de diciembre del 2005, pasó a ser de responsabilidad del NIC.br (Núcleo de Información y Coordinación del Punto Br), por delegación del Comité Gestor de la *Internet* de Brasil. El registro de los nombres de dominio obedece a las disposiciones de las Resoluciones n° 001/2005 y n° 002/2005, ambas del Comité Gestor.

Las resoluciones anteriormente mencionadas establecen que el derecho al nombre de dominio es conferido al primero que lo solicite (cumplidas las exigencias aplicables), no siendo registrables como nombre de dominio palabras de mal gusto o que pertenezcan a nombres reservados mantenidos por el Comité Gestor o por la NIC.br, así como los que puedan inducir terceros a error, como en el caso de nombres que representan marcas de alto renombre o notoriamente conocidas (excepto cuando es solicitado por el respectivo titular).

La composición del nombre de dominio debe respetar los derechos industriales de terceros. Así, el titular del registro de una determinada marca en el INPI puede impedir su utilización como nombre de dominio por parte de quienes no tienen derecho sobre la expresión.²² Diferentemente del registro de la marca en el INPI, el acto de registro del nombre de dominio en el NIC.br no tiene naturaleza constitutiva. Se trata de un mero registro gerencial, cuyo objetivo es evitar la duplicidad de nombres y viabilizar los procedimientos técnicos que permiten

²² Sobre este tema, el Comité Gestor afirma que “este asunto está siendo discutido en todo el mundo y la tendencia es que marca y dominio sean tratados independientemente” (in < <http://www.cg.org.br/faq/problemas-03.htm>>).

que se pueda ingresar a una determinada dirección electrónica vía *internet*.

El registro del dominio puede ser cancelado, entre otras hipótesis, debido a la inobservancia de las reglas previstas por el Comité Gestor o por orden judicial (Ítem 5 del Acto Normativo para la atribución de Nombres de Dominio en la *internet* en Brasil). Este tema ha sido objeto de diversas acciones judiciales, en que se dirime la cancelación, la interrupción, la suspensión o la transferencia del nombre de dominio al autor de la acción, así como la abstención del uso del nombre de dominio por parte del reo. En la mayoría de esas acciones, ha sido concedida tutela anticipada al autor, cuando fue solicitada y cuando se considera que la argumentación es sólida. En el ámbito del NIC o del Comité Gestor, no hay procedimiento administrativo para, a solicitud de la parte interesada, examinar y decidir sobre la cancelación de registros de nombres de dominio que ya fueron concedidos.

19.7. Eficacia Probatoria del Documento Electrónico

19.7.1. Teoría General de las Pruebas

Prueba es el medio utilizado por los litigantes para obtener el convencimiento del Magistrado sobre un hecho que le es favorable en el curso de un proceso judicial. El juicio de la mayor parte de los litigios exige la solución de cuestiones de hecho. Usualmente, el acceso del juez a tales hechos depende de pruebas. Teóricamente al menos, la probabilidad de llegar a una decisión justa crece en razón directa con los mecanismos probatorios.

El destinatario de la prueba es el Magistrado. La sentencia debe ser proferida en conformidad con las pruebas incluidas en el proceso (art. 128 del Código de Proceso Civil). El juez decidirá según la verdad de los autos y no según la verdad de la naturaleza (verdad real). Esta limitación se justifica como forma de evitar el arbitrio.

Durante la fase probatoria, la acción del juez debe ser extremadamente cuidadosa y buscar el amplio acceso a todos los medios necesarios para una evaluación y análisis cuidadosos y para la formación de su convicción. La negación injustificada de la producción de prueba por parte del magistrado, constituye un cercenamiento de defensa (art. 5º, LV, Constitución Federal). El Juez, a partir de criterios dictados por ley (persuasión racional), intentará reconstruir los hechos discutidos en los autos para determinar de qué manera ellos habrían sido presenciados. El Juez tiene libertad para analizar los hechos. Esta libertad no significa, por supuesto, arbitrio judicial.

En lo que se refiere a los medios de prueba, nuestro sistema legal no adopta una

enumeración taxativa, pero admite *“todos los medios legales, así como los moralmente legítimos, aunque no especificados en este Código.”*(artículo 332, del Código de Proceso Civil). El ordenamiento brasileño admite, inclusive, las “pruebas atípicas” o “innominadas”, aunque repudie las pruebas “ilegítimas”, o sea, las que afrontan las normas de Derecho Procesal, tanto en lo que se refiere al medio, como al modo de su obtención.

La prueba documental es la cosa que ella representa y se presta a reproducir una manifestación del pensamiento. Como acontecimientos e ideas son considerados en juicio como “hechos”, el documento es una cosa representativa de un hecho. Como cosa representativa, el documento no existe en estado natural. Se forma a partir de la acción y, por lo tanto, asume una cierta forma o medio. Los documentos pueden ser escritos o no escritos, públicos o particulares. Algunos doctrinarios también los clasifican según su autenticidad, origen, subscripción, medio de formación (directo, indirecto; escrito o gráfico), contenido (narrativos o constitutivos), forma (solemnes o no), etc. El documento es “ad solemnitatem”, cuando es indispensable para la propia sustancia (naturaleza, forma y constitución) del acto, y será “ad probationem” cuando constituya mera prueba del acto, o de sus efectos. A los documentos públicos, siempre y cuando sean firmados por oficial público (fe pública), les es garantizada presunción juris tantum acerca de su autenticidad, excepto ante la hipótesis de que hubiera prueba de su falsedad (material o ideológica).

Con relación a los documentos particulares, la cuestión de su fuerza probatoria es controvertida, tomando en cuenta la diversidad de formas en que ellos se presentan. Por ejemplo, para el documento particular escrito y firmado o apenas firmado, existe la presunción legal de que las declaraciones que constan en él son verdaderas. Según el artículo 388, I, del Código de Proceso Civil Brasileño, el documento particular deja de merecer fe cuando le es cuestionada la firma y mientras no se le compruebe su veracidad. Para retirar la fe de cualquier documento público o particular, cabe a la parte interesada la argumentación de falsedad (“principaliter” o “incidenter tantum”), para que la misma sea declarada judicialmente. El documento particular debe ser necesariamente escrito por la propia parte o por otro, como también, podrá o no estar firmado. Para la doctrina tradicional, el autor del documento particular será quien lo firmó, dispensándose dicha firma solamente en los tipos de documentos que habitualmente no suelen ser firmados, como es el caso de los libros comerciales.

A partir de este punto es que surgen los cuestionamientos acerca de los llamados “documentos electrónicos” y su utilización como medio de prueba. El uso de medios electrónicos en la constitución de los actos jurídicos representa la progresiva substitución de la escritura por impulsos o transmisiones electrónicos. La firma del autor no acompaña necesariamente al documento, frente a su

substitución por los llamados “códigos o señas confidenciales.”

19.7.2. Encuadramiento del Documento Electrónico Entre los Diversos Tipos de Documento

La doctrina tuvo que abandonar la noción tradicional de prueba documental, para admitir una nueva forma de expresión, que no es ni oral, ni escrita, sino digital²³. Todo documento se presta a una declaración, o sea, a la representación de un hecho presente o pasado. Así también ocurre con el documento digital, con la única diferencia de que, para ese tipo de documento, la percepción sensorial del receptor/observador no es inmediata. Es decir: para que la representación sea comprensible, es necesario el recurso a un elaborador electrónico, que se traduce en un objeto (intermediario) que permite al observador la cognición de la declaración representada en el documento²⁴. Dentro de la amplia clasificación posible, el documento informático se encuadra, por lo tanto, en la categoría de los documentos indirectamente representativos. Se puede afirmar, por lo tanto, que el documento informático es todo y cualquier objeto que, interactuando con un elaborador electrónico, sea capaz de transmitir la representación de un hecho presente o pasado²⁵.

19.7.3. Soporte Representativo

El contenido del documento electrónico, por su carácter inmaterial, está siempre apoyado sobre un soporte representativo, o sea, un objeto en el que está contenida la declaración digital (*floppy disk*, cinta magnética, *compact disk*, etc.). El soporte representativo es un aspecto que mantiene relación con las exigencias legales de conservación de los documentos.

En principio, la doctrina consideraba al soporte magnético (representativo) como siendo el original del documento²⁶, y no las informaciones allí contenidas en forma digital. Esta posición parece estar ultrapasada, en la medida en que el soporte es actualmente considerado apenas un medio de conservación del documento, cuya importancia reside únicamente sobre el contenido.

Así, tomándose como ejemplo la experiencia de países de Europa Occidental alrededor de los años 80²⁷, más precisamente Bélgica y Francia, se verifica que la transcripción o la impresión del contenido del documento electrónico sobre

²³ Cf. Graziosi, Andrea, “Premesse ad una teoria probatoria del documento informático”, in *Rivista Trimestrale di Diritto y Procedura Civile*, Anno LII, n. 2, junio/98, Milano, Giuffrè, p. 487.

²⁴ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 491.

²⁵ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 492.

²⁶ Cf. Amory, Bernard y Poullet, Yves, “Le droit de la preuve face a l’informatique et a la la télématicque”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, abril/junio 1.985, pp. 340/341.

²⁷ Cf. Amory, Bernard y Poullet, Yves, op. cit., p. 341.

papel era siempre considerada como siendo una copia. Sin embargo, esto no quiere decir que las copias (entendidas aquí como impresión del contenido del documento electrónico sobre un soporte de papel) no pudieran ser utilizadas en juicio. De acuerdo con la mejor interpretación, la legislación francesa permitía - y permite -, de acuerdo con el art. 1.348, parágrafo “a”, del Código Civil, la utilización de “copia fiel y duradera”, siempre y cuando el original sea inexistente o irre recuperable.

Desde los años 80, la posición de la doctrina y de la legislación europea está sufriendo importantes modificaciones. Actualmente, ya no se considera que el soporte es el original del documento. Esto es lo que se extrae de las reglas contenidas en la Directriz 97/7 de la Unión Europea para Comercio a Distancia, reglamentando los contratos celebrados entre consumidores y proveedores a través de medios de comunicación a distancia y sin la presencia física simultánea de una o ambas partes²⁸. La directriz, previendo la falta de seguridad ofrecida por la conservación de datos en soportes magnéticos y con miras a la protección de las partes contratantes, dispone que las declaraciones emitidas en contratos de comercio a distancia deben ser confirmadas por escrito o por otro medio durable (artículo 5º). Se observa que la nueva legislación comunitaria y también la doctrina que se formó alrededor de la misma se han preocupado con los medios de conservación de los documentos informáticos. Tanto es así que, en 1998, el *Prospective UCC (Uniform Commercial Code)*, Proyecto de Código Comercial Uniforme para la Unión Europea, ya mencionaba en su art. 2B el término *record* (grabación), en vez de *writing* (escritura tradicional). Para los fines del UCC, el término *record* equivale a la información inscrita en un medio tangible o archivada en un medio electrónico o cualquier otro que sea recuperable de forma inteligible²⁹.

19.7.3.1. Cuestiones Procesales Relativas a la Prueba

El Análisis del valor de prueba del documento electrónico – y su consecuente receptividad en los tribunales - se subdivide necesariamente en el examen de tres aspectos principales: prueba de la existencia del documento, prueba de la proveniencia de la declaración allí contenida y prueba del contenido del documento.

²⁸ Cf. Silva, Ricardo Barretto Ferreira da y Paulino, Valéria in “Relevant issues in conducting commerce on the Internet”, paper presentado en la “10th Annual Conference on Legal Aspects of Doing Business in Latin America”, 1.998, pp.10/11.

²⁹ Selected Provisions and Comments from Proposed Article 2B – September, 1997, p. 14, apud Silva, Ricardo Barretto Ferreira da y Paulino, Valéria, op. cit., p. 15. Otras nuevas directrices de la UEE sobre la materia: Directriz 21/2002 - instituye un cuadro común de red y servicio de comunicaciones electrónicas; Directriz 65/2002 trata del comercio de servicios bancarios a distancia Directriz58/2002 - tutela la vida privada y en el sector de comunicación electrónica.

19.7.3.2. Prueba de la Existencia del Documento Electrónico

La ventaja de la telemática es la rapidez, y su inconveniente es la fugacidad. Tomándose en cuenta este aspecto, es posible imaginar la dificultad que, a veces, el jurisdiccional tiene que enfrentar para la comprobación de la propia existencia del documento. Y, como es sabido, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, la prueba de la existencia del documento está a cargo de quien lo invoca en favor propio (art. 333, I y II del CPC).

En el ordenamiento brasileño, la regla general es la libertad en materia de utilización de los diversos medios de prueba previstos o no en la ley (art. 332, CPC). Sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones, en lo que se refiere a determinados tipos de actos jurídicos (contratos de valor superior al que fue fijado en la ley, por ejemplo).

La doctrina italiana suele equiparar, en la práctica y a efectos de prueba, el documento declarativo (categoría que incluye la de documento electrónico) con el documento particular previsto en el art. 2.702 del Código Civil italiano³⁰. El art. 2.702 define las hipótesis en que el documento particular adquiere eficacia probatoria.

Los sistemas de *common law* conocen, por su parte, dos normas fundamentales que parecen constituir obstáculos a la prueba de la existencia del documento electrónico: la regla del testimonio indirecto (*hearsay rule*) y la regla del *original (best evidence rule)*³¹. El examen de estas dos normas permite verificar cómo la cuestión es tratada, en líneas generales, en países como Inglaterra y Estados Unidos.

En razón de la regla del testimonio indirecta, el testimonio, medio de prueba privilegiado en el derecho anglosajón, está permitido solamente si emana de quien tuvo conocimiento directo y personal de los hechos sobre los cuales presta declaración. Aplicándose esta regla a los documentos escritos, se concluye que un documento no puede ser considerado como medio de prueba idóneo, si su autor (emisor) no estuviera presente para atestiguar acerca del referido documento. Como, en materia de documento electrónico, la información original pasa por varios sujetos, queda claro que la regla que ahora se examina constituye un obstáculo para la prueba de la existencia del propio documento.

De acuerdo con la regla del original, un documento, en principio, solamente es válido como medio de prueba si es presentado en su versión original. El documento electrónico asume una forma digital, siendo que solamente su soporte

³⁰ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 501.

³¹ Cf. Amory, Bernard y Poullet, Yves, op. cit., p. 335.

representativo se materializa. De esta manera, la regla del original obsta, en principio, la prueba de la existencia del documento informático, que es inmaterial.

Hay, sin embargo, en el derecho anglosajón, numerosas excepciones a la *hearsay rule* y a la *best evidence rule*, que minimizan la dificultad de la prueba de la existencia del documento electrónico. Entre estas excepciones podemos mencionar el *Civil Evidence Act* inglés de 1968 y la *Business Records Exception* americana, que serán analizados a continuación.

19.7.3.3. Proveniencia de la Declaración y Firma Electrónica

Otro tema de interés es el de la duda relativa a la identidad del declarante. Esta cuestión está íntimamente conectado con la firma electrónica, que será examinada pormenorizadamente a continuación. De hecho, a la simple digitación de un nombre al pie de un documento electrónico no se le puede atribuir el mismo valor que a una firma en el sentido convencional. La subscripción convencional contiene peculiaridades particularmente en lo que se refiere a las características de la caligrafía del suscriptor) que la vuelven única y dificultan su falsificación.

La práctica comercial aportó algunas soluciones para el problema. Un código secreto detentado por el usuario del sistema electrónico es una fuente de identificación frecuentemente utilizada en transacciones electrónicas. La crítica que se hace a ese medio de identificación es que no permite la identificación física del individuo que emite la declaración. Para dicha identificación, serían necesarias técnicas que permitiesen reconocer a distancia una característica física del individuo, tal como la identificación de la impresión digital o del timbre de voz.

Los avances de la informática vienen acompañados de nuevas y modernas técnicas para poder descubrir al “autor” del documento electrónico. Lo que hoy se denomina comúnmente firma electrónica es, en realidad, un procedimiento informático especial para el control de la proveniencia de los documentos electrónicos. Se trata de la adopción de un sistema criptográfico, cuyo valor de prueba ha sido equiparable al de la firma tradicional³². Funciona de la siguiente forma: el usuario del sistema electrónico tiene un par de claves asimétricas, una privada y una pública. Ambas tienen un código alfa-numérico, con la diferencia que para la clave privada, ese código es secreto y de conocimiento exclusivo del usuario. El código correspondiente a la otra clave es de dominio público y forma parte de una lista accesible a los demás usuarios. Ambas claves son compatibles e identificables recíprocamente, lo que vuelve posible, por lo tanto, el sistema de la firma digital o firma electrónica³³.

³² Cf. Graziusi, op. cit., “l'apposizione della firma digitale integra un atto di volontà, giuridicamente rilevante, di asunzione di paternità della dichiarazione cui si riferisce”.

³³ Graziusi, Andrea, op. cit., p. 507.

Para fines de prueba, la firma electrónica diverge totalmente de la firma convencional. Esto se debe a que esta última tiene carácter de prueba documental directamente representativa, bastando al juez proceder a un examen directo de la prueba. En lo que atañe a la firma digital, ésta exige un régimen diverso: la verificación de la procedencia de la declaración depende de la mediación de un elaborador electrónico que pueda proceder al método de control anteriormente descrito. Así, la firma electrónica no es una prueba directamente representativa. De esto se deriva una situación singular: la prueba de la declaración que consta en el documento informático es documental, mientras que la prueba de la proveniencia es *constituenda*³⁴.

19.7.3.4. Prueba del Contenido del Documento

Una cuestión crucial que ahora se plantea es la que se refiere a la credibilidad del referido contenido del documento. Como se sabe, los documentos informáticos son pasibles de manipulación que no dejan rastros.

Hay dos tipos de riesgo a los que están sujetos los documentos electrónicos: los errores y los fraudes. Los errores pueden tener diversos orígenes: humano, técnico o externo. La mayor parte de los errores de origen humano se debe a fallas en la manipulación de datos. Los errores de origen externo son imputables, principalmente, al medio ambiente (malas condiciones de temperatura o humedad, por ejemplo). En lo que se refiere a los defectos de origen técnico, ellos son el resultado de un mal funcionamiento del *Software* o del propio elaborador electrónico utilizado. El fraude se diferencia del error por su carácter doloso.

Se trata de un problema de difícil solución. Lo que se ha propuesto es la creación de nuevos tipos penales, con previsión de sanciones severas. En Brasil, se puede citar el proyecto de ley n. 84 de 1999, presentado por el diputado Luiz Piauhyllino, que ya fue aprobado en la Cámara de los Diputados y cuyo substitutivo está tramitando en el Senado Federal con el n° 89/03, PL 407/2005 (sobre juicio de ‘hackers’ y ‘crakers’).

19.7.4. Trabajos Legislativos

El *Civil Evidence Act* (Inglaterra, 1.968). Pionera, esta ley ya contenía una serie de disposiciones acerca de la prueba electrónicamente producida, definiendo las condiciones para su validez ante los tribunales. Preveía, inclusive, la confección de un certificado de identificación del documento, que debía ser suscrito por la persona responsable del contenido del documento y presentado ante el tribunal.

³⁴ Graziosi, Andrea, op. cit., p. 510.

En los Estados Unidos, existe el *Uniform Business Records as Evidence Act* y las *Uniform Rules of Evidence*, también de la década de 60. Contienen una excepción a las reglas del testimonio indirecto y del original, por la cual la prueba electrónica sería admisible para los casos en que su contenido tuviera naturaleza comercial. También, según la mencionada excepción (*Business Records Exception*) los documentos de origen electrónico son admitidos sin necesidad de la declaración de su autoría.

En Francia, el legislador transformó en texto legal (ley de 12.07.80) el entendimiento de la jurisprudencia según el cual es dispensable la presentación en juicio de un “escrito”, en caso de imposibilidad material.

Una de las más completas y modernas leyes sobre este tema es la ley italiana n. 59 de 1.997, que, entonces, ya disciplinaba detalladamente las condiciones de admisibilidad del documento electrónico como medio de prueba, con previsión expresa sobre la firma criptográfica, de las copias digitales, etc.

Brasil dispone de regulaciones recientes, indicando algunos avances a respecto de documentos electrónicos (ley 9.800, del 26 de mayo de 1999, que autoriza a las partes el envío de documentos electrónicos y envío de peticiones vía fax para la práctica de determinados actos procesales; Instrucción Normativa de la Secretaría de la *Receita Federal*, n. 156 del 22 de diciembre de 1999, que reglamenta la emisión de documentos electrónicos para ser utilizados en las relaciones de este órgano público con el contribuyente tributario; ley 10.259/2001, cuyo art 8º: § 2o autoriza a los tribunales a organizar servicio de intimación de las partes y de recepción de peticiones por medio electrónico; Enmienda Reglamentaria n. 6 del STJ, que autoriza al jurisdicionado a utilizar, en sus recursos, una acordada retirada de la *internet*, siempre y cuando haya declaración del abogado responsabilizándose de la autenticidad del documento).

Merecen destaque, en este contexto, los siguientes proyectos de ley brasileños: PLC n° 5.828/2001 (con substitutivo PL n° 71/2002, en el Senado), que “*dispone sobre la informatización del proceso judicial y toma otras medidas*”, de iniciativa de la Asociación de los Jueces Federales de Brasil; PL 5.732/2005 y PL 1692/2003 (sobre uso de correo electrónico); PL 7.316/2002 (sobre uso de firma electrónica).

Por otra parte, nuestros Tribunales, cada vez más, están adaptándose a esta nueva realidad legislativa. El Tribunal Regional Federal de la 4ª región, por ejemplo, implementó en julio del 2003 el proceso electrónico en cuatro juzgados especiales federales, desarrollando un proceso sin el uso de papeles, mediante el envío a distancia de peticiones y documentos a través de e-mail. Por otra parte, algunos Tribunales todavía consideran desaconsejable la utilización práctica del documento electrónico en los procesos. El Superior Tribunal de Justicia, por ejemplo,

reconoce la validez del documento electrónico apenas: (i) si el archivo electrónico fuera correctamente recibido en el Tribunal y (ii) si los originales fueran protocolizados tempestivamente, en los términos de la ley 9.800/99.³⁵

Cabe destacar, asimismo, el Decreto n° 3.505, del 13 de junio del 2000, que instituyó la Política de Seguridad de Información en los órganos y entidades de la Administración Pública Federal y que fue una de las primeras normas brasileñas que abordó el tema relacionado con las comunicaciones electrónicas. Posteriormente, el Decreto n° 3.587 del 05.09.2000 (revocado por el artículo 6° del Decreto n° 3.996 del 31.10.2001) estableció las normas para la Infraestructura de Claves Públicas del Poder Ejecutivo Federal - ICP-Gov -, con miras a la creación y utilización de la firma digital, por medio de la criptografía asimétrica.

En la esfera privada, la Medida Provisoria 2.200-2, del 24/08/2001, instituyó la Infraestructura de Claves Públicas de Brasil (ICP-Brasil), para garantizar la autenticidad, la integridad y la validez jurídica de documentos en forma electrónica, de las aplicaciones de soporte y de las aplicaciones habilitadas que utilicen certificados digitales, así como la realización de transacciones electrónicas seguras.

19.7.4.1. Medida Provisoria 2.200-2 y Otros Proyectos de Ley en Brasil

De acuerdo con la MP 2.200-2, del 24/08/01, la ICP-Brasil es una organización compuesta por una autoridad gestora de políticas (Comité Gestor – vinculado a la Casa Civil de la Presidencia de la República) y por autoridades certificadoras (que son las entidades responsables de la emisión de los certificados electrónicos, tomando medidas para establecer la identidad de las personas o de las organizaciones solicitantes del certificado).

Aunque la referida Medida Provisoria 2.200-2/01 no imponga la utilización de la certificación digital para fines de validez de documentos electrónicos, la norma atribuye una presunción relativa de autenticidad a las firmas digitales contenidas en documento certificado electrónicamente por una AC (Autoridad Certificadora) acreditada en el *Comité Gestor de la ICP-Brasil* (art. 10, §1°).

De otra forma, en el caso de que las partes deseen utilizar otra autoridad Certificadora (no acreditada en el Comité Gestor) para autenticar sus documentos electrónicos, es imprescindible que, para la validez jurídica ante terceros, haya

³⁵ Resp 594.352/SP, Resp 594.352/SP, REsp. n.º 525.067/ES, j. 19.02.2004; en sentido contrario: Recurso Ordinario en Mandato de Seguridad n° 11.960/RJ - el Superior Tribunal de Justicia apreció y reconoció la validez jurídica del documento electrónico (informaciones procesales) que el litigante obtuvo en el site del tribunal.

estipulación contractual, informando que las partes aceptan la “AC” para el acto de autenticación. Es lo que recomienda el art. 10, parágrafo 2º de la MP. Este procedimiento es importante para que el documento pase a ser jurídicamente válido, por ejemplo, en un proceso que lo utilice como prueba.

La referida Medida Provisoria pasó por tres ediciones hasta llegar al texto actual, siendo después de sancionada, resultando en la MP n° 2.200-2/2001. Su sanción pasó por encima de diversos proyectos de ley que tramitan en el Congreso Nacional. Ellos disponen sobre la misma materia, algunos mucho más completos que la MP, como es el caso del Proyecto de Ley n° 4.906/2001, que además de abordar la firma digital y la certificación electrónica, trata, de una manera mucho más abarcadora, las relaciones y responsabilidades derivadas del Comercio Electrónico.

En este contexto, se destaca, también, el Proyecto de Ley 7316/2002 (de la Secretaría de Asuntos Parlamentarios de la Presidencia de la República), que, inspirado en la Directriz 1999/93/CE de la Comunidad Europea, completa algunas carencias de la MP 2.200, disponiendo sobre la responsabilidad civil de las prestadoras de servicios de certificación, los procedimientos a ser observados ante la hipótesis de quiebra de una certificadora y el valor jurídico de los certificados emitidos en el exterior.

Dicho proyecto distingue, también, las categorías de “firma electrónica” y “firma electrónica calificada” (que tiene el mismo valor jurídico y de prueba de la firma manuscrita, siempre y cuando obedezca a las exigencias previstas en dicha norma), así como las de “certificado” y “certificado calificado”.

19.7.5. Conclusiones

El derecho brasileño ha actuado positivamente, en el sentido de buscar instrumentos adecuados para dirimir cuestiones nuevas que son impuestas por el creciente desarrollo de la tecnología. En esta medida, se instauró, con la Medida Provisoria 2.200, un régimen doble en el que se refiere al valor jurídico y de prueba de las firmas electrónicas. Por un lado está la firma electrónica avanzada que produce, por fuerza de la ley, los mismos efectos jurídicos de una firma manuscrita. Por otro lado, está la firma electrónica, a la que no se puede negar valor jurídico y de prueba, siempre y cuando sea admitida por las partes como siendo válida o aceptada por la persona a quien fue presentada. En este caso, su valor jurídico deriva de la voluntad de las partes.

La materia relacionada con el documento electrónico está lejos de ser plenamente reglamentada. Sin embargo, el vencimiento de la barrera de la inercia legislativa y jurisprudencial ya puede ser considerado una gran evolución.

Es verdad que el Derecho estará siempre retrasado con relación a la evolución de la Ciencia. Por ese motivo es que se dice que las reglas legislativas tendientes a reglamentar asuntos de naturaleza científica tienen que ser editadas de forma suficientemente genérica para abarcar el mayor número de hipótesis y dejar espacio para la propia evolución.

El documento electrónico es plenamente admisible como medio de prueba, no constituyendo una excepción a la regla del art. 332 del nuestro Código de Proceso Civil, siempre y cuando, para tanto, sean observadas las garantías individuales constitucionalmente previstas y los principios de orden público. Además, es cierto que la legislación brasileña, en cierta medida, adoptó un sistema capaz de conferir seguridad y validez a las operaciones realizadas a través de medios electrónicos, por medio de la Infraestructura de Claves Públicas instituida por la MP 2.200-2/01.

20. Informática

20.1. Política Nacional de Informática

Recién en 1984, Brasil pasó a legislar sobre la política nacional de informática, a través de la Ley n° 7.232/84.

Con miras a la capacitación nacional en las actividades de informática, con el objetivo de promover el desarrollo social, económico y cultural, dicha Ley autorizaba al Poder Ejecutivo a imponer restricciones a la importación, producción, operación y comercialización de bienes y servicios técnicos de informática y preveía la creación de incentivos tributarios y financieros en favor de empresas nacionales.

Estos principios propiciaron reserva de mercado, monitoreo de la importación de bienes y servicios de informática, intervención en la política de fabricación de dichos bienes y concesión de privilegios exclusivos favorables a las empresas calificadas como nacionales, definidas como las empresas cuyo control se encuentra, en carácter exclusivo, permanente, efectivo e incondicional, en manos de brasileños personas físicas, residentes y domiciliados en el país.

Esta realidad pasó por una profunda modificación mediante la promulgación de las Leyes n° 8.191/91 y 8.248/91, posteriormente modificadas en 2001 y 2004, y de la Enmienda Constitucional 06/95, que modificaron las normas que autorizaban el tratamiento favorecido a la empresa brasileña de capital nacional (cuya definición era similar a la adoptada por la Ley n° 7.232/84). Fueron eliminados la reserva de mercado y los privilegios concedidos a las empresas de capital nacional en el área de informática y fueron colocadas las bases de la actual política nacional de informática.

La política nacional de informática se orientó hacia la búsqueda de competitividad internacional y los incentivos garantizados al sector pasaron a ser asegurados a todas las empresas que, independientemente del origen de su capital, se dedicasen a la fabricación de bienes de informática y automatización con niveles adecuados de valor agregado local, verificados por la observancia de reglas de proceso productivo básico (PPB), con estándares de calidad de producción y que invirtiesen recursos en la investigación y el desarrollo de las actividades de informática (I&D).

Actualmente, la conducción de esta política nacional de informática está a cargo, principalmente, del Ministerio de Ciencia y Tecnología (MCT) y de sus Secretarías, así como de los Ministerios de Hacienda, Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (MDIC).

Los incentivos que se aplican al sector están previstos en las Leyes n° 10.176/01 y 11.077/04, así como en los Decretos n° 3.800/01 y 4.401/02. Los principales incentivos fijados por dichas normas son: (i) la simplificación de las exigencias para inclusión de nuevas líneas de productos en los incentivos; (ii) el establecimiento de incentivos fiscales para empresas que desarrollen o produzcan bienes o servicios de informática y automación, así como la reglamentación de las exigencias que deben ser cumplidas para la obtención de tales beneficios; (iii) los incentivos a I&D en la región Norte (Agencia de Desarrollo de la Amazonía – ADA, que substituye a la extinta SUDAM), Nordeste (Agencia de Desarrollo del Nordeste – ADENE, que substituye a la extinta SUDENE) y Centro-Oeste; y (iv) la liberación de la obligación de que empresas pequeñas y medianas (tal como son definidas en esa legislación) realicen inversiones en I&D en proyectos de terceros.

20.2. Incentivos al Desarrollo y Producción Local de Bienes y Servicios de Informática

En líneas generales, los incentivos que se aplican a las empresas dedicadas al desarrollo y a la producción local de bienes y servicios de informática son:

- preferencia en las adquisiciones de los órganos y entidades de la Administración Pública Federal, directa o indirecta, fundaciones instituidas y mantenidas por el Poder Público y demás organizaciones que estén bajo el control directo o indirecto de la Unión, en condiciones equivalentes de plazo de entrega, soporte de servicios, calidad, estandarización, compatibilidad y especificación de desempeño y precio;
- depreciación acelerada de máquinas, aparatos e instrumentos nuevos destinados al uso en la producción industrial; y
- reducción del Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI).

La reducción del IPI sigue el siguiente cronograma:

- 95% del 01.01.2001 al 31.12.2001;
- 90% del 01.01.2002 al 31.12.2002;
- 85% del 01.01.2003 al 31.12.2003;
- 80% del 01.01.2004 al 31.12.2004;
- 75% del 01.01.2005 al 31.12.2005; y
- 70% del 01.01.2006 al 31.12.2009.

Cabe subrayar que las actividades localizadas en las regiones Norte (ADA – Agencia de Desarrollo de la Amazonía), Nordeste (ADENE – Agencia de Desarrollo del Nordeste) y Centro-Oeste siguen reglas específicas, inclusive en lo que atañe al cronograma de reducción del IPI.

Son aseguradas la manutención y la utilización del crédito del IPI relativo a materias primas, productos intermediarios y material de embalaje empleados en la industrialización de los bienes de informática incentivados.

Reciben los beneficios los siguientes bienes de informática y automatización:

- componentes electrónicos de semiconductor, optoelectrónicos, así como los respectivos insumos de naturaleza electrónica;
- máquinas, equipos y dispositivos basados en técnica digital, con funciones de colecta, tratamiento, estructuración, almacenamiento, conmutación, transmisión, recuperación o presentación de la información, sus respectivos insumos electrónicos, partes, piezas y soporte físico para operación;
- programas para computadores, máquinas, equipamientos y dispositivos de tratamiento de la información y respectiva documentación técnica asociada (*software*); y
- servicios técnicos asociados con los bienes y servicios descritos anteriormente.

En general, se excluyen del concepto de bienes de informática y automación las mercaderías de los sectores de audio, audio y vídeo, recreación y entretenimiento, aunque incorporen tecnología digital. Los productos incentivados constan, también, en el listado que consta en el Decreto n° 3801/01.

Para beneficiarse con los incentivos, la empresa debe presentar un proyecto conteniendo datos tales como identificación, actividades, facturación y número de empleados, así como informaciones sobre el proyecto que será desarrollado (que debe estar de acuerdo con las normas de PPB), sobre el proceso productivo de los productos que serán beneficiados, implantación de sistema de calidad y de programa de participación de los trabajadores en los lucros de la empresa. También son exigidos certificados negativos de la deuda activa de la Unión, de tributos y contribuciones federales y certificado de regularidad del Fondo de Garantía por Tempo de Servicio (FGTS).

Las normas relativas al PPB son emitidas por el MCT, conjuntamente con el MDIC.

Las inversiones en I&D siguen un programa del propio interesado, con observancia, también, de la inversión anual obligatoria, en actividades de investigación y desarrollo en tecnología de la información a ser realizadas en el país, de un mínimo del 5% de su facturación nominal en el mercado interno derivada de la comercialización de bienes y servicios de informática, deducidos los tributos que inciden sobre dichas comercializaciones y sobre el valor de las adquisiciones de productos incentivados.

Una parte del monto relativo a la inversión en investigación y desarrollo tiene una destinación específica de, como mínimo, el 2,3% de la facturación nominal para:

- centros o institutos de investigación o entidades brasileñas de enseñanza, oficiales o reconocidas, debidamente acreditadas,
- centros o institutos de investigación o entidades brasileñas de enseñanza, oficiales o reconocidas, con sede o establecimiento principal ubicados en las regiones de influencia de la ADA (exceptuada la Zona Franca de Manaus), de la ADENE y de la región Centro-Oeste, debidamente acreditadas; y
- el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FNDCT).

Tal como fue mencionado en la introducción de este trabajo, las nuevas normas sobre el destino de las inversiones en I&D permiten una mejor distribución de tales inversiones entre las diversas regiones del país.

Los porcentajes de inversión en I&D son reducidos, gradualmente, a medida en que son reducidos los incentivos de IPI. Cabe observar que la exigencia de inversión en I&D no se aplica a empresas cuya facturación nominal anual sea de menos de quince millones de reales.

Las empresas que se dedican a la industrialización de bienes de informática y automatización en las regiones de la ADA, ADENE y Centro-Oeste están sometidas a reglas específicas, en general más favorables, como por ejemplo, el beneficio del IPI, cuyos incentivos fueron prorrogados por la Ley n° 11.077/04 hasta diciembre del 2019.

20.3. Política Arancelaria y Mercosur

Los bienes de informática y automatización constan en listado de excepciones a la aplicación de las alícuotas de impuesto de importación vigentes en los países del Mercosur cuando comercian con terceros países. La Decisión CMC 39/2005, autoriza la adopción, en el transcurso del 2006, de alícuotas diferenciadas para bienes de informática y telecomunicaciones.

La negociación de bienes de informática entre los países del Mercosur se ve beneficiada por la reducción del 100%, siempre y cuando sean respetadas las reglas de origen acordadas entre los países involucrados en la transacción.

20.4. Protección Legal Conferida a los Programas de Computadora (*Softwares*)

La protección legal conferida a los programas de computadora está actualmen-

te disciplinada por la Ley n° 9.609/98, y por el Decreto n° 2.556/98, que, entre otros dispositivos:

- consideran al *Software* como un conjunto organizado de instrucciones en lenguaje natural o codificado, contenido en base física de cualquier naturaleza, de empleo necesario en máquinas automáticas de tratamiento de la información, dispositivos, instrumentos o equipamientos periféricos, basados en técnica digital o análoga, para hacerlos funcionar de modo y para fines determinados;
- establecen que el régimen de protección del *Software* es el conferido a las obras literarias por la Ley n° 9.610/88 – Ley de Derechos de Autor –, observado lo dispuesto en su legislación específica;
- prevén que pertenecen exclusivamente al empleador, contratante de servicios u órgano público, los derechos relativos al programa de computadora que fue desarrollado durante la vigencia de contrato o vínculo estatutario, expresamente destinado a la investigación y desarrollo, o en que tal actividad del empleado, contratado del servicio o servidor sea prevista, o también, que derive de la propia naturaleza de las cargas concernientes a esos vínculos;
- disponen que el uso de programa de computadora en el país es objeto de contrato de licencia. Ante la inexistencia de contrato de licencia, el documento fiscal relativo a la adquisición o licenciamiento de copia comprueba la regularidad de uso del *software*;
- disponen que los actos y contratos de licencia de derecho de comercialización referentes a programas de computadora de origen externa deben fijar, en lo que atañe a los tributos y encargos exigibles, la responsabilidad de los pagos y establecen la remuneración del titular del programa de computadora residente y domiciliado en el exterior;
- con relación al ítem inmediatamente anterior, prevé que son nulas las cláusulas que limiten la producción, distribución o comercialización, en violación de las normas vigentes, o que eximan a cualquiera de los contratantes de las responsabilidades frente a eventuales acciones de terceros resultantes de vicios, defectos o violación de derecho de autor;
- establecen que el contrato de licencia de uso de programa de computadora, el documento fiscal correspondiente, los soportes físicos o los respectivos embalajes deben consignar, de forma legible, el plazo de validez técnica de la versión comercializada;
- establecen que quien comercialice programas de computadora, tanto titular de los derechos del programa, como titular de los derechos de comercialización, está obligado, en el territorio nacional, durante el plazo de validez técnica de la respectiva versión, a asegurar a los respectivos usuarios la prestación de servicios técnicos complementarios relativos al adecuado funcionamiento del programa, consideradas sus especificaciones, persistiendo

esta obligación, inclusive, en el caso de retirada de circulación del programa durante el plazo de su validez;

- aseguran a los extranjeros domiciliados en el exterior la tutela de los derechos relativos al *Software* independientemente de registro, siempre y cuando el país de origen conceda, a los brasileños y extranjeros domiciliados en Brasil, derechos equivalentes;
- disponen que, aunque no sea obligatorio, el *Software* puede ser registrado en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) para mayor garantía del ejercicio de los derechos correspondientes, asegurado el sigilo de los datos proporcionados para el registro³⁶;
- disponen que el *Software* está protegido durante 50 años a partir de 1º de enero del año siguiente al de su publicación, o a partir de la fecha de su creación, independientemente de su registro en el INPI; y
- prevén que la violación de derechos de autor de *Software* somete al responsable a una pena de detención de seis meses a dos años o a una multa. En el caso de que la violación consista en la reproducción para comercio, la pena es de reclusión de uno a cuatro años y multa.

20.4.1. Tributos que Inciden en las Operaciones con Programas de Computadora

El Supremo Tribunal Federal (STF), en juicio³⁷ que discutía la incidencia del Impuesto sobre Servicios de Cualquier Naturaleza (ISS) o del Impuesto sobre Circulación de Mercaderías y Servicios (ICMS) en la comercialización de *software*, se propuso hacer una distinción entre las diversas especies de *software*, de tal forma que (i) el ICMS incidiría sobre el *Software* masificado o de estantería, producido en gran escala y colocado en el mercado interno como si fuera mercadería, y (ii) el ISS incidiría sobre *Software* personalizado y producido por encomienda como resultado de una situación específica, ya que se trataría de la hipótesis de prestación de servicio.

Quedó consolidado, así, el entendimiento del STF en el sentido de que debe ser considerada verdadera mercadería el llamado *Software* de estantería, que sería el *Software* comercializado en el mercado en general, sin que haya ningún tipo de transferencia de tecnología para el comprador y, también, sin ninguna remuneración a título de licencia por el uso de derechos de autor.

³⁶ El registro en el INPI del contrato de licencia de *software*, a pesar de no ser obligatorio, genera las siguientes ventajas: eficacia ante terceros y posibilidad de deducción fiscal de los pagos hechos al licenciado. Solamente los contratos que impliquen transferencia de tecnología serán pasibles de registro. O sea, si el código fuente y la documentación que describe el funcionamiento del *Software* no son colocados a disposición del licenciado, dicho contrato no puede ser registrado en el INPI. La Resolución del INPI 58/98 establece las normas y los procedimientos para el registro de programas de computadora.

³⁷ El Supremo Tribunal Federal (STF), en juicio

Cabe subrayar que, aunque la distinción entre *Software* de estantería y *Software* personalizado parezca relativamente simple, la línea divisoria entre ambas figuras muchas veces no se revela tan nítida, siendo verdad que, en determinados casos concretos, no es tarea fácil identificar cuál es el tipo de *Software* del que se está tratando.

No obstante, cabe subrayar que las consecuencias tributarias resultantes de la clasificación del *Software* en una u otra categoría pueden ser muy diferentes.

20.4.1.1. De los Tributos que Inciden sobre Operaciones con *Software* de Estantería

Operaciones de importación

En las importaciones de *Software* de estantería inciden el Impuesto de Importación (II), el IPI, la Contribución al Programa de Integración Social – Importación (PIS-Importación), la Contribución para el Financiamiento de la Previsión Social – Importación (COFINS-Importación) y el ICMS.

Las alícuotas del II y del IPI varían de acuerdo con sus respectivas clasificaciones fiscales. En lo que atañe al cálculo de la base de cálculo del II y del IPI en las importaciones, la Disposición Ministerial 181/89 admite la discriminación del valor del programa y del valor de los medios o soporte informático, de forma que el II y el IPI sean recaudados solamente sobre el valor del soporte informático. No habiendo dicha discriminación, II e IPI deben incidir sobre el valor total de la operación.

La Ley n° 10.865/04 instituyó la incidencia del PIS-Importación y de la COFINS-Importación sobre la importación de bienes y servicios del exterior realizada por persona física o jurídica brasileña. Como regla general, en dichas situaciones, inciden las alícuotas del 1,65% (PIS-Importación) y del 7,6% (COFINS-Importación).

En lo que atañe al ICMS (impuesto de competencia de los Estados de la Federación), en el Estado de São Paulo, el artículo 50 del Decreto n° 45.490/00 (Reglamento del ICMS) prevé que, en las operaciones con *software*, personalizado o no, la base de cálculo del ICMS es el doble del valor del soporte informático, siendo que la alícuota aplicable depende del Estado donde se encuentra localizado el importador.

Operaciones internas

En las operaciones internas con *Software* de estantería, inciden el ICMS sobre

el valor de la operación y el PIS y la COFINS sobre los ingresos oriundos de la venta de *software*.

El IPI, por su parte, incide sobre la fabricación de *software*, pero no sobre su comercialización.

20.4.1.2. De los Tributos que Inciden sobre Operaciones con Software Personalizado

Operaciones de importación

En las importaciones de *Software* personalizado inciden II, IPI, PIS-Importación, COFINS-Importación e ICMS sobre el valor del soporte físico, siempre y cuando el valor del mismo esté discriminado en los documentos en que se basa la operación de importación; en caso contrario, la tributación se produce sobre el valor total de la operación (el valor del programa en sí más el valor referente al soporte físico).

Ante esta hipótesis, el ICMS incide sobre el doble del valor del soporte físico del *software*, en la medida en que el artículo 50 del Decreto n° 45.490/00 no hace distinción entre *Software* personalizado o no.

Pago por la licencia de uso

En el pago de *royalties* a no residentes relativos a la remuneración por el uso del *Software* licenciado, hay incidencia del Impuesto a la Renta Retenido en la Fuente (IRRF) en la alícuota del 15% (o el 25%, en el caso de no residentes localizados en “paraísos fiscales”) sobre el valor correspondiente a los *royalties* remitidos.

Además del IRRF, la remesa de *royalties* al exterior a título de remuneración por la licencia de uso de *software*, adquisición de conocimientos tecnológicos y servicios de asistencia técnica, administrativa y similares, está sujeta a la Contribución de Intervención en el dominio económico (CIDE), a la alícuota del 10% sobre la remuneración pagada o acreditada a residentes o domiciliados en el exterior.

En lo que atañe a la posibilidad de incidencia del PIS-Importación y de la COFINS-Importación (contribuciones que inciden sobre la importación de mercaderías y servicios) sobre la licencia de uso de *Software* personalizado, no ha habido, hasta el presente momento, una manifestación explícita y/o definitiva de nuestros tribunales a respecto de la discusión acerca de la caracterización de la licencia o cesión de uso de *Software* como servicio o no, para fines de incidencia de dichas contribuciones.

Finalmente, de acuerdo con la lista de servicios anexa a la Ley Complementar n° 116/03, el ISS incide sobre el licenciamiento o cesión de derecho de uso de programas de computación (tanto en la importación como en las operaciones en el mercado interno). Teniendo en cuenta que el ISS es un impuesto municipal, esta tributación debe ser analizada a la luz de la legislación del Municipio en que se encuentra localizado el tomador del servicio, en el caso de importación, o del Municipio del prestador, en el caso de operaciones internas. A pesar de constar expresamente en la lista de servicios anexada a esta Ley, existe una discusión jurídica sobre si la licencia o cesión del derecho de uso de programas de computadora deben ser consideradas como prestación de servicios a fines de incidencia del ISS.

Operaciones internas

Además del ISS que incide sobre las operaciones internas de licenciamiento o cesión de derecho de uso de *software*, hay incidencia del PIS y de la COFINS sobre los ingresos resultantes de las cesiones de uso del *software*, en las alícuotas del 1,65% y el 7,6%, respectivamente.

Finalmente, es importante mencionar que conflictos de competencia tributaria son frecuentes en la aplicación de la legislación anteriormente mencionada y en la definición del tratamiento fiscal a ser dispensado a la importación y venta de *Software* en el mercado nacional,. Dichos conflictos tienen como telón de fondo la discusión sobre el encuadramiento de los pagos de *Software* entre los pagos por transferencia de tecnología, de servicios o de mercadería.

20.4.2. De las Remesas Financieras para Pago de Software

Las remesas financieras al exterior para pago de *Software* son disciplinadas por el Título 1, Capítulo 8 del Reglamento del Mercado de Cambio y Capitales Internacionales (RMCCI), instituido por la Circular 3.280/05, del Banco Central de Brasil (Bacen).

De acuerdo con la RMCCI, las remesas relacionadas al pago de *royalties*/servicios relativos a las siguientes operaciones son realizadas directamente por cualquier banco autorizado a operar en el mercado de cambio:

- derechos de autor sobre programas de computadora;³⁸
- actualización, alquiler, manutención y personalización de *software*; y
- prestación de servicios técnicos relacionados con *software*.

³⁸ Las remesas de *royalties* referentes a contratos registrados en el INPI necesitan contar con documentación que compruebe el registro ante el INPI.

El banco que realice la remesa financiera es responsable de registrar la operación ante el BACEN (encuadrando la operación en una de las modalidades previstas en la RMCCI) y determinar los documentos que deben ser presentados para hacer efectiva la operación.

20.5. Internet

Por medio de la Disposición Interministerial del MCT 147/95, fue creado el Comité Gestor *Internet* de Brasil (CGIbr).

En la publicación del Decreto n° 4.829/03, fueron previstas nuevas normas de funcionamiento y atribuciones del CGIbr. Entre las principales novedades está la atribución de personalidad jurídica al Comité, para permitir mayor autonomía en lo que atañe a la administración y recaudación de valores de registro de nombres de dominio.

Entre las diversas atribuciones y responsabilidades del CGIbr se destacan:

- la proposición de normas y procedimientos relativos a la reglamentación de las actividades en la *internet*;
- la recomendación de estándares y procedimientos técnicos operacionales para la *internet* en Brasil;
- el establecimiento de directrices estratégicas relacionadas con el uso y desarrollo de la *internet* en Brasil;
- la promoción de estudios y estándares técnicos para la seguridad de las redes y servicios en el país;
- la coordinación de la atribución de direcciones *internet* (IPs) y del registro de nombres de dominios usando
; y
- la obtención, organización y disseminación de informaciones sobre los servicios *internet*, incluyendo indicadores y estadísticas.

De acuerdo con la Resolución 1 del CGIbr, la competencia de efectuar registros de nombres de dominio y asignar direcciones IP (*Internet Protocol*) fue transferida de la Fundación de Amparo a la Investigación del Estado de São Paulo (FAPESP) al Núcleo de Informaciones y Coordinación del Punto BR (NIC.br). La Resolución 2 del CGIbr, por su parte, reglamenta la ejecución de las atribuciones conferidas al NIC.

Finalmente, la Medida Provisoria 2.200-2/01, actualmente en tramitación en el Congreso para su conversión en ley, instituyó la Infraestructura de Claves Públicas Brasileña (ICP-Brasil), con el objetivo de garantizar la autenticidad, la integridad y la validez jurídica de documentos en forma electrónica, de las aplicaciones de soporte y de las aplicaciones habilitadas que utilicen certificados

digitales, así como la realización de transacciones electrónicas seguras.

20.6. Proyectos en Tramitación

Acompañando la ebullición de la informática, existe una gran cantidad de proyectos de ley sobre la materia en tramitación. Entre los asuntos cuya reglamentación se pretende, se destacan los siguientes: crimen de uso indebido de la informática, disciplina y estructuración del uso de banco de datos, comercio electrónico, documentación electrónica y firma digital.

Cabe subrayar que el Estado de São Paulo dio el primer paso hacia la implantación de parques tecnológicos, por medio del Decreto n° 50.504/06. Por medio de este proyecto, se busca crear en la región de Campinas, municipio cercano a la capital del Estado de São Paulo, un conglomerado de empresas e instituciones académicas que funcionen articuladamente, reduciendo costos y aumentando la productividad. Se discute también la posibilidad de otorgar beneficios fiscales a las empresas que actúen en la región, además de inversiones directas en investigaciones.

20.7. Comentarios Finales

Una significativa evolución puede ser constatada en la legislación que disciplina la informática en Brasil a lo largo de los últimos años. Cuestiones y disputas no abarcadas por esta legislación específica, están sometidas a las normas de nuestro derecho tradicional, en especial del Derecho Civil, del Consumidor y Tributario, cuyos institutos ya reclaman modificaciones para contemplar las relaciones existentes en la era digital, caracterizadas por un elevado grado de dinamismo e innovación.

21. Representación Comercial (Agencia)

La representación comercial, en Brasil, se rige por las Leyes n° 4.886 del 09 de diciembre de 1965 y 8.420, de mayo de 1992, y, más recientemente, por el Nuevo Código Civil, donde recibió la denominación de Agencia. De acuerdo con esas leyes, la Agencia es definida como una actividad de intermediación, realizada de forma permanente, por cualquier persona física o jurídica (que recibe la denominación legal de Representante Comercial o Agente) encargada de actuar en el mercado para la intermediación de los productos y servicios de una única empresa o de varias empresas (dependiendo de la existencia, o no, de cláusula de exclusividad, en el contrato firmado por las partes contratantes).

Por eso, el Agente (o Representante Comercial), ejerce su función, agrupando propuestas de posibles compradores y sometiéndolas a la aprobación de la empresa representada. En el caso de acogida de la propuesta, el Agente recibe un porcentaje de la transacción, previa y contractualmente ajustado (comisión), condicionado al pago efectivo realizado por el comprador, excepto si el contrato previera el derecho de comisión, independientemente del pago del adquirente. Es importante resaltar que, independientemente de la actuación del Agente, él recibe la comisión sobre cualquier negocio realizado en su área de actuación, salvo previsión expresa en contrario.

También está previsto, en las leyes mencionadas anteriormente, que todo Representante Comercial está obligado a registrarse ante el Consejo de Representantes Comerciales del Estado-miembro donde ejerza sus actividades, observándose que esos Consejos tienen un poder reglamentario concerniente a la profesión. No obstante, los actos de constitución de las sociedades que prestan el servicio de Agencia deben ser registrados en la Junta Comercial, y las personas físicas que presten dicho servicio deben registrarse en la Junta Comercial como empresarios.

Según el artículo 27 de la Ley n° 8.420, el contrato debe ser escrito y debe contener, además de las especificaciones acordadas por los contratantes, los tópicos previstos en dicho artículo: (i) condiciones generales de la representación; (ii) indicaciones y características de los productos; (iii) duración del contrato; (iv) indicación del área, o áreas, donde la representación será efectuada, así como la autorización, o no, para que la empresa representada realice ventas propias (directas) en el área o áreas indicadas; (v) admisión total o parcial de exclusividad en el área de ventas; (vi) retribución (comisión) en favor del Representante Comercial y determinación de su pago, condicionado o no al recibimiento del precio efectuado por el comprador; (vii) exclusividad, o no, en favor de los productos de la empresa representada; (viii) indemnización al Representante Co-

mercial en el caso del final injustificado del contrato, que no puede ser inferior al equivalente a 1/12 de la retribución total de la relación comercial.

Es muy importante hacer hincapié en la cláusula existente en el artículo 1° de la Ley n° 4.886, según la cual no existiría vínculo de empleo entre las partes contratantes, porque, debido a la obligatoriedad de la legislación laboral brasileña, hay un serio riesgo de que la empresa representada asuma las reclamaciones laborales de sus representantes comerciales, salvo si el representante fuera una sociedad. Esas reclamaciones pueden estar basadas, entre otras alegaciones, en la presunción de trabajo, después de que haya sido comprobada la concomitancia de los factores personalidad, dependencia salarial, habitualidad y subordinación.

Así, para evitar tales reclamaciones y respectivos cargos económicos, es de crucial relevancia que la empresa representada incluya las siguientes restricciones en sus contratos de Representación Comercial: (i) el Representante Comercial debe siempre ser establecido como empresa formada, por un mínimo de dos socios; (ii) la empresa representada debe evitar órdenes directas a las personas de la empresa representante y esas órdenes deben restringirse al desempeño de las obligaciones de representante, ya previstas en el contrato y al amparo de las Leyes n° 4.886 y 8.420.

22. Contratos de Distribución

Los contratos de distribución en Brasil pueden ser divididos en dos categorías similares, pero no idénticas: Contratos de Distribución Comercial y Contratos de Distribución Ordinaria.

22.1. Contratos de Distribución Comercial

La primera de las categorías anteriormente mencionadas es regida por la Ley n° 6.729, del 28 de noviembre de 1979 (con alteraciones derivadas de la Ley n° 8.132, del 26 de diciembre de 1990) y está limitada a las relaciones mantenidas entre montadoras de vehículos automotores y sus distribuidores (revendedoras).

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley n° 6.729, solamente automóviles, camiones, ómnibus, tractores agrícolas y motocicletas son regidos por sus disposiciones, lo que nos lleva a la conclusión de que cualquier otro tipo de automotor, como barcos y tractores no agrícolas están excluidos del ámbito de la referida ley, perteneciendo, por consecuencia, a la segunda categoría, o sea, la de los contratos ordinarios de distribución, que serán oportunamente comentados.

Según la Ley n° 6.729 (artículo 3°), los acuerdos de distribución comercial, en lo que se refiere a la función del distribuidor, incluyen el comercio de los automóviles descritos en el artículo 2° y sus piezas manufacturadas por los respectivos fabricantes, la asistencia técnica a los consumidores y la autorización para el uso de la marca registrada del fabricante.

Entre las cláusulas del artículo 3° de la Ley n° 6.729, también se encuentra la posibilidad de que el Acuerdo de Distribución Comercial prevea la prohibición del comercio de vehículos automotores nuevos producidos por otros fabricantes.³⁹ Por otro lado, los revendedores tienen el derecho de comercializar piezas nuevas producidas o comercializadas por terceros, tomándose en cuenta la obligación para con el llamado nivel de fidelidad.⁴⁰ Además, los revendedores tienen derecho a comercializar vehículos de segunda mano y auto piezas originales de otros fabricantes, así como otras mercaderías y servicios compatibles con el contrato.

En el artículo 5° de la Ley n° 6.729, se encuentran las cláusulas básicas, que

³⁹ En Brasil, es muy común encontrar tales prohibiciones en este tipo de acuerdos.

⁴⁰ El nivel de fidelidad fue definido en el artículo 8° de la Ley n° 6.729 como la cantidad mínima de piezas del fabricante que los revendedores están obligados a adquirir, de acuerdo con las cláusulas previstas en la Convención de Categoría.

deben constar en todos los Acuerdos de Distribución Comercial, a saber, la definición del área operacional donde el revendedor ejerce sus actividades,⁴¹ y las distancias mínimas entre los establecimientos revendedores diferentes.⁴²

La empresa revendedora también se compromete a negociar los vehículos y piezas del fabricante, así como a dar asistencia técnica a los consumidores, según el respectivo Acuerdo de Distribución Comercial. No obstante, al revendedor le está prohibido ejercer tales actividades fuera de su área operacional.⁴³

A pesar de que el área operacional sea definida en el Acuerdo de Distribución Comercial, en el interés del mismo, el artículo 6° de la Ley n° 6.729 permite que el fabricante contrate a un nuevo Distribuidor, siempre y cuando el mercado de esta área presente condiciones para tanto, o haya una vacante derivada de la finalización de un acuerdo anterior.⁴⁴

El Acuerdo de Distribución Comercial también debe contemplar, con base en el artículo 7° de la Ley n° 6.729, una Cuota de Vehículos Automotores obligatoria, a ser adquirida por los Distribuidores y que debe ser definida observándose los siguientes ítems: (i) la estimación de producción del fabricante;⁴⁵ (ii) la correspondencia entre la cuota y una parte de la producción estimada,⁴⁶ (iii) el acuerdo de las partes contratantes sobre la cuota;⁴⁷ (iv) la definición de la cuota sin tomar en cuenta el stock del Distribuidor⁴⁸ y la revisión anual de la cuota definida.⁴⁹

El artículo 10 de la Ley n° 6.729, anteriormente mencionada, abre para las partes contratantes la posibilidad de incluir en su Acuerdo de Distribución Comercial una obligación para el Distribuidor mantener en sus stocks una cantidad de

⁴¹ El área operacional puede ser reservada para más de un revendedor, excepto en el caso de exclusividad concedida a un revendedor específico.

⁴² Estas distancias son establecidas de acuerdo con el criterio de potencial de mercado.

⁴³ De todas formas, los consumidores deben siempre tener el derecho de optar libremente por cualquier revendedora para adquirir los bienes producidos por el fabricante, preservado, por otra parte, el derecho del distribuidor a ser reembolsado por la asistencia técnica prestada a un consumidor que haya comprado el Producto a otro Distribuidor.

⁴⁴ Mas, en cualquiera de estos eventos, la Ley n° 6.729 prohíbe cualquier contrato nuevo que pueda colocar en riesgo a los distribuidores ya contratados, a pesar de no garantizar derecho de preferencia para el distribuidor ya establecido en determinada área operacional – donde sea posible, en términos de expectativa de mercado, realizar nuevas contrataciones.

⁴⁵ Esta estimación es calculada por producto, tomando en cuenta el mercado interno, en el período anual subsiguiente y de acuerdo con las perspectivas de mercado.

⁴⁶ Esta parte de la producción debe ser integrada por una diversidad de productos diferentes e independientes.

⁴⁷ La cuota debe estar en consonancia con la real capacidad de negociación y desempeño del mercado, así como con las posibilidades de negocios en el área operacional.

⁴⁸ Tal como está previsto en el artículo 10 de la Ley n° 6.729.

⁴⁹ Si ningún ajuste necesario hubiera sido realizado antes de esto, por diferencias eventuales entre la producción actual del fabricante y la que fue estimada.

productos que sea proporcional a su flujo o rotatividad de nuevos productos.⁵⁰ En el artículo 12 de la misma ley, hay una disposición que prohíbe que el distribuidor venda vehículos nuevos a terceros, que no sean los consumidores finales (venta para reventa). Esto se debe al hecho de que la ley no admite negocios con la intención de reventa, a no ser en los casos de negocios entre distribuidores vinculados al mismo fabricante, limitados en un 15% y un 10% de la cuota de vehículos automotores, de camiones y de otros vehículos respectivamente; y en los casos de comercio internacional.

Además, en los términos de la Ley n° 6.729, el fabricante está obligado a preservar la igualdad de precios y pagos entre todos los distribuidores, que, por su parte, tienen la libertad de establecer sus precios a los consumidores.

A pesar del respeto debido al área operacional del distribuidor por el fabricante, este último puede efectuar ventas directas de vehículos automotores en los siguientes casos:

- independientemente del desempeño o de un pedido del distribuidor: (i) a la Administración Pública o Representación Diplomática; (ii) a consumidores considerados como compradores especiales por la Convención de Categoría.
- por medio de los distribuidores: (i) a la Administración Pública o Representaciones Diplomáticas; (ii) a propietarios de flotas de vehículos automotores; (iii) a consumidores considerados compradores especiales por la Convención de Categoría, cuando así sea solicitado por un distribuidor específico.

⁵⁰ No obstante, siempre que el Acuerdo de Distribución Comercial prevea esta obligación de stock mínimo para el Distribuidor, éste tendrá el derecho de delimitarlo de la siguiente forma:

- Para vehículos automotores en general: el 65% del equivalente mensual para la cuota anual prevista en el artículo 2° de la Ley n° 6.729, anteriormente mencionada;

- Para camiones: el 30% de la respectiva cuota anual;

- Para tractores: el 4% de la cuota anual.

- Para auto piezas: el 5% de todas las ventas efectuadas en los últimos doce meses, en el caso de accesorios, y, en el caso de otros componentes, cualquier valor acordado que sea superior a su precio de adquisición del fabricante, relativo a las ventas al por menor efectuadas por el distribuidor, en los últimos tres meses.

Si el Acuerdo de Distribución Comercial contemplara una cláusula de stock mínimo, además del derecho del distribuidor de que sean respetados los límites anteriormente mencionados, también está previsto en la Ley n° 6.729 que:

- Con relación a vehículos automotores, camiones y tractores: a cada seis meses, debe haber una comparación entre las cuotas de vehículos automotores previstas en el artículo 7° de la Ley n° 6.729 y las condiciones de mercado actuales del distribuidor en ese período, así como su desempeño en los negocios, con el propósito de reducir su límite mínimo de stock.

- En el caso de alteraciones en los productos o suspensión de entrega de los mismos: el fabricante debe ser obligado, en un período máximo de un año, a partir del evento, a comprar de nuevo el stock de auto piezas (excepto los accesorios) por el precio actual ofrecido a todos los distribuidores o alternativamente, substituido por nuevos productos, a elección del distribuidor.

De cualquier forma, el nivel de las ventas directas y su repercusión sobre la cuota de vehículos de los Distribuidores debe siempre ser prevista por la Convención de Categoría y está expresamente prohibido practicar cualquier tipo de acto lesivo que pueda llevar a la subordinación del distribuidor o a la interferencia en su administración.

Según los artículos 1° y 18 de la Ley n°6.729, la anteriormente mencionada Convención de Categoría es inherente al Acuerdo de Distribución y puede ser definida como un Acuerdo General que debe ser efectuado entre las entidades civiles, representando los fabricantes, y la respectiva Categoría Nacional de los Distribuidores. Esta Convención de Categoría tiene fuerza de ley entre las partes, así como poder de reglamentación sobre sus relaciones, de acuerdo y subordinada a la Ley n.° 6.729.

Además, según la Ley n° 6.729, todos los Acuerdos de Distribución Comercial deben siempre observar una forma escrita estándar y su contenido debe estar de acuerdo con los artículos 20 y 21, que prevén que los términos del acuerdo deben siempre poseer las siguientes cláusulas: (i) especificación del producto; (ii) definición del área operacional; (iii) distancia mínima entre los establecimientos de los distribuidores; (iv) las cuotas de los distribuidores; (v) exigencias relativas a la condición financiera, administración, equipos, personal especializado, facilidades y capacidad técnica de los distribuidores; (vi) duración indeterminada del acuerdo, que sólo puede ser extinto en los términos de la Ley n° 6.729, resguardada la posibilidad de una duración inicial de un mínimo de cinco años.⁵¹

Finalmente, los Acuerdos de Distribución Comercial pueden extinguirse (i) por el consenso de ambas partes; (ii) por la remesa de la notificación expresa anteriormente mencionada, en el caso de un acuerdo inicial de cinco años; (iii) por la iniciativa de la parte inocente, en el caso de quiebra de contrato, infracción de la Convención de Categoría o de la Ley n° 6.729.⁵²

También, si el fabricante remitiera al distribuidor la notificación escrita para el término del acuerdo inicial de cinco años, de acuerdo con los artículos 23 a 25 de la Ley n° 6.729, el fabricante está obligado a: (i) comprar el stock completo de vehículos y piezas por el precio ofrecido a los distribuidores en el día del pago de la indemnización; (ii) comprar todos los equipos, maquinarias, herramientas e instalaciones (excepto la propiedad inmobiliaria), por su precio de mercado,

⁵¹ Después de esos cinco años, el acuerdo es automáticamente transformado en acuerdo de duración indeterminada, siempre y cuando una notificación escrita de finalización no sea remitida a la otra parte, durante los ochenta días previos a su finalización.

⁵² También está previsto en el artículo 22 de la Ley 6.729, que el término basado en los eventos descritos en este ítem debe siempre ser precedido por sanciones previas y graduales. También en el caso de finalización del contrato, las partes deben tener una garantía de un período mínimo de ciento veinte días después de la ruptura, para que sea concluida cualquier operación pendiente.

siempre y cuando que su adquisición haya sido determinada por el fabricante o no haya sufrido oposición por parte del mismo, después de notificación escrita del distribuidor informando dichas adquisiciones, (iii) pagar una indemnización al distribuidor correspondiente al 4% de la facturación total de bienes y servicios proyectados para el período restante del contrato finalizado prematuramente, más tres meses, basado en los últimos dos años anteriores al término o la efectiva duración del acuerdo, si el término se produjera antes de esto.⁵³

Con relación al Acuerdo de Distribución Comercial de duración indeterminada, las consecuencias de su finalización están previstas en las secciones 24 a 27 de la Ley n° 6.729, de la siguiente manera:

- Finalización causada por el fabricante: (i) el fabricante debe comprar de vuelta el stock entero de nuevos vehículos automotores y auto piezas del Distribuidor por el precio ofrecido a los consumidores en el día de la finalización del acuerdo; (ii) el fabricante debe comprar todo el equipo, maquinarias, herramientas e instalaciones (excepto la propiedad inmobiliaria), por su precio de mercado; (iii) el fabricante también debe pagar una indemnización al Distribuidor, correspondiente al 4% de su última facturación nominal de bienes y servicios proyectados para los próximos 18 meses, más tres meses, por cada cinco años de duración del contrato, basado en los últimos dos años anteriores a la finalización del Acuerdo.
- Finalización provocada por el distribuidor: El distribuidor debe pagar una indemnización correspondiente al 5% del valor total de todas las mercaderías que hubiera adquirido en los últimos cuatro meses anteriores a la finalización del Acuerdo.⁵⁴

Independientemente de cual de las partes causó la finalización, todos los valores debidos a la parte de buena fe deben ser pagados antes de 60 días contados a partir del día de la finalización del acuerdo.

22.2. Contratos de Distribución Ordinaria

Al contrario de los Acuerdos de Distribución Comercial, los llamados contratos de distribución ordinaria no tienen una ley específica para reglamentar la relación entre las partes, estando regidos por las disposiciones generales encontradas en el Código Comercial Brasileño, de 1850, y en el Nuevo Código Civil brasileño.⁵⁵

⁵³ Por otro lado, si el distribuidor remitiera la notificación prevista en el artículo 21 de la Ley n° 6.729, de acuerdo 23 de la misma Ley, el fabricante no tiene derecho a ninguna indemnización.

⁵⁴ También, el fabricante debe pagar al distribuidor una indemnización adicional, si así estuviera previsto por el Acuerdo de Distribución Comercial o por la Convención de Categoría.

⁵⁵ Arts. 710 a 721, comunes a la Agencia y distribución.

Por eso, las partes contratantes son libres para reglamentar sus relaciones, casi exclusivamente, por medio del contrato, observándose tan solamente las ya mencionadas normas generales sobre obligaciones de acuerdo con lo previsto en los Códigos Comercial y Civil.⁵⁶

Si la relación entre las partes involucrara una intermediación del Distribuidor, en nombre de los productos del contratante y no a su obligación de comprar productos para reventa, no importa la denominación atribuida al contrato, éste siempre es considerado un contrato de Representación Comercial o Agencia, regido por las Leyes n° 4.886 y 8.420, anteriormente mencionadas.⁵⁷ También, cuando el agente tenga a su disposición la cosa negociada, éste es considerado un contrato de distribución⁵⁸.

Aún así, es importante notar que, si la relación de distribución entre las partes estuviera vinculada a productos considerados vehículos automotores por la Ley n° 6.729, ellas están prohibidas de regular su contrato por cualquier otra ley que no aquella, siendo nula y sin efecto, cualquier cláusula en contrario.

⁵⁶ Por lo tanto, si el contrato no tuviera previsión en lo que se refiere a su duración, hay una presunción legal de que el mismo es indeterminado y su término es posible en cualquier momento a través de una simple notificación de noventa días.

⁵⁷ Por otro lado, algunos doctrinarios brasileños, como José Alexandre Tavares Guerreiro, aceptan la posibilidad de que la Ley n° 6.729 regule los contratos de distribución, además de los que tratan de vehículos automotores, tal como está definido en Ley específica.

⁵⁸ Contrato de Distribución Ordinaria, regulado por el Nuevo Código Civil.

23. Contratos Internacionales de Propiedad Intelectual

23.1. Aspectos Generales

Como integrante de la Convención de Estocolmo del 14.07.1967 (con base en la cual fue constituida la Organización Mundial de Propiedad Intelectual – WIPO), Brasil es signatario tanto de la Convención de Paris (para la protección de propiedad industrial) como de la Convención de Berna (para la protección de obras literarias y artísticas).

La propiedad intelectual es el género de que son especies los derechos de autor y conexos, cuya regulación en Brasil es establecida especialmente por la Ley n° 9.610/98 con miras a la protección de las obras literarias, artísticas y científicas, y también los derechos de propiedad industrial, orientándose hacia el aprovechamiento industrial y comercial de los inventos, marcas, patentes y diseños industriales.

El 14.05.1997 entró en vigor el nuevo Código de Propiedad Industrial – Ley n° 9.279, del 14.05.1996, abarcando inventos, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas de fabricantes, marcas comerciales y de servicio que sean distintivos y que demuestren el origen y fuente de los productos. La nueva ley dispone también sobre los crímenes contra la propiedad industrial. El 14.02.2001 fue promulgada la Ley n° 10.196, que alteró e introdujo algunos dispositivos en la Ley n° 9.279/96.

El Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) es el órgano gubernamental encargado de los derechos de la propiedad industrial, así como del examen formal de pedidos de concesión de patentes y registro de marcas.

23.2. Patentes

Las patentes pueden ser concedidas en lo que se refiere a la protección de invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales. La protección conferida a una patente se extiende durante 20 años para invenciones, 15 años para modelos de utilidad y 10 años, prorrogables por tres períodos sucesivos de cinco años, para los diseños industriales, todos contados a partir de la fecha en que el pedido de protección fue presentado ante el INPI. Fue creado el Certificado de Adición, en el cual pueden ser protegidos los perfeccionamientos introducidos en una patente de invención. Como accesorio, el Certificado tiene siempre el mismo plazo de validez que la patente.

La concesión de patentes involucra procedimientos largos y demorados: se deposita un pedido en el INPI, conteniendo las reivindicaciones del inventor, una descripción completa de la invención y sus diseños (si correspondiera), y la evidencia del cumplimiento de todas las exigencias legales. Después que el pedido es presentado, se realiza un examen formal preliminar y se emite un certificado de depósito. El pedido es mantenido en sigilo durante un período de 18 meses, al final del cual ocurre su publicación oficial. El inventor puede solicitar la publicación anticipada del pedido, evitando, de esta forma, el decurso de estos 18 meses. Después del depósito, se abre un plazo de 36 meses para que el depositante o cualquier interesado solicite el examen formal del pedido bajo pena de extinción, tornándose de dominio público el objeto pedido. Es concedido un plazo de 60 días para desarchivar después del pago de una tasa específica. Hasta la finalización del examen técnico pueden ser presentados documentos e informaciones para subsidiar el examen, tanto por parte del inventor, como de terceros interesados. Después del examen técnico del pedido de patente, es publicado un despacho, que puede ser de autorización, no-autorización o archivar el pedido. En el caso de que no sea presentado recurso, el certificado final es emitido después del pago de tasas específicas.

El titular extranjero de una patente puede hacer el pedido de la respectiva patente en Brasil con reivindicación de prioridad dentro los plazos establecidos en la Convención de París: 12 meses para las patentes de invención y modelo de utilidad y 06 meses para los diseños industriales, contados a partir de la fecha del depósito en el país de origen.

La explotación comercial de la patente debe tener inicio en el plazo de tres años de la fecha de su concesión. En caso contrario, esa explotación puede ser objeto de Licencia Compulsoria. La patente puede también ser extinta en los siguientes casos: (i) por la expiración del plazo de vigencia; (ii) por la caducidad; (iii) por falta de pago, por parte del inventor, de las tasas necesarias al INPI; (iv) por medio de la renuncia expresa, por el inventor, a su privilegio; (v) por la falta de apoderado debidamente calificado y domiciliado en el país, en caso de titular domiciliado en el exterior; o (vi) por la cancelación de la patente por vías administrativas o por la anulación judicial. Extinta la patente su objeto cae en el dominio público.

En lo que concierne a la patente de medicamentos, la Ley n° 9.279/96 prevé, en el artículo 68, el licenciamiento compulsorio de una patente registrada en Brasil para casos de abuso de poder económico, o sea, prácticas anticompetitivas y casos de ausencia de fabricación del producto en territorio brasileño después de tres años de concesión de la patente. El artículo 71 de la Ley n° 9.279/96 prevé también que, en casos de emergencia nacional o interés público, también puede ser concedida licencia compulsoria de una patente.

Con la Declaración de Doha, en noviembre del 2001, los artículos contenidos en la Ley de Propiedad Industrial adquirieron fuerza. El artículo 31 del acuerdo internacional menciona casos de emergencias nacionales, circunstancias de extrema urgencia y prácticas anticompetitivas como justificativas para que un país miembro de la OMC permita el uso de la patente sin la autorización de quien detenta el derecho.

Una nueva Ley de Bioseguridad fue aprobada por la Cámara de los Diputados el 05.02.2004 (Proyecto de Ley n° 2.401/03), necesitando también ser aprobada por el Senado Federal para que pueda sustituir a la Ley n° 8.974/95, que actualmente aborda este tema.

De acuerdo con ese Proyecto de Ley están prohibidas experiencias genéticas para creación de clones humanos y debe ser reglamentados el control de la investigación, plantío y comercialización de semillas genéticamente modificadas. La concesión de patentes en este sector queda adscrita al cumplimiento de los requisitos impuestos por la Ley de Bioseguridad.

23.3. Marcas

Se puede efectuar pedido de registro de una marca como extranjera o brasileña. Marcas extranjeras son registradas según los términos de la Convención de París, que establece un período de prioridad de seis meses, a partir de la fecha del pedido en el país de origen, para que su propietario haga el pedido de registro de esa misma marca en otros países signatarios de la mencionada convención.

Para depositar en Brasil el pedido en cuestión, es necesario presentar al INPI una copia auténtica del pedido de marca en el país de origen o certificado de registro.

La principal finalidad del registro de marca dentro del plazo de prioridad establecido por la convención, además de asegurar su protección, es posibilitar que dicha marca sea licenciada o transferida a cambio del pago de *royalties*.

El registro de marca brasileña puede ser solicitado por cualquier interesado, brasileño o extranjero. El pedido de registro de una marca debe observar lo dispuesto en el Código de Propiedad Industrial brasileño.

En el caso de que sea hecho un pedido de marca en Brasil por un titular extranjero sin reivindicación de la prioridad establecida en la convención de París, esa marca es considerada brasileña y, por lo tanto, el beneficio de la Convención no es concedido.

En los términos de las leyes y reglamentos brasileños, no son debidos *royalties* con relación a contratos de licencia de marcas y de patentes en los siguientes casos:

- si la marca no estuviera debidamente registrada/concedida en Brasil;
- si la patente no hubiera sido depositada en Brasil en el plazo de prioridad, tal como fue anteriormente mencionado;
- si el registro de la marca no hubiera sido renovado;
- si el registro de la marca estuviera extinto o en proceso de nulidad o cancelación;
- si el contrato de licenciamiento fuera ejecutado entre la matriz extranjera y su filial en Brasil; o
- en caso de transferencia, si el propietario anterior no tuviera derecho a la remuneración.

La legislación brasileña exige que el titular de marca en Brasil ejerza, lícita y efectivamente, la actividad para cual es reivindicada protección de los bienes o servicios cubiertos por esa marca. Así, al solicitar un registro de marca en Brasil, es necesario presentar evidencia de que el titular se encuentra en situación regular ante las leyes de su país, confirmando también su ramo de negocios.

El registro de marca es otorgado por un período de 10 años, que puede ser prorrogado por períodos idénticos y sucesivos.

El uso efectivo de una marca es esencial para su protección en Brasil. Su registro puede caducar en el caso de que la marca no sea utilizada dentro del plazo de cinco años después de la fecha de concesión de su registro o de que su uso sea interrumpido durante más de cinco años consecutivos. La comprobación del uso de la marca puede ser efectuada tanto por su titular en Brasil como por la licencia que efectivamente use la marca.

En lo que se refiere al Protocolo de Madrid, firmado en 1989, con el objetivo de actualizar el contenido del Tratado de Madrid en materia de registro internacional de marcas, su principal propósito es unificar el registro de marcas en un mismo local, permitiendo que, con un único depósito internacional, la empresa solicite el registro de la marca de su producto en todos los países miembros que actualmente integran el sistema.

Es importante observar que la adhesión de Brasil al mencionado protocolo es también tema de importantes estudios y debates realizados en el país. Se estima que, posiblemente en el año 2006, Brasil se convierta en miembro del referido acuerdo.

23.4. Contratos de Transferencia de Tecnología

Las transferencias de tecnología que involucran partes brasileñas o derecho de propiedad industrial registrados en Brasil están regidas por las disposiciones del Acto Normativo INPI n°135, del 15.05.1997.

Dicho Acto Normativo se destina a regular la inscripción y el registro de contratos que contengan dispositivos relacionados con la transferencia de tecnología, licenciamiento de marcas y patentes, suministro de tecnología, asistencia técnica y científica, así como los contratos de franquicia.

Se exige el registro de estos contratos en el INPI para que los mismos produzcan efectos no solamente entre las partes, sino también ante terceros, así como para fines cambiarios y de deducción fiscal, en lo que atañe a las remesas al exterior de los pagos provenientes de los contratos.

Otros documentos válidos unificando la transferencia de tecnología y las condiciones que rigen esa transferencia (como, por ejemplo, gastos operacionales) deben ser sometidos a la consideración del INPI para su aprobación, posibilitando, así, la remesa de fondos al exterior y deducción fiscal de los pagos relativos a la transferencia.

Los contratos de transferencia de tecnología deben especificar claramente sus objetivos, la remuneración, los plazos de vigencia y el modo de ejecución, además de los demás derechos de propiedad industrial involucrados.

Los contratos deben indicar (i) las condiciones de explotación comercial efectiva de patentes regularmente solicitadas y concedidas en Brasil; (ii) el licenciamiento de marcas depositadas y concedidas en Brasil; (iii) la adquisición de *know-how* y la tecnología sin protección de derechos de propiedad industrial; y (iv) la obtención de técnicas, métodos de planificación y programación, investigación, estudios y proyectos para la ejecución o prestación de servicios especializados.

A pesar de que no se trata expresamente de una obligación, es conveniente que se indique si el licenciamiento o la explotación comercial tienen carácter exclusivo o no, y también si la subcontratación está permitida. El plazo de vigencia del contrato no debe superar la validez del registro de la marca o patente.

Los contratos de transferencia de tecnología pueden contener cláusulas relativas a la confidencialidad e indisponibilidad de la tecnología a ser transferida. Dichos contratos deben también contener cláusulas relativas a la responsabilidad de las partes en lo que atañe a las obligaciones fiscales oriundas de la trans-

ferencia. Cabe a la cedente suministrar a la cesionaria todas las informaciones técnicas relevantes, así como la asistencia técnica necesaria, con miras a la efectiva absorción de la tecnología.

Los contratos de prestación de servicios de asistencia técnica y científica deben mencionar el tiempo exigido para la prestación de estos servicios especializados, la cantidad de técnicos necesarios, sus programas de especialización y entrenamiento, así como su remuneración.

En lo que se refiere a la remuneración relativa a la tecnología a ser transferida, ésta puede ser establecida de la siguiente forma: (i) pre-fijada, a un precio establecido para cada ítem vendido; (ii) porcentaje en las ganancias o porcentaje del precio de venta neta, deducidos los impuestos, tasas y otros gastos previamente acordados por las partes. Los niveles de precios domésticos e internacionales en lo que atañe a operaciones similares son tomados en consideración, por el INPI, para la remuneración en cuestión.

En lo que concierne a la deductibilidad tributaria, es imprescindible consignar que solamente pueden ser deducidos del lucro nominal los montos debidos a título de *royalties* y asistencia técnica hasta el límite del 5% calculado sobre el ingreso nominal de producción. Este coeficiente puede ser disminuido de acuerdo con el carácter esencial del sector productivo, o sea, cuanto mayor es la importancia de la industria para la economía, mayor es el coeficiente utilizado para el cálculo de deducción fiscal.

Tampoco son deducibles los *royalties* por el uso de patentes cuando son pagados por la filial brasileña de una empresa con sede en el exterior en beneficio de su matriz.

En lo que se refiere al pago a personas jurídicas en razón de asistencia técnica prestada, ellas solamente pueden ser deducidas, en los cinco años iniciales de la introducción de la tecnología, pudiendo ese plazo ser prorrogado por igual período, siempre y cuando haya sido demostrada su necesidad frente al Consejo Monetario Nacional.

El pedido de aprobación debe ser presentado al INPI en formulario propio, instruido con el contrato original o documentación equivalente, traducción cuando esté redactado en otro idioma, carta explicativa justificando la contratación, ficha de registro de la empresa cesionaria de la transferencia de la tecnología o que detenta la franquicia y otros documentos que las partes juzguen pertinentes, comprobante de recaudación de la retribución debida y poder otorgado dentro de las exigencias de los artículos 216 y 217 de la Ley n° 9.279/96.

El INPI puede, si así lo considerara conveniente, exigir la presentación de documentación adicional. La decisión del INPI en lo que se refiere a la aprobación o no del registro es proferida dentro del plazo de 30 días contados a partir de la aceptación de su efectivo pedido en el Directorio de Transferencia de Tecnología, cuando recibe numeración sistémica.

Ante la eventualidad de que el INPI hiciera alguna exigencia en lo que atañe a la documentación complementar, la parte interesada dispone de 60 días para enviarla. En caso contrario, el pedido es cancelado. Después de presentada la documentación necesaria, el INPI examina el pedido dentro de los plazos anteriormente mencionados. Si hubiera decurso de plazo para la aprobación del INPI, el contrato o equivalente queda aprobado.

El INPI puede, si lo considerara conveniente, acompañar el procedimiento de transferencia de tecnología.

23.5. Franchising

En Brasil, el sistema de *Franchising* es regulado por la Ley n° 8.955, del 15 de diciembre de 1994. Complementando el texto legal, la ABF (Asociación Brasileña de *Franchise*), entidad que vela por la ética de la actividad en Brasil, elaboró un código de auto-reglamentación del franchise, que también apoya al sistema con un conjunto de reglas directoras para su implantación, así como para la resolución de cuestiones oriundas de la actividad de franchise.

Además de la definición del sistema de *Franchising* (adoptado por el legislador brasileño con el nombre de franquicia empresarial), la Ley n° 8.955/94 se refiere a las relaciones entre franqueador y franqueado, desde las negociaciones preliminares, hasta la formalización del contrato de franquicia, disponiendo, también, sobre las sanciones en el caso de incumplimiento de algunas determinaciones.

El punto clave de esta Ley está contenido en su artículo 3°, que trata de la obligatoriedad del franqueador de suministrar al potencial franqueado la Circular de Oferta de Franquicia (adaptación del original *Uniform Franchise Offering Circular* – UFOC). Se trata de una verdadera guía de orientación sobre el contenido obligatorio de la Circular de Oferta de Franquicia, que debe ser entregada al potencial franqueado “10 días antes de la firma del contrato o pre-contrato de franquicia, o también, del pago de cualquier tipo de tasa por el franqueado...” (art. 4°).

En su artículo 3°, la Ley de Franquicia determina que la circular contenga, entre otras informaciones:

- historial resumido, forma societaria, nombre completo y razón social del franqueador y de todas las empresas a las que esté directamente vinculado, para que el aspirante tenga referencias suficientes sobre el franqueador;
- balances y demostraciones financieras del franqueador relativos a los dos últimos ejercicios. Cabe resaltar que la empresa con menos de dos años de existencia no está impedida de franquear, debiendo, sin embargo, presentar los demostrativos de su constitución;
- relación de todas las pendencies judiciales que involucren al franqueador, las empresas controladoras y titulares de marcas, patentes y derechos de autor relativos a la operación, que puedan impedir la realización o el buen funcionamiento de la franquicia;
- descripción detallada de la franquicia, del negocio y de las actividades que serán desempeñadas por el franqueador;
- perfil del franqueador ideal, en el cual se describen la experiencia, nivel de escolaridad y otras características consideradas obligatorias o, al menos, preferenciales, conforme criterios adoptados por el franqueador;
- requisitos relativos a la participación directa del franqueador en la operación y en la administración del negocio;
- descripción detallada de la inversión inicial necesario a la implantación de la franquicia, tasas de filiación o caución, y también valor y costos estimados de las instalaciones, equipamientos y stock inicial;
- informaciones precisas sobre tasas periódicas (*royalties*, alquileres, seguro, etc.) y demás valores a ser pagados por el franqueador al franqueador, o a terceros por él indicados;
- relación completa de todos los franqueados (nombre, dirección y teléfono), subfranqueados y subfranqueadores, así como los que se desvincularon de la red en los últimos 12 meses;
- modelo del contrato de franquicia a ser firmado.

La ley también determina que la Circular anteriormente mencionada y el contrato de franquicia deben ser elaborados en lenguaje claro y accesible, evitándose, así, textos ambiguos, confusos y susceptibles de numerosas interpretaciones.

Por otra parte, la Ley n° 8.955/94 repite las directrices que, antes de su advenimiento, ya se hacían sentir en los tribunales brasileños, principalmente en lo que se refiere a la inexistencia de vínculo de empleo entre franqueador y franqueador, o entre el franqueador y los empleados del franqueador, siendo válido resaltar que dicho dispositivo no es aplicado ante la hipótesis de que exista evidente disimulación de contrato de trabajo, con o sin acuerdo entre las partes involucradas.

Recientemente, el Superior Tribunal de Justicia entendió que no era debido el

ISS (Impuesto sobre Servicios) en las operaciones de *Franchising*.

Es importante notar que no es obligatorio el registro del contrato de franquicia ante ningún órgano gubernamental para que tenga validez y sea hecho efectivo, pero, para que tenga validez contra terceros, es necesaria la inscripción de este contrato en el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial – INPI, de acuerdo con los términos del Acto Normativo 135/97. Además, si el franqueador fuera extranjero, es necesario realizar el registro en el Banco Central de Brasil, con la finalidad de permitir la remesa de los pagos previstos en contrato, además de la deductibilidad fiscal de las remesas de los pagos contratados.

24. Tratados Internacionales

24.1. Aspectos Generales

Los Tratados son acuerdos escritos celebrados entre partes que poseen personalidad jurídica de Derecho Internacional, pudiendo ser realizados entre Estados, entre Estados y organizaciones internacionales o entre las propias organizaciones internacionales, siempre y cuando las partes estén representadas por agentes habilitados y busquen disciplinar las relaciones jurídicas libremente ajustadas, de objeto lícito y posible, con miras a asegurar a los contratantes el efectivo cumplimiento y respeto de las disposiciones contenidas en ellos.

Negociados y firmados por el Jefe del Poder Ejecutivo – el Presidente de la República – antes de ser ratificados en la esfera internacional, los tratados y convenciones internacionales deben ser remitidos a la aprobación del Congreso Nacional: en primer lugar, por la Cámara de Diputados y, después, por el Senado Federal, cuyo Presidente emite un Decreto Legislativo formal, pasando entonces los tratados y convenciones a tener eficacia y a integrar el ordenamiento interno, después de la promulgación y publicación, etapas imprescindibles para que los Tratados puedan ser ejecutados en el ámbito interno.

A continuación y por último, los Tratados son presentados para proceder a su registro ante el Secretariado de la ONU. Efectuado el registro, pasan entonces a ser conocidos por los demás países, o sea, ante el Orden Internacional.

24.2. Comercio

Desde el punto de vista del comercio internacional, Brasil es miembro de la OMC (Organización Mundial de Comercio, que substituyó al GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) a través del acuerdo de Marrakech, en 1995, habiendo sido uno de los Estados signatarios originarios de los acuerdos de Bretton Woods (institución del Fondo Monetario Internacional, el FMI, y del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, el BIRD). Es miembro fundador y accionista del Banco Interamericano de Desarrollo, el BID, y Estado-observador ante las Comunidades Económicas Europeas, manteniendo una Representación permanente en Bruselas. Firmó tratados bilaterales con Austria, el 13.03.1993, con la Comunidad Europea, el 31.01.1994, con Turquía, el 10.04.1995 y con Uruguay, el 06.05.1997, así como ajustes complementarios con Perú, el 21.07.1999 y con Costa Rica, el 04.04.2000, y un protocolo con Argentina, el 29.10.1999.

24.3. Propiedad Intelectual

En lo que se refiere a la protección de la propiedad intelectual y del comercio internacional de tecnología, Brasil fue uno de los fundadores de la Unión en París, y, desde 1975, es miembro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la OMPI, siendo signatario de la Convención de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial, con las revisiones de la Haya, en 1935, y de Estocolmo, en 1967. Es igualmente signatario del Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), firmado en Washington, en 1970, habiendo sido ratificado y promulgado como ley interna brasileña. Está vigente en el país, como ley interna, el Acuerdo de Estrasburgo, de 1971, relativo a la Clasificación Internacional de Patentes. En el campo de las relaciones bilaterales en materia de propiedad industrial, firmó varios acuerdos, como por ejemplo: con Suecia (1955), para la protección de marcas industriales y comerciales; con Francia (1983), sobre propiedad industrial; con la ex URSS (1982), de cooperación científica y tecnológica; con los EE.UU. (1957) e Italia (1963), sobre derechos de autor.

24.4. Tributos

En el campo del Derecho Tributario de las relaciones comerciales internacionales, Brasil firmó, ratificó y transformó en leyes internas, varios acuerdos bilaterales internacionales para evitar la doble tributación del impuesto a la renta (acuerdos internacionales de bitributación), destacándose, a título de ejemplo, los acuerdos con: Argentina (1982), Austria (1976), Bélgica (1973), Canadá (1986), Chile (2003), China (1993), Corea del Sur (1991), Dinamarca (1974), Ecuador (1988), España (1976), Finlandia (1998), Filipinas (1991), Francia (1972), Hungría (1991), India (1992), Italia (1981), Japón (1967 y 1978), Luxemburgo (1980), Noruega (1981), Portugal (2001), Reino de los Países Bajos (1991), Suecia (1976 y 1996), República Eslovaca y República Checa (1991). Igualmente, firmó tratados internacionales de exención de impuesto a la renta de empresas de navegación marítima y aérea con África del Sur, Chile, Francia, Italia, Reino Unido de Inglaterra, Irlanda, Suiza y Venezuela. Por fuerza de los acuerdos para evitar la bitributación, Brasil aplica alícuotas reducidas, conforme establecido en los citados acuerdos, en detrimento de las que fueron fijadas por la legislación interna brasileña, a los rendimientos previstos, inclusive a los intereses relativos a la adquisición de bienes a plazo: dicha reducción de alícuotas también es permitida cuando la fuente pagadora asume el impuesto, en función de contratos celebrados o en Brasil o en el exterior, con personas residentes en el país o en el exterior.

Además, con el objetivo de desarrollar proyectos y acciones de cooperación técnica en el área de la administración tributaria y de la administración aduanera,

Brasil celebró un ajuste complementario con Cuba, el 27.05.1998, priorizando, en el área de la administración tributaria, la recaudación, los procedimientos y sistemas en la relación de la administración tributaria con la red bancaria (con adaptación o desarrollo de sistema de clasificación de ingresos y, también, con adaptaciones de sistemas informáticos para administración de la recaudación) en materia de tecnología de redes e informática, con el desarrollo de sistemas.

24.5. América Latina

Después del final de la Segunda Guerra Mundial, Brasil fue uno de los principales agentes de la institución de una zona de libre comercio en América Latina, habiendo sido uno de los fundadores de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, la ALALC, establecida por el Tratado de Montevideo, del 16 de febrero de 1960, celebrado entre Brasil, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En 1980, esos Estados instituyeron la Asociación Latinoamericana de Integración, la ALADI, mediante el Tratado de Montevideo, del 12 de agosto de 1980, “para dar continuidad al proceso de integración destinado a promover el desarrollo económico-social, armónico y equilibrado de la región” (Preámbulo del Tratado de 1980).

Fue dentro de las atribuciones otorgadas a los acuerdos de alcance parcial (por el Tratado de la ALADI de 1980), que Brasil y Argentina firmaron importantes tratados bilaterales, de constitución próxima y rápida de una área de mercado común bilateral: El Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, firmado en Buenos Aires el 29 de noviembre de 1988; veinticuatro Protocolos, seguidos de otros acuerdos bilaterales sobre asuntos específicos, entre los que se destaca el Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de las Empresas Binacionales Brasileño-Argentinas, del 6 de junio de 1990.

Brasil también firmó acuerdos multilaterales, de naturaleza económica, con Argentina, Chile, México, Uruguay y Venezuela, en 1995, e, individualmente, Acuerdos de Complementación Económica (ACE) con Chile (1996), Bolivia (1997) y México (2002) y un Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica con Surinam (2005).

24.6. Mercosur

El Tratado del Mercosur, firmado el 26 de Marzo de 1991 en Asunción, Paraguay, con el objetivo de constituir un mercado común entre Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay, prevé los siguientes objetivos:

- (a) la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre las naciones componentes, a través de la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias entre los países;
- (b) la fijación de un arancel externa común, y la adopción de una política comercial común de relaciones, en el ámbito regional e internacional;
- (c) la coordinación de políticas macroeconómicas sectoriales, entre los países miembros, en materia de comercio exterior, agricultura, industria, materia fiscal, cambio, capital, servicios, política aduanera, transporte y comunicación, así como cualquier otro punto sobre el cual estén de acuerdo;
- (d) compromiso de los Estados miembros de armonizar sus legislaciones con el objetivo del completo proceso de integración.

El Mercosur cuenta como miembros asociados con Chile, Bolivia (ambos desde 1996), Perú (2003), Venezuela, Colombia y Ecuador (los últimos en el 2004). Por medio de la celebración de Acuerdos de Complementación Económica se busca instituir una zona de libre comercio entre el Mercosur y cada uno de dichos países, a las cuales se aplicarán condiciones arancelarias diferenciadas. Algunos de ellos, como Chile y Venezuela, deben adherir al Mercosur como miembro pleno en un futuro próximo.

Cinco Anexos integran el Tratado de Asunción, firmado en 1991, que creó el Mercosur: I) Programa de Liberación Comercial; II) Régimen General de Origen; III) Solución de Controversias; IV) Cláusulas de Salvaguardias y V) Subgrupos de Trabajo del Grupo Mercado Común. Eses Anexos están previstos en el artículo 3º del Tratado, que también establece el Régimen General de Origen, un Sistema de Resolución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia. El Tratado de Asunción fue, también, complementado por la firma de Protocolos acerca de los temas mencionados.

La estructura institucional del Mercosur es establecida con base en las reglas estipuladas en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto, hasta la consolidación del mercado común. Los entes institucionales del Mercosur son los siguientes:

- (a) Consejo Mercado Común (“CMC”) - Integrado por los Ministros de las Relaciones Exteriores y Economía (o equivalente) de los Estados miembros. Siendo la más alta entidad institucional con poder decisorio en el ámbito del Mercosur, el CMC es responsable de celar por la observancia y por el cumplimiento de las reglas establecidas en el Tratado de Asunción. El CMC es, también, la entidad que representa al Mercosur en las negociaciones y

firmas de acuerdos con Estados no-miembros, con instituciones internacionales, y otras naciones en general;

- (b) Grupo Mercado Común (“GMC”) - Integrado por cuatro miembros permanentes y cuatro suplentes nombrados por cada uno de los Estados componentes, representando a las siguientes entidades: I) Ministerio de Relaciones Exteriores; II) Ministerio de Economía (o equivalente); y por el Banco Central. Es el cuerpo ejecutivo del Mercosur encargado de implementar las decisiones tomadas por el CMC, supervisar las actividades de la Comisión de Comercio del Mercosur (“CCM”) y de los órganos administrativos, proponer medidas con el objetivo de poner en marcha un programa de liberalización comercial, coordinar una política macroeconómica, participar en negocios con agencias internacionales y Estados no-miembros con relación a la firma de acuerdos y, si fuera necesario, estar presente en la solución de controversias en el ámbito del Mercosur, así como organizar y coordinar Subgrupos de Trabajo;
- (c) La Comisión de Comercio del Mercosur (“CCM”) - Integrada por cuatro miembros permanentes y cuatro suplentes, nombrados por cada uno de los Estados miembros del Mercosur, y coordinado por cada uno de los Ministros de las Relaciones Exteriores de dichos países. La CCM está encargada de celar por el cumplimiento de los mecanismos relativos a la implementación de la política comercial común. La CCM es también la entidad encargada de hablar en nombre de los Estados miembros en lo que atañe a cualquier tema planteado sobre la Tarifa Externa Común y objeciones suscitadas por el sector privado;
- (d) Comisión Parlamentaria Conjunta (“CPC”) - Integrada por 64 (sesenta y cuatro) miembros permanentes y 64 (sesenta y cuatro) miembros suplentes. Cada uno de los Estados miembros nombra a 16 (dieciséis) miembros, que deberán ser integrantes de sus respectivos Congresos Nacionales. La CPC representa los cuerpos legislativos de los Estados miembros. En el ámbito de la estructura institucional del Mercosur, la CPC asume un papel consultivo y de toma de decisiones;
- (e) Secretaría Administrativa (“SAM”) y Foro Consultivo Económico y Social (“FCES”). La SAM está encargada de las publicaciones del Boletín Oficial del Mercosur y de celar por la guardia de documentos relevantes. También es responsable de tornar públicas las actividades del GMC. El FCES, por su parte, es la entidad que representa las áreas económicas y sociales de los Estados miembros, siendo un órgano consultivo; y
- (f) Subgrupos de Trabajo (“SGT”) - Los Subgrupos de Trabajo son subordina-

dos al GMC. Su tarea es gerenciar estudios en materias específicas de interés del Mercosur y tomar decisiones y resoluciones a ser presentadas ante la apreciación del CMC. Actualmente, existen 15 (quince) subgrupos de trabajo formados de la siguiente manera:

- SGT N° 1 - Comunicación;
- SGT N° 2 – Aspectos Institucionales;
- SGT N° 3 - Reglamentos Técnicos y Evaluación de la Conformidad;
- SGT N° 4 - Asuntos financieros;
- SGT N° 5 - Transporte;
- SGT N° 6 - Medio ambiente
- SGT N° 7 - Industria;
- SGT N° 8 - Agricultura;
- SGT N° 9 - Energía;
- SGT N°10 – Relaciones de Trabajo, Empleo y Seguridad Social;
- SGT N° 11 – Salud;
- SGT N° 12 – Inversiones;
- SGT N° 13 – Comercio Electrónico;
- SGT N° 14 – Seguimiento de la Coyuntura Económica y Comercial; y
- SGT N° 15 – Minería.

La Decisión del Consejo del Mercado Común N° 23/05 adoptó el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, con sede en Montevideo. El Parlamento será instituido en dos fases distintas, comenzando el 31 de diciembre del 2006 y con finalización prevista para el 2014, cuando la elección de los Parlamentarios deberá ocurrir por medio de sufragio universal, directo y secreto de los ciudadanos, en el mismo día, en todos los Estados miembros.

Desde el 1° de enero de 1995, ya no existen barreras arancelarias entre los países participantes. La gran mayoría de los productos comercializados entre los cuatro países - hay algunas excepciones - no sufre la incidencia de aranceles aduaneros. Además, una Unión Aduanera fue establecida para entrar en vigencia a partir del 1° de enero de 1995. Con ese propósito, fue creada, como un instrumento para que los países miembros se vuelvan más competitivos en el mercado externo, la Tarifa Externa Común (TEC).

Así como ocurre en la Unión Europea, la TEC deberá ser una de las bases del proceso de integración del Mercosur. Esta tarifa cubrirá a la mayoría de los productos importados de países no-miembros para el Mercosur, con excepción de los productos considerados “sensibles” en sus respectivos países, tales como bienes de capital, informática y telecomunicaciones en Brasil.

Con el objetivo de evitar desvíos en el flujo del comercio, se estableció que la

tarifa externa común debería variar del 0% al 20%, basada en 11 niveles de alícuotas, aumentando de dos en dos. De acuerdo con la Decisión del Consejo Mercado Común (“CMC”) N° 22/94, una TEC del 14% (catorce por ciento) fue implementada para bienes de capital, aplicable con referencia a Brasil y Argentina a partir del 1° de enero del 2001. Paraguay y Uruguay tuvieron plazo hasta el 1° de enero del 2006 para implementar esta tarifa.

No obstante, en los términos de la Decisión N° 34/2003, el Consejo Mercado Común introdujo el “Régimen Común de Importación de Bienes de Capital no producidos en el Mercosur”. La importación de dichos bienes tiene como objetivo la modernización del sector productivo de los Estados Partes y el incentivo a las inversiones. Así, fueron creadas dos listas de productos: Lista Común del Régimen, temporariamente con alícuota del 0% (cero por ciento) y Listas Nacionales, temporariamente con alícuota del 2% (dos por ciento), para productos no aceptados en la Lista Común. Los bienes incluidos en las referidas listas permanecerán bajo el amparo de la importación con alícuotas diferenciadas durante un mínimo de 21 (veintiún) y, un máximo, de 27 (veintisiete) meses, contados a partir de su inclusión en la Lista, prorrogables por igual período, mediante solicitud presentada ante el CMC. La Decisión CMC N° 40/2005 prorrogó el plazo inicial de entrada en vigor de este Régimen del 1° de enero del 2006 al 1° de enero del 2009. Hasta ese momento, los Estados Partes podrán mantener sus regímenes nacionales de importación de bienes de capitales nuevos.

Se aguarda, hasta este momento, una reglamentación similar para la modificación de la TEC para bienes de capital producidos en la región, que deberían haber sido presentadas por los Estados Partes ante la Comisión de Comercio antes del 30 de junio del 2001. Después de diversas prórrogas, la Decisión CMC N° 40/2005 fijó el día 31 de diciembre del 2006 como plazo para que el Grupo de Alto Nivel para Examinar la Consistencia y Dispersión de la Tarifa Externa Común presente esta propuesta de modificación de la TEC para bienes de capital.

Con relación a los bienes de informática y telecomunicaciones, la convergencia de las tarifas fue estipulada por la Decisión CMC N° 07/1994 para el 1° de enero del 2006. Fue fijada una tarifa máxima común del 16% (dieciséis por ciento), vigente a partir de esa fecha. La Decisión CMC N° 33/03, dispone, no obstante, que la Comisión de Comercio deberá negociar un Régimen Común de Bienes de Informática y Telecomunicaciones, para ser aprobado por el Grupo Mercado Común antes del 31 de diciembre del 2005. Recientemente, la Decisión CMC N° 39/2005 no apenas prorrogó este plazo hasta el 31 de diciembre del 2006, sino que también concordó en instituir otro Grupo de Alto Nivel para Examinar la Consistencia y Dispersión de la Tarifa Externa Común, que deberá elaborar, antes del 30 de junio del 2006, una propuesta para la revisión de la TEC

para bienes de informática y telecomunicaciones, a ser aplicada el 1° de enero del 2009. Los cambios pretendidos deberán ser colocados en práctica siguiendo un cronograma de convergencia vigente a partir del 1° de enero del 2007. Hasta esa fecha, los Estados Partes podrán aplicar una alícuota diferente de la TEC en vigor – inclusive del 0% (cero por ciento), cuando corresponda – mediante la realización de consultas cuatripartitas.

A continuación, los Estados Partes se comprometieron, en los términos de las Decisiones del CMC N° 69/2000 y N° 33/2005, a eliminar completamente, antes del 31 de diciembre del 2007, los regímenes aduaneros especiales de importación adoptados unilateralmente por ellos. Dicho compromiso no incluye las Áreas Aduaneras Especiales, sino solamente a los regímenes y beneficios que impliquen la exención parcial o total de los derechos aduaneros que gravan la importación temporaria o definitiva de mercaderías y que no tengan como objetivo el perfeccionamiento y posterior exportación de las mercaderías resultantes a terceros países. Los productos elaborados utilizando tales mecanismos se beneficiarán del libre comercio en el ámbito del Mercosur, antes del 31 de diciembre del 2007, siempre y cuando cumplan con el Régimen de Origen del Mercosur. Asimismo, exenciones ya fueron establecidas por el CMC en lo que se refiere a bienes destinados a actividades efectivas de ejecución, coordinación o fomento de investigaciones científicas o tecnológicas que sean reconocidas como tales por las Autoridades Competentes de cada país, los cuales ni siquiera estarán sometidos a la TEC, en los términos de la Decisión n° 36/2003.

La Decisión CMC 68/00, por su parte, estipula que los Estados Partes del Mercosur podrían establecer y mantener una lista de 100 (cien) ítems de la NCM como excepciones de la TEC, antes del 31 de diciembre del 2002. El referido plazo fue prorrogado por la Decisión CMC N° 38/2005 hasta el 31 de enero de 2008, cuando Brasil y Argentina deberán reducir el número máximo de ítems a 75 (setenta y cinco), y a 50 (cincuenta), a partir del 1 de agosto, hasta el 31 de diciembre del mismo año. Los Estados Partes pueden, modificar, cada 06 (seis) meses, hasta el 20% (veinte por ciento) de los productos de estas listas de excepciones, siempre y cuando sean previa y debidamente autorizados por el GMC.

El Consejo del Mercado Común aprobó y reglamentó recientemente la eliminación de la doble cobranza y distribución de la renta aduanera (Decisiones CMC N° 54/2004 y 37/2005). Así, los bienes importados de terceros países que ingresen al territorio de alguno de los Estados Partes a partir del 1° de enero del 2006 recibirán tratamiento de originarios tanto en lo que respecta a su circulación dentro de las fronteras del Mercosur, como a su incorporación en procesos productivos, siempre y cuando a ellos se aplique (i) una TEC del 0% (cero por ciento) o (ii) una preferencia arancelaria del 100% (cien por ciento), cuatripar-

tita y simultáneamente, y estén sometidos al mismo requisito de origen, en el ámbito de cada uno de los acuerdos suscritos por el Mercosur, sin cuotas ni requisitos de origen temporarios, cuando los mismos sean originarios y procedentes del país o grupos de países a los que se otorga esta preferencia. Una lista de los referidos productos se encuentra en los Anexos I y II de la referida Decisión CMC y será actualizada periódicamente por el Consejo del Mercado Común. La eliminación de la múltiple cobranza de la TEC constituye la solución para uno de los principales problemas señalados en el régimen aduanero instituido por el Mercosur.

La fase avanzada de los mecanismos de consolidación del Mercosur demuestra que el proceso de integración de América Latina, por lo menos con relación al Cono Sur, no es más una mera teoría, sino una actitud positiva que seguramente conducirá a resultados positivos y concretos.

25. El *Dumping* en Brasil

25.1. Introducción

Dentro del proceso de globalización, la utilización de las reglamentaciones anti*dumping* se ha intensificado a lo largo de los últimos años. Este instituto es frecuentemente utilizado por las diversas empresas nacionales como una forma de defensa de su mercado interno. A pesar del fuerte tenor económico que caracteriza a este tema, se busca aquí abordar apenas los aspectos jurídicos del *dumping* y de la legislación anti*dumping* adoptada en Brasil (Ley n° 9.019 y Decreto n° 1.602, del 23 de agosto de 1995), con base en el Artículo VI del Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT).

Con relación al concepto jurídico de *dumping*, así como a sus elementos fundamentales, es importante resaltar que las normas anti*dumping* pueden ser utilizadas por empresas para neutralizar o incluso prevenir los efectos del *dumping*, considerándose el hecho de que los derechos aplicados nunca pueden exceder el margen de *dumping* calculado.

Debido al hecho de que el *dumping* es, normalmente, confundido con otras medidas de defensa económica, tales como subsidios y medidas compensatorias, es necesario abordar, brevemente, los parámetros que permiten diferenciarlo de otras medidas.

Será abordada, también, la descripción del proceso anti*dumping* y sus posibilidades de finalización o suspensión, incluyendo la posibilidad de finalización del proceso por iniciativa de las empresas peticionarias, por exigencia del gobierno en caso de interés nacional, o por celebración de compromiso de precios por parte de la empresa acusada de la práctica de *dumping*.

25.2. Concepto y Elementos Fundamentales del *Dumping*

Jurídicamente, el *dumping* ocurre cuando se verifica la exportación de producto por un precio inferior que el precio practicado por la empresa exportadora para un producto similar en las ventas en su mercado interno. Sin embargo, a pesar de que la diferenciación de precios sea considerada práctica desleal de comercio, para que esa diferencia de precio sea condenable es necesario que cause daño o represente una amenaza de daño a la industria nacional.

De esta forma, como elementos fundamentales del *dumping* se encuentran:

Precio de exportación inferior al precio practicado en el mercado interno

Es inherente al propio concepto de “*dumping*” la práctica de exportación por un valor inferior al practicado en el mercado interno por la propia empresa exportadora, siendo ese elemento suficiente para caracterizar el *dumping* pero no para tornarlo condenable. Para análisis de los referidos precios y para fines de comparación entre ambos para cálculo del margen de *dumping* son considerados, a principio, los precios *ex fábrica*, o sea, sin impuestos, y al contado. Mediante la comparación de estos precios, se determina el margen de *dumping*, que consiste en la diferencia entre el precio practicado en el mercado exportador y el precio de exportación, diferencia determinada a través de una comparación justa, o sea, después de eliminar las diferencias en las condiciones de comercialización por medio de ajustes.

Producto similar

La definición dada por la legislación para un producto similar es relativamente subjetiva y no proporciona características claras para un análisis minucioso de este asunto. De esta manera, un producto similar es definido por la legislación como “producto idéntico, igual desde todo punto de vista al producto que se está examinando, o, ante la ausencia de ese producto, otro producto que, aunque no sea exactamente igual en todos los aspectos, presente características muy próximas a las del producto que está siendo considerando”. El fragmento transcrito de la legislación brasileña denota que el concepto de producto similar es bastante amplio, permitiendo gran movilidad a las autoridades encargadas de la eventual investigación de la práctica de *dumping*.

Daño a la industria nacional

Según la legislación, se considera daño tanto el daño material como la amenaza de daño material a la industria doméstica ya establecida o incluso el retraso de su implantación. La legislación brasileña define algunos parámetros tangibles para la determinación de ocurrencia de daño, tales como el volumen de las importaciones que son objeto de *dumping*, los efectos de las referidas importaciones sobre los precios de producto similar en Brasil y el consecuente impacto de dichas importaciones sobre la industria nacional. La referida determinación incluye, también, el análisis objetivo del volumen de las importaciones que son objeto de *dumping*, de la participación de las importaciones que son objeto de *dumping* en el total importado consumo aparente y del precio. En este mismo aspecto, para que sea configurada la amenaza de daño, son consideradas la tasa significativa de crecimiento de las importaciones del producto, la suficiente capacidad ociosa o el inminente aumento substancial de la capacidad productiva

del productor extranjero y las importaciones realizadas a precios que provoquen la reducción de los precios domésticos o impidan el aumento de los mismos.

Nexo causal entre el daño y la práctica de *dumping*

En la investigación de práctica de *dumping*, se busca verificar la presencia y determinar en qué medida las importaciones que son objeto de *dumping* son responsables del daño causado a la industria nacional, evaluándose, inclusive, otros factores conocidos que puedan estar causando daños ocurridos durante el mismo período.

Cabe aquí efectuar la distinción entre el *dumping* y otros mecanismos de defensa comercial, principalmente las medidas de salvaguarda y los subsidios.

Las llamadas medidas de salvaguardas, abordadas por el Artículo XIX del GATT, son medidas de emergencia adoptadas para proteger a la industria nacional, para evitar daños derivados del aumento de las importaciones. A diferencia del *dumping*, las medidas de salvaguarda buscan proteger a la industria nacional independientemente de la ocurrencia de prácticas desleales de comercio y son, normalmente, utilizadas cuando hay falta de condiciones para que la industria nacional compita contra los productos extranjeros. Obsérvese que la aplicación de esas medidas está condicionada a concesiones, por parte del Estado que las aplica, a los Estados que las sufren.

Además, cabe resaltar que, distanciándose del instituto del *dumping*, las medidas de salvaguarda no tienen carácter selectivo, o sea, afectan a todas las importaciones de determinado producto efectuadas por el Estado reclamante.

Por otra parte, los subsidios consisten en ventajas, concedidas por un Estado, en beneficio de determinadas empresas o sectores y que acaban reduciendo artificialmente costos de producción.

Otros equívocos normalmente cometidos son la confusión entre *dumping* y *underselling* y precio predatorio. Los dos primeros se diferencian en la medida en que el *underselling* es entendido como la venta por debajo del precio de costo, lo que no es característico del *dumping*, que requiere, apenas, que el precio practicado en las exportaciones sea menor que el precio practicado en el mercado interno del país de origen, independientemente de que sea mayor o menor que el precio de costo. Por otro lado, precio predatorio consiste en la venta de productos a bajo precio con miras a la eliminación de competidores, intención que tampoco es exigida en el *dumping*. La diferencia básica entre el *dumping* y las otras dos figuras es que éstas deben ser protegidas por leyes nacionales de defensa de la competencia, mientras que el *dumping* se caracteriza por ser una

cuestión de comercio exterior.

25.3. Proceso de Investigación de *Dumping* en Brasil

El proceso de investigación de *dumping* en Brasil se inicia con la presentación de petición, por escrito, por los productores nacionales o entidad empresarial, exigiendo el inicio de investigación de práctica de *dumping* atribuida a una determinada empresa o a varias empresas en sus exportaciones a Brasil.

Obsérvese que la petición debe, necesariamente, presentar elementos de prueba de *dumping*, daño y nexos causales entre ambos. En el caso de que esos elementos no estén caracterizados, se procede al archivamiento de la petición.

Para ser habilitada, la petición debe, también, estar debidamente instruida, conteniendo: (i) calificación del peticionario, indicación del volumen y del valor de la producción de la industria doméstica que le corresponda; (ii) estimación del volumen y del valor de la producción nacional del producto similar; (iii) lista de los productores domésticos conocidos del producto similar, que no estén representados en la petición y, en la medida de lo posible, indicación del volumen y del valor de la respectiva producción, así como su manifestación de apoyo a la petición; (iv) descripción completa del producto alegadamente importado a precios de *dumping*, nombre del respectivo país o de los países de origen y de exportación, identificación de cada exportador o productor extranjero conocidos y lista de los importadores del producto; (v) descripción completa del producto fabricado por la industria doméstica; (vi) información sobre el precio de venta en el país exportador (precio normal); (vii) información sobre el precio de exportación representativo o, no estando éste disponible, sobre precio representativo por el cual el producto es vendido, por primera vez, a un comprador independiente situado en territorio brasileño; (viii) información sobre la evolución del volumen de las importaciones, alegadamente objeto de *dumping*, los efectos de dichas importaciones sobre los precios del producto similar en el mercado doméstico y el consecuente impacto de las importaciones sobre la industria doméstica.

Después de habilitada la petición, es efectuada el análisis del mérito, dándose inicio a la apertura de las investigaciones.

Cabe subrayar que la petición es negada y el proceso es archivado si: (i) no hubiera elementos de prueba suficientes de la existencia del *dumping* o de daño por él causado, que justifiquen la apertura de la investigación; (ii) la petición no hubiera sido hecha por la industria doméstica⁵⁹ o en su nombre; o (iii) los

⁵⁹ Es considerada hecha por la industria doméstica o en su nombre la petición que fuera apoyada por pro-

productores domésticos, que expresamente apoyan la petición, reúnen menos del 25% de la producción doméstica total del producto similar.

La investigación debe ser concluida dentro del período de un año después de su abertura, pudiendo ese plazo ser prorrogado por otros seis meses en circunstancias excepcionales. Obsérvese que el período objeto de *dumping* debe comprender los 12 meses más próximos posibles anteriores a la fecha de la abertura de la investigación, pudiendo, en circunstancias excepcionales, ser de menos de 12 meses, pero nunca de menos de seis meses. Ya el período objeto de la investigación de la existencia de daño, por su parte, debe ser suficientemente representativo, para permitir el análisis (no será de menos de tres años e incluirá, necesariamente, el período de investigación de *dumping*).

Durante la fase de instrucción del proceso, las partes interesadas⁶⁰ tienen amplia oportunidad de presentar, por escrito, los elementos de prueba que consideren pertinentes con respecto a la investigación. Para esta finalidad, pueden ser solicitadas o aceptadas por escrito informaciones adicionales o complementarias, pudiendo, inclusive, ser pedidas audiencias. Obsérvese, no obstante, que la presencia en esas audiencias no tiene carácter obligatorio.

En el caso de que las informaciones requeridas no sean presentadas a las autoridades brasileñas por ninguna de las partes involucradas, el parecer preliminar o final puede ser elaborado con base en la mejor información disponible, o sea, en los datos obtenidos. Igualmente, puede ser solicitado el tratamiento de confidencialidad otorgado a las informaciones proporcionadas consideradas por las partes como sigilosas, siempre y cuando esta solicitud esté adecuadamente fundamentada, constituyendo las informaciones un proceso separado.

Como pieza principal de la investigación de *dumping*, las partes interesadas reciben cuestionarios destinados a la investigación y disponen de 40 días (prorrogables por otros 30 días) para restituirlos. Además de la respuesta a los cuestionarios, es recomendable que sea presentada una petición de defensa, contestando la petición inicial y el Parecer emitido por el Departamento de Defensa Comercial (Decom), informando el inicio de la investigación.

Antes de terminado el proceso, pero después de transcurridos 60 días del inicio de las investigaciones, las autoridades nacionales pueden aplicar medidas provisionarias contra las importaciones investigadas, siempre y cuando todas las

ductores cuya producción conjunta represente más del 50% de la producción doméstica del producto similar. Obsérvese, por lo tanto, que esos elementos son esenciales para que se instaure la apertura de la investigación.

⁶⁰ Son consideradas partes interesadas: (i) los productores domésticos y la entidad empresarial que los represente; (ii) los importadores y la entidad empresarial que los represente; (iii) los exportadores y la entidad empresarial que los represente; (iv) el gobierno del país exportador.

partes se hayan manifestado, que sea alcanzada una determinación preliminar positiva de existencia de *dumping* y daño a la industria doméstica y que las autoridades decidan que tales medidas son necesarias para impedir que ocurra daño durante la investigación.

Después de la publicación de una determinación preliminar de daño y *dumping* por las autoridades brasileñas, el exportador puede asumir, voluntariamente, compromisos satisfactorios de revisión de los precios o cesación de las importaciones a precios de *dumping*. En el caso de que ese compromiso sea aceptado por la Secretaría de Comercio Exterior (Secex) y sea homologado por la Cámara de Comercio Exterior (Camex), el proceso de *dumping* puede ser finalizado o suspendido sin la imposición de derechos. La investigación, no obstante, debe proseguir si el exportador o las autoridades así lo desearan.

Obsérvese que la aceptación o no de compromiso de precios es un acto discrecional de las autoridades brasileñas, lo que no la exime de fundamentación en lo que se refiere al rechazo. Sin embargo, a pesar de, formalmente, no sea necesaria manifestación de la industria nacional en lo que atañe a ese compromiso, es común que la Secex indague la opinión de la industria doméstica en lo que atañe a la aceptación del mismo.

Antes de ser formulado el parecer final, es realizada una audiencia, convocada por la Secex, para informar a las partes sobre los hechos esenciales que forman la base para el parecer, siendo dado a ellas 15 días para manifestarse a ese respecto. Finalizado dicho plazo, es finalizada la instrucción del proceso e informaciones recibidas posteriormente no son consideradas.

El cierre de la investigación puede ser normalmente efectuado con o sin la aplicación de derechos antidumping, traducida como la “tasa impuesta a las importaciones realizadas a precio de *dumping*, con el objetivo de neutralizar sus efectos dañosos para la industria nacional”⁶¹. En este sentido, la investigación es finalizada, sin la aplicación de medidas antidumping si: (i) no hubiera comprobación suficiente de *dumping* o de daño derivado del mismo, (ii) el margen de *dumping* fuera *de minimis*, (iii) el volumen de importaciones objeto de *dumping* real o potencial fuera insignificante. Alternativamente, la investigación es finalizada con la aplicación de medidas antidumping si la Secex entender que hay *dumping*, daño y nexo causal entre ellos.

Las autoridades nacionales pueden, entonces, imponer derechos antidumping, especificando su valor, el que no puede ser superior que el margen de *dumping* calculado. Es importante prestar atención al hecho de que la legislación brasi-

⁶¹ Manual de Defensa Comercial, elaborado por la SECEX, página 24.

leña permite la cobranza de derechos *antidumping* definitivos sobre productos que hayan sido despachados para consumo hasta 90 días antes de la fecha de aplicación de las medidas *antidumping* provisionales siempre que (i) haya antecedentes de *dumping* causador de daño, o que el importador estuviera o debiera tener conocimiento de que el productor o exportador practica *dumping* y de que éste causaría daño; y (ii) el daño sea causado por voluminosas importaciones de un producto a precios de *dumping* en un período relativamente corto.

Los derechos *antidumping* y los compromisos de precios propuestos por el exportador permanecen en vigor solamente mientras perdure la necesidad de neutralizar el *dumping* y daño causados. Sin embargo, esos derechos se extinguen en el plazo máximo de cinco años después de su aplicación, pudiendo dicho plazo ser prorrogado siempre y cuando se demuestre que la extinción de los referidos derechos puede acarrear el retorno del *dumping* y del daño a la industria nacional producido por él.

El proceso *antidumping* puede, también, ser finalizado con base en iniciativa del peticionario o de autoridades brasileñas. De hecho, el peticionario puede solicitar, en cualquier momento, el cierre del proceso. Mientras tanto, la Secex puede determinar el proseguimiento de la investigación y, adicionalmente, en circunstancias excepcionales, decidir por motivo de interés nacional, a favor de la suspensión de la aplicación de los derechos.

25.4. Conclusión

Ante lo expuesto, queda claro que el proceso *antidumping* es una figura nueva que está siendo crecientemente utilizada en Brasil.

La reglamentación brasileña, basada en el GATT y en los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), busca ser bastante detallista, dando posibilidad a una argumentación jurídica en contrario y exigiendo pruebas detalladas.

Sin embargo, la reciente utilización del término hace que, en la práctica, las autoridades involucradas, las partes interesadas e incluso los profesionales del ramo se deparen con situaciones inusitadas, que están siendo solucionadas a medida en que se va avanzando en el tema.

26. Contencioso Civil y Comercial

26.1. La Jurisdicción en el Contencioso Civil y Comercial

El Código Civil Brasileño, instituido por la Ley Federal n° 10.406, del 10 de enero del 2002, que revocó expresamente el Código Civil anterior, de 1916 (Ley n° 3.071, del 1° de enero de 1916), y la Primera Parte del Código Comercial (Ley n° 556, del 25 de junio de 1850), es la base más relevante para las decisiones judiciales involucrando asuntos de naturaleza civil y comercial. El Código Comercial, actualmente, apenas regula las relaciones que involucran el comercio marítimo.

El contencioso civil y comercial es decidido por los juzgados estaduais que tienen jurisdicción general y que consisten en un juez singular. Sus decisiones pueden ser reconsideradas, a pedido de la parte derrotada en el proceso, por un Tribunal Estadual. La Constitución brasileña no prevé la realización de juicio por jurado en casos comerciales ni civiles.

Las reglas procesales están contenidas en el Código de Proceso Civil, que también es una ley federal. En función de las características del sistema federativo, la organización judicial y las reglas específicas sobre la competencia son establecidas por la legislación estadual. En general, los juzgados estaduais no son especializados y tienen jurisdicción en lo que atañe a casos civiles, comerciales, criminales y de familia.

La regla general relativa a la competencia para la distribución de una acción es que sea propuesta en el domicilio del reo. Esta regla se aplica a personas físicas y jurídicas. El consentimiento de las partes y la elección de un foro diferente, tal como establecido en un contrato, son también aceptados para fijar la competencia, siempre y cuando no haya una regla específica para su determinación o no sea reconocido su carácter abusivo. El proceso judicial en materia civil y comercial no es sigiloso, si el acceso es público, excepto cuando involucra asuntos de familia.

26.2. Costos del Proceso

Las partes en litigio deben pagar las costas del proceso judicial, que varían en cada Estado de la Federación. La regla general es que las costas iniciales son pagadas por el autor, normalmente calculadas como un porcentaje del valor discutido. Otros pagos son efectuados en el caso de apelación, por la parte que impetró el recurso.

Honorarios de abogados pagados por los servicios prestados son usualmente establecidos con relación a un porcentaje del valor discutido o a ser cobrado. Dicho porcentaje es el resultado de un acuerdo entre el abogado y su cliente, siendo calculado tomando en consideración varios factores, tales como el valor que será discutido en juicio, la complejidad del trabajo que será ejecutado, el plazo de tramitación del proceso, la capacidad del cliente de pagar y la competencia y renombre del abogado. En la mayoría de los casos, el cliente paga un valor inicial, siendo descontado del pago final, en el caso de éxito.

Además, el Código de Proceso Civil estipula que todos los gastos incurridos por la parte vencedora sean pagados por la parte vencida. Esto incluye el reembolso de la tasa judicial, los gastos generales del proceso, y los honorarios pagos a expertos, asistentes técnicos, así como el pago de honorarios de abogados. Éstos son arbitrados por el juez, de acuerdo con las reglas procesales y son debidos al abogado, sin confundirse con los honorarios pactados directamente con el cliente.

26.3. Procedimientos Iniciales

Existen varias formas de procedimiento, de las cuales será abordado solamente el proceso ordinario, que es el más común en casos que involucran contratos o responsabilidad civil en que se discutan valores de más de 60 (sesenta) salarios mínimos y siempre y cuando no haya previsión procesal propia, pertinente al rito sumario y al especial.

Una acción civil o comercial comienza mediante la presentación, realizada por el abogado del autor, de una petición inicial ante el órgano judicial que tenga competencia sobre el caso, conforme dictámenes de la ley de organización judicial estadual. El próximo paso procesal, después de la distribución de la acción, es la citación del reo. Ésta debe ser efectuada, generalmente, por el correo, o por un oficial de justicia. En ambas hipótesis, debe ocurrir la entrega de una copia de la petición inicial al reo para que pueda responder a la acción en un corto período (generalmente 15 días). Cuando el reo es desconocido o incierto, así como cuando es ignorado o inaccesible el local en que se encuentra, la legislación procesal permite también su citación mediante edicto, o sea, mediante la publicación en periódicos.

El reo debe procurar un abogado para defenderlo. Éste, por su parte, somete a juicio una defensa a las alegaciones y pedido del autor. Esta petición debe confirmar o negar los hechos y puede también darles una interpretación diferente, así como también discutir la base legal del pedido del autor. El autor, por su parte, debe presentar otra petición, llamada réplica, expresando su respuesta a los puntos de derecho y de hecho levantados por el reo. El juez, entonces,

debe solicitar a las partes que se manifiesten sobre las pruebas que pretenden presentar en juicio. Enseguida, si el derecho en litigio admite transacción, el magistrado marca una audiencia preliminar, cuyo objeto es la conciliación de las partes en litigio.

Ante la hipótesis de que la conciliación no sea fructífera y la acción tuviera condiciones de proseguir, el juez debe sanear el proceso, que es un juicio preliminar sobre todas las cuestiones formales y procesales planteadas por las partes, excepto el mérito del caso. El juez puede, en este punto, por ejemplo, juzgar que el autor es carente de la acción si considerara que está ausente cualquiera de las condiciones de la acción, a saber: legitimidad, interés y posibilidad jurídica del pedido. Estando el proceso en condiciones regulares, compete al juez también decidir sobre las pruebas que serán admitidas y producidas por las partes.

26.4. Pruebas

Como se verá, todo el proceso, más especialmente la obtención de pruebas, es enteramente conducido por el juez. En principio, las pruebas documentales deben ser presentadas en juicio juntamente con la petición inicial. El reo también debe presentar su prueba documental juntamente con la contestación. Como regla general, otros documentos relativos al caso, que sean relevantes durante el desarrollo de la instrucción, pueden ser presentados por las partes en cualquier momento, siempre y cuando le sea dado a la parte contraria el derecho de manifestarse sobre ellos.

La prueba no documental que debe ser producida a continuación es el parecer o pareceres de expertos, tales como los que son preparados por contadores, ingenieros, médicos, evaluadores u otros profesionales especializados. El juez debe nombrar a un perito judicial y las partes formulan preguntas por escrito, que deben ser respondidas también por escrito. Las partes también tienen el derecho de nombrar a expertos asistentes elegidos por ellas para responder a las preguntas y formular críticas al parecer del perito judicial.

El próximo paso es la audiencia de instrucción y juicio, que tiene lugar en la fecha determinada por el juez encargado del caso, después de que las partes hayan tenido la oportunidad de discutir extensivamente la prueba documental y de examinar el parecer del perito judicial.

Las partes presentan previamente al juez un rol de testigos que desean que sean interrogados. En la audiencia, el juez procede, en primer lugar, al interrogatorio de los testigos y, después, concede a los abogados de las partes el derecho de formular preguntas. Tal interrogatorio no es dirigido directamente al testigo sino al juez, que puede repetir, reformular o rehusar las preguntas formuladas

por los abogados. Otra característica importante es que ambas partes pueden prestar testimonio, mas, en este caso, la parte no es considerada un testigo. Sólo los testigos están bajo juramento. La audiencia es transcrita.

La decisión del caso puede ocurrir inmediatamente, si no hubiera, después de la audiencia, las partes no presentarían sus razones finales, comentando sobre la audiencia y todas las pruebas presentadas. El juez, entonces, debe reexaminar todo el proceso y juzgarlo.

Como se puede ver, en el sistema brasileño, para el proceso ordinario, no existe un *trial*, en el sentido de un evento ininterrumpido en el cual toda la prueba es producida. De hecho, la prueba va siendo producida paso a paso, siendo progresivamente incorporada a los autos del proceso y su conducción está enfocada en la formación de la convicción del juez.

26.5. Decisión

La decisión del juez debe ser manifestada por escrito, conteniendo una breve descripción de las partes; un resumen del pedido inicial y de la respuesta del reo, así como el registro de los principales hechos habidos en la fase de instrucción; su opinión sobre las cuestiones de hecho y de derecho involucradas y su juicio. La sentencia puede determinar a una parte el derecho a una indemnización, puede ordenar a una parte practicar un acto o incluso declarar la exacta interpretación de una cláusula contractual.

26.6. Medidas Urgentes

En la propia petición inicial, en carácter excepcional, el autor puede solicitar al Magistrado la anticipación de los efectos de la sentencia. Para tanto, debe ofrecer al juez elementos de prueba suficientes para comprobar la verosimilitud de lo alegado, así como justificar el recelo de daño irreparable o de difícil reparación.

La anticipación de los efectos de la tutela también puede ser concedida en el curso del proceso, cuando uno o más pedidos demuestren ser incontrovertidos.

En el sistema procesal brasileño, existe también el procedimiento de naturaleza cautelar que puede ser utilizado antes del proceso principal, como medida preparatoria o de forma incidental. En ambos casos, se busca tutelar, de forma urgente, un eventual derecho de la parte pasible de perecimiento. En el proceso cautelar, el Magistrado puede conceder medida preliminar si estuvieran presentes el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

26.7. Recursos

El sistema brasileño permite muchos recursos, tanto frente a las decisiones finales como a las interlocutorias, éstas últimas las que no finalizan el caso.

Recientemente, una reforma procesal restringió la posibilidad de recursos contra decisiones interlocutorias. Ahora, siempre que haya una decisión interlocutoria susceptible de causar a la parte lesión grave y de difícil reparación, así como en los casos de no admisión de la apelación y en los casos relativos a los efectos en que la apelación es recibida, la parte puede apelar, con el objetivo de que la sentencia sea reconsiderada por el tribunal. Si no fueran satisfechos tales requisitos, la parte también puede presentar un recurso. Sin embargo, en estos casos, el recurso no es presentado de inmediato ante el tribunal, sino que queda retenido en los autos y es analizado solamente en ocasión del juicio de eventual recurso de apelación.

Generalmente, el recurso no suspende el proceso. El mismo abogado puede proseguir con el caso en las instancias superiores. Los recursos son juzgados por una cámara del tribunal estadual, que está compuesta de un juez relator y un número par de otros jueces. La cámara puede rever la decisión con relación a su interpretación de los hechos y del derecho.

De la decisión del tribunal estadual que juzgue los recursos interpuestos, cabe también recurso ante los tribunales federales superiores, que son el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal. Si la parte alegara violación de tratado o ley federal o una interpretación diferente de ley federal realizada por otro tribunal estadual puede interponer recurso ante el Superior Tribunal de Justicia. Si alegara violación de la Constitución Federal, puede interponer recurso ante el Supremo Tribunal Federal. Ambos recursos pueden ser interpuestos al mismo tiempo, pero su admisión es muy restrictiva.

En este punto, no es admitida la discusión de los hechos, y sólo se admite la discusión de las cuestiones de derecho por los tribunales superiores federales. Éstos también se organizan en Salas. El recurso ante los tribunales superiores federales no suspende el proceso y la parte puede iniciar la ejecución de lo que fue juzgado.

26.8. Ejecución de la Sentencia

Cuando la parte vencedora obtiene una decisión final, tiene el derecho de iniciar la ejecución de la sentencia para hacer valer el juicio a su favor. La ejecución debe iniciarse mediante la presentación de una petición en los mismos autos de la acción que decidió el mérito del caso.

Recientemente, fue aprobada una alteración en el Código de Proceso Civil con miras a dar más rapidez a la ejecución de la sentencia.

El autor debe declinar el valor que considera que le es debido, pero, en muchos casos, el juicio apenas declaró que una indemnización debe ser paga y la base en que la misma debe ser calculada, y, por lo tanto, el valor de esta indemnización debe ser determinado mediante una discusión de las partes en lo que atañe a la base del cálculo de la indemnización. La parte ejecutada es, entonces, intimada, en la persona de su abogado. En ese momento, el reo puede presentar las objeciones que considere necesarias pero debe, de todos modos, depositar en juicio el valor pleiteado por el autor o presentar bienes para ser empeñados como garantía de la ejecución de la sentencia.

Tratándose de sentencia que determina la entrega de cosa cierta o incierta, el juez determina medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento. En el caso de que se refiera a la obligación de hacer o no hacer, el juez fija un plazo para que el vencido cumpla la sentencia. En ambos casos, no cabe ninguna impugnación. El deudor solamente puede defenderse incidentalmente.

Siendo la ejecución por un monto exacto contra un deudor solvente, en el caso de que el mismo pague el débito, y no presente recurso dentro del plazo de 15 días, a partir de su intimación en la persona de su abogado, la condena es aumentada en un 10% (diez por ciento). En este caso, es dada oportunidad al acreedor para que indique bienes de propiedad del deudor que desea empeñar.

Realizados los autos de empeño y de evaluación, el deudor es intimado, nuevamente en la persona de su abogado, para, si así lo quisiera, presentar impugnación. Esta impugnación no interrumpe el proceso ejecutivo, a no ser que el juez, basado en su convicción, así lo determine. Aunque sea conferido efecto suspensivo a la impugnación, la ejecución puede proseguir provisoriamente, mediante la prestación de caución por el acreedor.

Si, al final, el reo no pudiera o no se dispusiera a pagar el valor o a practicar el acto determinado por el juicio, los bienes empeñados deben ser evaluados judicialmente y vendidos a través de alienación promovida por el propio acreedor o en subasta pública, siendo el producto de la venta usado para pagar a la parte vencedora.

El ordenamiento jurídico brasileño no prevé penalidades criminales a los deudores por deudas civiles. La Constitución Federal coloca en un nivel superior el derecho a la libertad. Las únicas hipótesis de prisión civil se restringen a la del deudor por alimentos y a la del depositario infiel, siendo esta última cuestiona-

da en razón de la ratificación, realizada por Brasil, de Tratado Internacional.

26.9. Proceso de Cobranza

La cobranza de títulos ejecutivos extrajudiciales, o sea, letras de cambio, notas promisorias, duplicatas, debentures, cheques, contratos y otros así definidos por ley, es realizada a través de la acción de ejecución contra un deudor solvente.

El procedimiento tiene el objetivo de expropiar bienes del deudor, para satisfacer el derecho del acreedor, debiendo el mismo, después de iniciado el proceso, depositar en juicio el valor pleiteado o presentar bienes para ser empeñados para poder discutir la cobranza del débito.

También, cuando la parte es titular de documento o título sin fuerza ejecutiva y busca el pago en dinero, a la entrega de cosa fungible o de determinado bien móvil, puede utilizar, también, acción monitoria que representa un procedimiento judicial ágil para la obtención de un título ejecutivo en vía judicial.

27. Derechos del Consumidor en Brasil, Encuadramiento y Ejecución de la Ley

27.1. Definición General

La definición de consumidor limitada a una persona que compra una mercadería o servicio tiene una interpretación más amplia en Brasil porque la Constitución brasileña efectivamente hacer hincapié en el interés público con relación a los derechos privados – un principio visto, por ejemplo, en el Art. 5, XXII de la Constitución Federal de Brasil.

27.2. Desarrollo de la Ley

En el pasado, los derechos del consumidor en Brasil eran protegidos por una diversidad de leyes y decretos, principalmente el Código Comercial (1850), el Código Civil (1917) y otros estatutos específicos.

Fue recién en 1990 que un estatuto específico fue emitido con el propósito de abordar el conjunto de aspectos conocidos como derechos del consumidor. Se trata de la Ley n° 8.078 o Código de Protección y Defensa del Consumidor, efectivada el día 12.03.1991. La verdadera existencia de esta Ley es debida a una base constitucional resultado de los artículos 5, XXXII, 170, V de la Constitución Brasileña de 1988, que definieron la promulgación de dichos cuerpos legales. Así, la ley brasileña puede ser mejor descrita como siendo completamente estatutaria, con un fuerte énfasis en las medidas de protección de naturaleza constitucional.

El Código del Consumidor brasileño regula la relación entre el cliente/consumidor con la industria, el comercio, prestadores de servicios y otros agentes, tales como los importadores, imponiendo a esos agentes económicos diversas obligaciones.

Incluso con la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil Brasileño, en el 2003, las relaciones de consumo continúan estando reguladas por el Código de Defensa del Consumidor, que es la ley específica sobre este tema.

27.3. Alcance

El Estatuto Brasileño de los Derechos del Consumidor abarca un amplio espectro de temas, desde la protección a la seguridad y salud de los consumidores, el acceso a informaciones específicas referentes a mercaderías, bienes y servicios (*ej*, validez o uso por fechas), hasta el control (con respecto a eliminaciones) de

contratos con cláusulas abusivas, incluyendo las que pueden llevar al consumidor a obligaciones excesivamente onerosas (involucrando el principio *rebus sic stantibus*). Están también incluidas provisiones específicas para la reparación de los daños (actos ilegales, quiebra de contrato, infracción de reglas públicas generales o específicas relacionadas con los derechos de los consumidores).

Ese estatuto también revirtió el procedimiento legal en favor del consumidor insatisfecho. Es la inversión del peso de la prueba. Para simplificar, el peso de la prueba quiere decir que el fabricante debe producir evidencias de que sus mercaderías están dentro de las normas, en vez de que el cliente tenga que probar que la mercadería fue encontrada con defecto o es peligrosa. Ese aspecto puede ser ejercido por el juez en los casos que él considere apropiados, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley.

Otros nuevos aspectos implementados por el estatuto son: (i) la adopción de una doctrina comúnmente conocida como desconsideración de la entidad legal (aquí inclusive ampliada, si se la compara con los modelos americanos y europeos); (ii) el nuevo tratamiento de la responsabilidad civil en caso de productos fallados, que ahora mantiene al productor o fabricante responsable sin referencia a la existencia o no de la intención específica de causar perjuicio/daño (el principio es diferente en el caso de servicios prestados por profesionales liberales, tales como dentistas, ingenieros etc.); (iii) las reglas de propaganda, que son particularmente rigurosas. En todos los casos, es mantenido el principio básico constitucional del debido proceso legal.

Como consecuencia de tales leyes protectoras, fabricantes y prestadores de servicios deben ser muy cuidadosos con sus productos/trabajo de producción. La consulta legal es recomendada y frecuentemente solicitada, desde la fase de prefabricación hasta la real exhibición en el comercio.

27.4. Ejecución de la Ley

Interpretar la ley del consumidor brasileño, desde el punto de vista de abogados extranjeros, puede ser una tarea complicada. La clave para entender y dominar este estatuto es aceptar que él contiene, embalado en un único paquete, sanciones civiles, administrativas y penales.

Existen en verdad muchos comportamientos que hasta ahora son considerados como actos criminales, pero el código reafirma el derecho constitucional de defensa en el debido proceso de la ley. Incluso la construcción de los contratos es ahora un trabajo mucho más detallado, por causa de las pesadas penalidades en las cláusulas abusivas. La propaganda era también una meta de los operadores de la política, y esto lleva a tomar un gran cuidado con los consecuentes com-

promisos precontractuales analizados por cualquier órgano de comunicación o prensa.

27.5. Tendencias

El estatuto de los derechos del consumidor en Brasil es compatible con las leyes más modernas del mundo. Las cortes brasileñas han sido cautelosas al aplicar la ley, para que ella consiga su objetivo principal, que es proteger a los consumidores, mientras aumenta la competencia saludable entre quienes actúan en el mercado de suministro. Para la industria brasileña, significa que Brasil cuenta con el escenario adecuado para el desarrollo de sus fabricantes, para que ellos puedan vencer a los competidores oriundos del exterior, y al mismo tiempo los coloca en sintonía con posibles socios en Brasil y en el exterior. Entender los derechos del consumidor en las diversas jurisdicciones ayuda a las personas de negocios a integrarse mejor, más rápido y de una manera más lucrativa.

28. Arbitraje, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones Arbitrales y Sentencias Judiciales Extranjeras en Brasil

28.1. Objeto y Reglas Aplicables

De acuerdo con la Ley n° 9.307/96 (Ley de Arbitraje), las personas capaces de contratar pueden valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles. En otras palabras, pueden ser sometidas al arbitraje las cuestiones que involucren derechos patrimoniales de carácter privado sobre los cuales las partes pueden negociar.

Las reglas de derecho que son aplicadas en el arbitraje pueden ser libremente establecidas, inclusive siendo posible que el arbitraje se realice basándose en los principios generales de derecho, en los usos y costumbres y en las reglas internacionales de comercio.

La cláusula a través de la cual las partes se comprometen a someter todo y cualquier litigio al arbitraje (cláusula compromisoria) vincula a las partes. La Ley de Arbitraje contiene un dispositivo específico que confiere al contratante el derecho de exigir el cumplimiento forzado (judicial) de la cláusula compromisoria, en el caso de que la otra parte resista a la institución del arbitraje.

28.2. Procedimiento Arbitral

El proceso de elección de los árbitros puede ser establecido, de común acuerdo, por las partes. También pueden ser adoptadas las reglas de un órgano arbitral institucional o entidad especializada en el proceso de elección. El árbitro es juez de hecho y de derecho y la sentencia que emita no queda sometida a recurso o a homologación por el Poder Judicial.

Se considera instituido el arbitraje cuando el nombramiento es aceptado por el árbitro, si fuera único, o por todos, si fueran varios. Las partes pueden postular por intermedio de abogado, siendo respetada, siempre, la facultad de designar a quien las represente o asista en el procedimiento arbitral.

La sentencia arbitral produce, entre las partes y sus sucesores, los mismos efectos de la sentencia proferida por los órganos del Poder Judicial y, siendo condenatoria, constituye un título ejecutivo. Son requisitos obligatorios de la sentencia arbitral:

- el informe, que contiene los nombres de las partes y un resumen del litigio;
- los fundamentos de la decisión, donde son analizadas las cuestiones de hecho y de derecho, mencionándose, expresamente, si los árbitros juzgaron con equidad;
- el dispositivo, en que los árbitros resuelven las cuestiones que les son sometidas y establecen el plazo para el cumplimiento de la decisión, si fuera el caso; y
- la fecha y el lugar en que fue proferida.

28.3. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras

Brasil ratificó el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje, de 1923, así como la Convención de Nueva York de 10.06.1958, acerca del reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

Para ser reconocida y ejecutada en Brasil, la sentencia arbitral extranjera está sujeta únicamente a la homologación por el Supremo Tribunal Federal (STF).

El pedido de homologación debe ser instruido con el original de la sentencia arbitral o una copia debidamente certificada, auténtica por el consulado brasileño y acompañada de traducción oficial y el original de la convención de arbitraje o copia debidamente certificada, acompañada de traducción oficial.

De acuerdo con la Ley de Arbitraje, la homologación de sentencia extranjera sigue las mismas reglas del Código de Proceso Civil y del Reglamento Interno del STF relativas a la homologación de sentencia extranjera.

En este sentido, también de acuerdo con la Ley de Arbitraje, una sentencia arbitral extranjera no es homologada por el STF si:

- las partes en la convención de arbitraje fueran incapaces;
- la convención de arbitraje no fuera válida según la ley a la cual las partes la sometieron, o, ante la falta de indicación, en virtud de la ley del país donde la sentencia arbitral fue proferida;
- la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no hubiera sido notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o hubiera sido violado el principio del contradictorio, imposibilitando la amplia defensa;
- la sentencia arbitral hubiera sido proferida fuera de los límites de la convención de arbitraje y no fuera posible separar la parte excedente de la que fue sometida al arbitraje;
- la institución del arbitraje no estuviera de acuerdo con el compromiso arbi-

- tral o cláusula compromisoria;
- la sentencia arbitral todavía no se hubiera tornado obligatoria para las partes, hubiera sido anulada, o, hubiera sido suspendida por órgano judicial del país donde la sentencia arbitral fuera proferida;
- según la ley brasileña, el objeto del litigio no fuera susceptible de ser solucionado por el arbitraje;
- la decisión ofendiera el orden público nacional.

Cuando es homologada por el STF, la sentencia arbitral extranjera asume la condición de título ejecutivo judicial.

28.4. Sentencias Judiciales Extranjeras

Sentencias extranjeras pueden ser reconocidas y ejecutadas en Brasil, sin que para eso haya necesidad de reciprocidad por parte del país de origen o de una convención internacional entre éste y Brasil. Pero, para que pueda generar efectos en Brasil, una decisión judicial proferida en el exterior depende de ser homologada por el Poder Judicial brasileño.

De acuerdo con la Constitución Federal de 1988, artículo 102, (h), el órgano federal responsable de analizar y decidir los pedidos de homologación de sentencias extranjeras es el STF. Este tema se rige por las disposiciones de la Ley de Introducción al Código Civil, que contiene normas de interpretación de derecho internacional privado, por el Código de Proceso Civil y por el Reglamento Interno del STF.

Para otorgar eficacia a la sentencia extranjera, en el territorio nacional, el STF verifica el cumplimiento de los requisitos formales en lo que se refiere al proceso, hasta llegar a la sentencia. En el Derecho brasileño, la sentencia es una decisión final, de naturaleza civil, comercial o penal, proferida por un juez o tribunal, que sigue y respeta el debido proceso legal.

Cumplidas esas condiciones básicas, se verifica la observancia de los siguientes requisitos, previstos en el artículo 217 del Reglamento Interno del STF, con base en las disposiciones del artículo 15 de la Ley de Introducción al Código Civil:

- La sentencia extranjera debe haber sido proferida por un juicio competente. En este punto, el STF no busca comprobar la competencia del tribunal donde se presentó la demanda, porque de esto podría resultar la fijación de otro juicio en el mismo país, lo que constituiría indebida interferencia en su soberanía por parte de la justicia brasileña.

Lo que es examinado, en realidad, es si la sentencia extranjera no versa sobre un tema sobre el que la ley brasileña confiere competencia exclusiva a las cortes brasileñas. No es posible de homologación, por ejemplo, una sentencia relativa a un inmueble situado en el territorio nacional, porque la Ley de Introducción al Código Civil, en su artículo 12, párrafo I, establece que “sólo a la autoridad judicial brasileña” compete juzgar tales acciones.

- Las partes deben haber sido debidamente citadas o debe haberse verificado legalmente la rebeldía.

La citación es el acto mediante el cual la parte es llamada a defenderse en un proceso iniciado contra ella. Es fundamental para la garantía del derecho de defensa y debe obedecer los parámetros establecidos por la ley del local donde la sentencia fue proferida. Estando el reo domiciliado en Brasil, la citación debe haber sido efectivada por medio de una carta rogatoria. En este sentido, la jurisprudencia dominante del STF es que la citación del reo domiciliado en Brasil, realizada por cualquier otro medio que no sea una carta rogatoria, se opone al orden público brasileño.

- La sentencia no debe más ser posible de cualquier recurso y debe estar revestida de las formalidades legales necesarias para su ejecución en el lugar en que hubiera sido proferida.

Para facilitar la verificación de que se trata de cosa juzgada, es conveniente que se obtenga, del propio juez que profirió la sentencia, un certificado indicando que no hay ningún recurso posible contra la misma, ante ninguna instancia, porque es cierto que el STF, siguiendo sus usos y costumbres, exigirá una prueba de dicha circunstancia.

- La sentencia debe ser certificada como auténtica en el consulado brasileño más cercano y debe ser traducida por traductor público jurado en Brasil.
- La sentencia para la cual se postula la homologación no debe herir el orden público, la soberanía nacional ni las buenas costumbres, de acuerdo con el artículo 17, de la Ley de Introducción al Código Civil.

Ese es el único aspecto relativo a la esencia del juicio extranjero que será analizado por el STF.

La homologación es obtenida a través de una acción, propuesta por la parte vencedora, ante el STF que, por su parte, determina la citación de la parte vencida, para que ésta presente eventuales argumentos contrarios a la homologación.

Solamente son aceptadas, como argumentaciones contrarias a la homologación, razones que cuestionen la autenticidad de los documentos comprobatorios producidos por el vencedor de la acción en el exterior, la interpretación de la sentencia extranjera o el cumplimiento de los requisitos anteriormente descritos, tal como lo define el artículo 221 del Reglamento Interno del STF.

Obtenida finalmente la homologación de la sentencia extranjera, ella adquiere la condición de un título ejecutivo judicial, pudiendo, por lo tanto, ser llevada a ejecución, ante el foro de 1ª instancia competente.

29. Aspectos Internacionales de la Jurisdicción Brasileña

29.1. Jurisdicción General de los Tribunales Brasileños

La Constitución Federal brasileña establece que el Poder Ejecutivo, el Legislativo y Judicial son poderes independientes y harmónicos de la República (CF, artículo 2º). La Constitución también establece que ninguna lesión o amenaza al derecho puede ser excluida de la apreciación del Poder Judicial (CF, artículo 5º, inciso XXXV). La jurisdicción es, consecuentemente, una cuestión de soberanía.

Debido a la estructura federativa del Estado brasileño, el poder jurisdiccional de los Estados federados deriva también de las constituciones estaduais. El Código de Proceso Civil (CPC), estatuto nacional, establece que la jurisdicción civil es ejercida por los jueces en todo el territorio nacional (CPC, artículo 1º). Además, el Código de Proceso Civil también establece que las acciones civiles son juzgadas por los jueces de acuerdo con las respectivas competencias, sin perjuicio del derecho de las partes de someter sus disputas al arbitraje (CPC, artículo 86).

Los límites de la jurisdicción brasileña con relación a otras jurisdicciones son establecidos por las leyes brasileñas, siempre que las acciones sean propuestas en el foro brasileño. En otras palabras, los tribunales brasileños observan la *lex fori* – ley del foro –, que es el Código de Proceso Civil brasileño. A este respecto, el Código de Proceso Civil establece una clara distinción entre la jurisdicción concurrente (CPC, artículo 88) y la jurisdicción exclusiva (CPC, artículo 89). En el caso de la jurisdicción concurrente, el Poder Judicial brasileño puede ejercer su poder siempre que (i) el reo esté domiciliado en Brasil, independientemente de su nacionalidad, o (ii) la obligación haya sido contraída en Brasil, o (iii) la acción derive de un hecho ocurrido o de un acto practicado en Brasil. En el caso de jurisdicción exclusiva brasileña, solamente tribunales brasileños pueden ejercer la jurisdicción en acciones relativas a derechos reales y para procesar la sucesión y división de bienes situados en Brasil, aunque el fallecido fuera extranjero y hubiera vivido fuera del territorio brasileño.

29.2. Elección de Foro

La jurisprudencia brasileña ha sido vacilante en lo que atañe a la autonomía de la voluntad para la elección de foro extranjero. Pueden ser encontradas decisiones del Superior Tribunal de Justicia (STJ) en ambos sentidos. Algunos ministros entienden que la mera manifestación de voluntad de las partes no

puede dejar de lado la jurisdicción brasileña, porque las reglas de la jurisdicción estatal están basadas en la soberanía nacional y no están sometidas a la autonomía de las partes. En consecuencia, las partes tienen la libertad de modificar la competencia territorial interna, pero no pueden modificar la extensión de la jurisdicción nacional.⁶² Otros ministros, sin embargo, entienden que no existe prohibición para la elección del foro en contratos internacionales.⁶³

Frente a la indefinición jurisprudencial de la más alta corte brasileña incumbida de cuestiones infra-constitucionales relativas a la elección del foro en contratos internacionales firmados entre partes domiciliadas en Brasil, o habiendo una obligación a ser cumplida en Brasil, o cuando hubiera un acto practicado o un hecho ocurrido en Brasil, el contrato debe ser cuidadosamente negociado y cautelosamente redactado.

29.3. Cooperación Judicial

Las leyes brasileñas son, generalmente, favorables a la cooperación con tribunales de otros países. La Ley de Introducción al Código Civil (LICC) establece que los tribunales brasileños deben procesar los actos judiciales requeridos por medio de cartas rogatorias de los tribunales extranjeros competentes, siempre y cuando sea concedido a ellas el necesario *exequatur* (artículo 12, párrafo 2º, LICC).

De acuerdo con la Constitución, hay necesidad de *exequatur* a la carta rogatoria para que sea determinada la realización de citación de reo domiciliado en Brasil, así como para la obtención de pruebas, por parte de un juez brasileño de primera instancia (CE, artículo 105, inciso I, párrafo “i”). La Enmienda Constitucional n° 45, del 2004, transfirió la competencia para la concesión del *exequatur* del Supremo Tribunal Federal (STF) al Superior Tribunal de Justicia (STJ), y nuevas reglas fueron recientemente establecidas para su procesamiento.⁶⁴ El Presidente del STJ notifica el reo sobre el pedido contenido en la carta rogatoria, y el reo podría impugnar el pedido, si hubiera ofensa al orden público brasileño, o si no hubieran sido observadas las formalidades necesarias.

Conjuntamente con las normas de derecho positivo sobre cooperación judicial, aplicables a cualquier Estado extranjero, existen tratados bilaterales firmados por Brasil y algunos Estados extranjeros, como Francia (1985), España (1991), Italia (1995), Argentina (1995) y Uruguay (1995). Estos tratados no tienen

⁶² Resp 498835/SP, 3ª T., Relator Min. Nancy Andrichi, DJ 29/5/05; Resp 251438/RJ, 4ª T., Relator Min. Barros Monteiro, DJ 8/8/00.

⁶³ Resp 242383/SP, 3ª T., Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 21/3/05; Resp 505208/AM, 3ª T., Relator Min. Carlos Alberto Menezes Derecho, DJ 13/10/03.

⁶⁴ Para el texto completo de la Resolución n° 9, del 4 de Mayo del 2005, de la Presidencia del Superior Tribunal de Justicia, V. <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/368>.

idéntico tenor, pero la mayoría de ellos contiene dispositivos para agilizar, hasta cierto punto, los actos necesarios para obtener el *exequatur* del STJ.⁶⁵

Hay también tratados multilaterales firmados por Brasil relativos a la cooperación internacional entre países que mantienen relaciones políticas o económicas especiales con Brasil. Ese es el caso de los países del continente americano – del sur, del centro y del norte –, reunidos en la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como los países integrantes del Mercado Común del Sur (Mercosur).

Los estados miembros de la OEA firmaron una serie de convenciones de derecho internacional privado (las CIDIP's), algunas de las cuales se refieren a la cooperación judicial. Es el caso de la Convención Interamericana sobre Cartas Rogatorias (CIDIP-I, Panamá, 1975) y su Protocolo Adicional (CIDIP-II, Montevideo, 1979),⁶⁶ ambos promulgados en Brasil, en 1996.

De acuerdo con esos tratados, las notificaciones y las citaciones pueden ser solicitadas por las partes interesadas, por medio del sistema judicial, por intermedio de agentes consulares o diplomáticos y por medio de las autoridades centrales de los países solicitantes y requeridos.

La principal innovación introducida por la Convención de Cartas Rogatorias fue el uso de autoridades centrales como intermediarias entre los tribunales de los países involucrados, haciendo posible transmitir los pedidos de cooperación con menos formalismo del que es normalmente usado por tribunales y canales diplomáticos. Un cierto grado de uniformización procesal también fue conseguido por dicha Convención, para que las exigencias para el procesamiento de las cartas rogatorias fueran aproximadamente las mismas en los países en que ella esté en vigor. Sin embargo, algunos de sus dispositivos fueron considerados inaplicables, tales como el que estableció la posibilidad de comunicación directa entre jueces de países vecinos, lo que no puede ser aplicado en Brasil debido a las reglas constitucionales que determinan la necesidad del *exequatur* por el STJ como condición de procesamiento de la carta rogatoria.

La concesión del *exequatur* en la carta rogatoria no implica el reconocimiento automático de la jurisdicción del país solicitante, ni implica la obligación de reconocimiento y ejecución de la decisión proferida por el tribunal extranjero.

⁶⁵ Para el texto completo de los tratados bilaterales, V. <http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/acordosinternacionais.htm>

⁶⁶ Para el texto completo de la Convención y su Protocolo Adicional, V. <http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acuerdos%20Internacionales/Conven%E7%E3o%20interamericana%20sobre%20cartas%20rogatorias.pdf>

Los procedimientos para el cumplimiento del pedido que consta en la carta rogatoria siguen las reglas del Estado requerido, pero pueden seguir algún requerimiento especial hecho por el Estado solicitante, siempre y cuando no sea incompatible con el orden público del Estado requerido. En todos los casos, el Estado requerido puede rehusar el cumplimiento de la carta rogatoria, cuando considere que el pedido viola manifiestamente su propio orden público.

Existe un tratado multilateral sobre cooperación judicial también en el marco del Mercosur – el Protocolo de Las Leñas, de 1992,⁶⁷ que contiene reglas facilitadoras del cumplimiento de cartas rogatorias por parte de los Estados miembros del Mercosur. El Protocolo de Las Leñas trata de la citación, de la notificación y de actos similares, así como de la obtención de pruebas. Dispone que la carta rogatoria debe ser cumplida de oficio por la autoridad requerida, excepto cuando se evidencie alguna cuestión de orden público. También establece que el cumplimiento de la carta rogatoria no significa el automático reconocimiento de la jurisdicción del tribunal solicitante. Los procedimientos siguen las reglas del Estado requerido y las autoridades centrales son las intermediarias preferenciales entre los Poderes Judiciales involucrados.

El Protocolo de Las Leñas exime de la obligación de prestar caución para costas y honorarios de abogados, normalmente exigidos de partes extranjeras que litigan en Brasil.

29.4. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Brasil

El reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras han estado, hace mucho tiempo, presentes en el derecho brasileño. En el panorama legal actual, están contemplados en la Constitución Federal de 1988 y subsiguiente Enmienda Constitucional n° 45 (artículo 102), en la Ley de Introducción al Código Civil (artículo 15), en el Código de Proceso Civil (artículos 483 y 484) y, finalmente, en la Resolución n° 9 de la Presidencia del STJ.

Según las reglas aplicables, la sentencia extranjera, para ser obligatoria en Brasil, debe (i) haber sido proferida por juez competente, (ii) haber sido el reo citado para el proceso, (iii) estar transitada en juzgado y pronta para la ejecución en el estado de origen, (iv) haber sido traducida por un traductor jurado brasileño, y (v) haber sido homologada por el Superior Tribunal de Justicia.

El procedimiento para el reconocimiento de la sentencia extranjera por el STJ

⁶⁷ Para el texto completo del Protocolo de Las Leñas, V. http://www.mj.gov.br/mercosul/RMJ/Documenta%E7%E3o/3_Protocolo%20de%20Las%20Len%E3s%20espanhol_.pdf

exige que la parte interesada solicite la homologación, juntando copia de la sentencia extranjera, así como de otros documentos necesarios para la comprensión del pedido, todo debidamente traducido y autenticado.

Si la sentencia extranjera fuera incompatible con el orden público brasileño, ella no puede ser homologada; sin embargo, si la incompatibilidad fuera parcial, la homologación también puede ser apenas parcial. Medidas anticipatorias o provisorias también pueden ser concedidas en procedimientos para el reconocimiento de sentencias extranjeras, para evitar que el reo frustre el propósito de la homologación durante el tiempo de su procesamiento.

Si el reo deseara oponerse al pedido de homologación de la sentencia extranjera, solamente podría hacerlo cuestionando la autenticidad de los documentos, la comprensión del juicio o el respeto a los requisitos de la Resolución n° 9, no estando admitido discutir el mérito de la decisión, excepto, eventualmente, frente a cuestiones de orden público.

Después de ser reconocida por el STJ, la decisión extranjera puede ser ejecutada por el juzgado federal de primera instancia.

Para evitar las incertidumbres y peculiaridades de las diversas leyes nacionales sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, tratados bilaterales y multilaterales buscaron crear un conjunto de condiciones uniformes para esa finalidad. Brasil celebró algunos tratados internacionales relativos al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias y pareceres arbitrales extranjeros, tanto en el ámbito de los Estados miembros de la OEA como del Mercosur.

La Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros⁶⁸ fue firmada en Montevideo, en 1979, y fue promulgada en Brasil en 1997. Esta Convención otorga eficacia extraterritorial, en otros Estados-parte en que esté en vigor, a las sentencias o laudos arbitrales extranjeros proferidos en materia civil, comercial o laboral, en cualquier de los Estados-parte, siempre y cuando (i) sea considerada auténtica en el estado de origen, (ii) la sentencia y los documentos que la acompañan hayan sido traducidos al idioma del Estado del reconocimiento, (iii) haya sido certificada como auténtica en la forma exigida por las leyes del Estado homologante, (iv) haya sido proferida por un tribunal competente en la esfera internacional, de acuerdo con las leyes del Estado de la homologación, (v) el reo haya sido citado en forma substancialmente equivalente a la que es aceptada por las leyes del Estado homologante, (vi) las partes hayan tenido la oportunidad de presentar

68 Para el texto completo de la Convención, V. <http://www2.mre.gov.br/dai/arbitral.htm>.

su defensa, (vii) la decisión sea definitiva o tenga efecto de cosa juzgada en el Estado de origen, y (viii) la decisión no esté en manifiesto desacuerdo con principios y normas de orden público del Estado homologante.

La Convención sobre Validez Extraterritorial se excede en exigencias burocráticas, pero nada menciona sobre cómo determinar la jurisdicción internacional del Estado de origen. Frente a tal omisión, otra convención fue posteriormente elaborada – la Convención Interamericana sobre Jurisdicción en la Esfera Internacional para la Eficacia de las Decisiones Extranjeras⁶⁹ –, firmada en 1984, pero todavía no ratificada por Brasil. Esta Convención ha sido criticada por su alcance de aplicación extremadamente limitado, lo que posiblemente explica el hecho de haber sido ratificada apenas por dos Estados de la región (México y Uruguay).

Debido a la situación confusa de las convenciones interamericanas sobre reconocimiento de las sentencias extranjeras, los Estados-parte del Mercosur abordaron este tema nuevamente en el Protocolo de Las Leñas, en 1992. La notable innovación contenida en este instrumento a respecto del reconocimiento de las sentencias extranjeras es que el pedido puede ser procesado por medio de carta rogatoria, en vez de serlo por medio de petición protocolada directamente en Brasil por el solicitante, permitiendo, de esta forma, que el proceso tenga inicio en el país de origen y sea conducido por intermedio de las respectivas autoridades centrales. No obstante, cabe subrayar que la homologación por el Superior Tribunal de Justicia no fue dispensada.

A pesar de que la ley brasileña no considera la litispendencia en jurisdicción extranjera como perjudicial para la jurisdicción de los tribunales brasileños (CPC, art. 90), la litispendencia constituye un impedimento para el reconocimiento de sentencia extranjera dentro de las determinaciones del Protocolo de Las Leñas, en el caso de que la acción pendiente haya sido propuesta antes de la acción en la cual haya sido proferida la sentencia extranjera homologada (artículo 22).

Complementando el Protocolo de Las Leñas, los Estados miembros del Mercosur también definieron condiciones para que fuera asumida jurisdicción internacional en materia contractual, por medio del Protocolo sobre Jurisdicción en Materia Contractual,⁷⁰ firmado en Buenos Aires, en 1994, y promulgado en Brasil, en 1996.

⁶⁹ Para el texto completo de la Convención, V. <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-50.htm>

⁷⁰ Para el texto completo del Protocolo, V. http://www.mj.gov.br/mercosul/RMJ/Documenta%E7%E3o/5_Protocolo%20de%20Buenos%20Aires.pdf

29.5. Jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Internacionales

La ley brasileña de arbitraje – Ley n° 9.307, de 1996 – ⁷¹ acepta y endosa el arbitraje internacional como mecanismo efectivo de solución de controversias involucrando derechos patrimoniales y partes con capacidad de disponer sobre sus propios derechos. No hay restricciones para el uso de las reglas de arbitraje de instituciones arbitrales extranjeras o internacionales, que son libradas a la elección de las partes involucradas en la convención de arbitraje.

A pesar de la libertad de las partes en contratos internacionales para establecer los mecanismos de soluciones de controversias de su elección, la sentencia arbitral proferida fuera del territorio brasileño necesita ser reconocida por el Superior Tribunal de Justicia, tal como se hace con la sentencia de tribunal estatal extranjero. El procedimiento para la obtención de dicho reconocimiento es prácticamente el mismo de la sentencia judicial extranjera, y también es regulado por la Resolución n° 9, del 2005, de la Presidencia del STJ.

Además de las previsiones de la ley brasileña de arbitraje, las reglas de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York), ratificada y promulgada en Brasil en el 2002, también se aplica al reconocimiento de laudo arbitral extranjero en Brasil.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (anteriormente el tribunal competente para el reconocimiento de parecer arbitral extranjero), en los últimos años, fue generalmente favorable, particularmente con la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje, de 1996, que dispuso el régimen de la doble homologación que hasta entonces prevalecía. Al tornarse competente para el reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras, en el 2004, el Superior Tribunal de Justicia también ha tenido una actitud favorable al arbitraje internacional involucrando a las partes domiciliadas en Brasil, en consonancia con la interpretación establecida por la Convención de Nueva York.

⁷¹ Para el texto completo, V.
http://legislacao.planalto.gov.br/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.307-1996?OpenDocument