

## COMENTARIOS AL ESTATUTO DE EMPRESAS BINACIONALES

SERGIO DANIEL ALBORNOZ \*

El presente artículo tiene por objetivo presentar a los alumnos un breve análisis del «Tratado para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas» ratificado por ley 23.935 (BO 22/5/91), que aún no ha entrado en vigor debido a la falta de ratificación por parte del Senado brasileño, así como el estado actual de la doctrina nacional sobre el tema, realizando algunas referencias a posiciones sustentadas por autores brasileños y uruguayos.

### I. Introducción

El 6 de julio de 1990, los presidentes Carlos S. Menem y Fernando Collor firmaron en Buenos Aires, en representación de los gobiernos de la República Argentina y de la República Federativa del Brasil, el «Tratado para el establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas».

La celebración de este acuerdo no constituyó un hecho aislado, por lo que su contenido debe analizarse en el contexto jurídico global en el que se insertan las relaciones económicas entre Argentina y Brasil a partir del marco fundacional propo-

\* Estudiante de Derecho (U.S.A.)

cionado por el «Acta de Iguazú» de 1985, suscripta por los presidentes Alfonsín y Sarney.

Por lo tanto, el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas establecido por este Tratado se encuentra contenido en un encuadre jurídico específico. En primer término, un marco jurídico propio, inmediato, esto es el Protocolo Número 5 del «Acta para la Integración y Cooperación Económica Argentino-Brasileña» de 1986 cuya implementación lleva a cabo el Estatuto. En segundo término, el marco jurídico general establecido por el «Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo celebrado entre Argentina y Brasil en 1988».

La referencia a estos instrumentos jurídicos es imprescindible para comprender la estructura y el régimen operativo de las Empresas Binacionales (de ahora en más: EB) adoptados por el Estatuto.

Este persigue, esencialmente, un objetivo de naturaleza económica. Esto es, incentivar la asociación de capitales provenientes de la Argentina y del Brasil y promover su actuación conjunta dentro de ambos mercados nacionales.

Con este instrumento se pretende incentivar (sin la toma de intervención directa de los Estados), a los empresarios a unirse entre sí para actuar en uno o en ambos países, ya sea para satisfacer necesidades domésticas, o para aunar fuerzas con el objeto de ganar nuevos mercados en terceros países.

Cabe señalar que en la caracterización de la EB primó más el objetivo de dotar de una función instrumental al proceso integrador, que el propósito de proyectar a nivel internacional una figura jurídica asociativa centrada, primordialmente, en un contexto dogmático del derecho societario.

## II. FORMA JURÍDICA DEL INSTRUMENTO QUE ESTABLECE EL ESTATUTO DE EB.

El Protocolo N° 5 contempla la elaboración de un estatuto de EB como «mecanismo específico» del programa de Integración y Cooperación entre Argentina y Brasil, omitiendo señalar

bajo qué forma jurídica debe instrumentarse dicho Estatuto.

El consultor del INTAL, Eduardo White señala que, en teoría, podrían considerarse tres alternativas diferentes en cuanto a la forma jurídica del Estatuto.

1) Un Estatuto tipo o modelo, con pautas o lineamientos generales para orientar el tratamiento de las EB que se instalen en cada país, y que cada gobierno adopte por su cuenta a través de normas o directivas nacionales.<sup>1</sup>

2) Un régimen común adoptado por convenio internacional, que establezca las condiciones generales de tratamiento de las EB, que se aplicaría caso por caso por los gobiernos mediante acuerdos referidos a proyectos específicos, en los que podrían además determinarse condiciones adicionales a las previstas en el marco general.<sup>2</sup>

3) Un convenio internacional entre ambos países que establezca las condiciones en las que se promoverá la constitución de EB, siendo el régimen aplicado por cada país en forma coordinada pero sin necesidad de lograr acuerdos específicos

<sup>1</sup> Esta alternativa implicaría el menor esfuerzo de negociación y adopción, dado que se reduciría a la elaboración, por ejemplo por un grupo de trabajo de expertos, de un marco general de pautas que serviría como orientación para las administraciones de cada país, pero no tendría fuerza de tratado internacional y su aplicación sería voluntaria por cada país.

Las principales inconvenientes serían justamente que no tendría carácter obligatorio para los gobiernos y las EB no tendrían un régimen con suficiente grado de seguridad y estabilidad.

<sup>2</sup> Esta alternativa tendría la ventaja para los gobiernos de no realizar concesiones recíprocas ni asegurar a las empresas e inversionistas determinadas condiciones en forma anticipada a la constitución de cada EB. Dichas condiciones se establecerían en forma general, pero su asignación se realizaría y adaptaría caso por caso, mediante un acuerdo específico de ambos gobiernos o la decisión de un mecanismo binacional que tendría autoridad delegada para aprobar un conjunto de proyectos específicos de EB. Esta alternativa aseguraría sin duda un mayor control de las inversiones dirigidas a la constitución de EB y la posibilidad de adoptar condiciones extraordinarias.

Sin embargo, su funcionalidad estaría más acorde con una hipótesis de creación de pocas e importantes EB. Si la hipótesis fuera un flujo más o menos significativo de inversiones recíprocas para proyectos de distinta dimensión, esta alternativa no parece adecuada porque introduciría controles e intervenciones excesivas.

previos para cada proyecto.<sup>3</sup>

El anteproyecto White influido por las metas político-económicas de los gobiernos que firmaron el Protocolo N° 5, se basa en la alternativa descrita anteriormente bajo el número 1).

### III. EL ESTATUTO DE EMPRESAS BINACIONALES.

El Acta de Buenos Aires anunció la formación de un mercado común binacional a partir del 1 de enero de 1995, lo que significó adelantar en cinco años el plazo previsto originalmente para lograr tal objetivo.

En cuanto a lo que a nuestro tema se refiere, el nuevo impulso en el proceso de integración llevó a las administraciones Menem y Collor a utilizar la última de las 3 alternativas planteadas por White para encuadrar jurídicamente al Estatuto previsto por el Protocolo 5, instrumentándose en el Tratado Internacional que ambos presidentes firmaron en Buenos Aires el 6 de julio de 1990.

### IV. DEFINICIONES.

El Protocolo N° 5 no define el concepto de EB, aunque menciona el objetivo de «promover con firmeza el fortalecimiento del capital nacional» y el de contemplar la «voluntad de asociación de personas jurídicas de capital nacional de los dos países».

De estas afirmaciones parece deducirse con claridad que las EB son concebidas como empresas de propiedad conjunta de inversionistas nacionales de ambos países, lo que según White se traduciría en:

1) La exclusión de formas contractuales de cooperación. El

<sup>3</sup> Esta última alternativa sería la más adecuada en función del estímulo a las decisiones de invertir en EB, especialmente por parte de empresas medianas de ambos países.

En todo caso, el control de las inversiones estaría siempre en manos de cada gobierno, que se reservaría la autoridad para aprobarlas o rechazarlas, en función de las condiciones establecidas en el estatuto.

protocolo habla de «empresas» y no de «proyectos» o «emprendimientos binacionales», dando a entender que debe tratarse de formas corporativas o societarias. La constitución de empresas de propiedad común es la forma más profunda y estable de puesta en conjunto de recursos en proyectos de inversión y al mismo tiempo la que plantea mayores esfuerzos y dificultades de orden económico y legal. Otras formas de cooperación más «suaves», como las UTE, los acuerdos de tecnología, los acuerdos de subcontratación, parecerían sufrir menos inconvenientes que la constitución de EB. (Infra podrá verse una opinión totalmente contraria a la que en este tópico formula White con respecto a la posibilidad de que una UTE forme parte de una EB).

2) Carácter nacional de los inversionistas.

3) Cierta equibrio entre las participaciones de cada país: la participación de inversionistas de uno de los dos países no debería ser nominal o simbólica.

La estructura de propiedad de capital de la EB era el factor determinante del régimen de promoción a establecer en el Estatuto.

Por lo tanto, es esencial en la definición de EB la determinación de las proporciones en que los inversores nacionales de cada país deben participar en el capital de la empresa.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Al respecto, podrían evaluarse las siguientes alternativas para la estructura de capital de la EB:

a) Propiedad total del capital votante por inversionistas nacionales de los dos países. Dado que en Argentina y Brasil las empresas consideradas nacionales pueden tener hasta el 49% del capital extranjero, esta solución aseguraría que el capital de la empresa binacional está controlado por inversionistas nacionales (que como mínimo controlarían sumados el 51% del capital total de la empresa) e impediría que éstas tuvieran la participación (al menos directamente) de una tercera empresa de otro país, o de una subsidiaria extranjera.

b) Propiedad mayoritaria del capital votante por inversionistas nacionales de ambos países. Es decir, bastaría que las inversiones de ambos países, sumadas, alcanzaran a la mayoría del capital, que como se ha visto define a la empresa nacional de cada país.

En estas condiciones, podría ocurrir que inversionistas de terceros países controlaran el paquete minoritario más grande de capital (49%).

c) Propiedad del capital votante en una proporción especial en manos de inversionistas nacionales de ambos países.

V. EL TRATAMIENTO DE LA MATERIA EN  
EL TRATADO FIRMADO EN 1990.

Los elementos utilizados por el Estatuto para caracterizar como tales a las EB tienden, esencialmente, a asegurar que su propósito económico no sea desvirtuado.

De ahí que el Estatuto exija que se encuentren reunidos de manera simultánea —junto a los requisitos de orden formal o jurídico— específicas condiciones de naturaleza económica, encaminadas a individualizar la procedencia y conformación de los capitales que integren dichas empresas.

Lo que otorga el perfil propio específico a la EB son las condiciones de naturaleza económica que el Estatuto requiere que se reflejen en los porcentajes y en los términos en que se detenta el capital social de cada Empresa.

En tal sentido el Estatuto exige:

— que el 80% del capital social y de los votos pertenezca a inversores nacionales.

— que corresponda a los inversores nacionales el control real y efectivo de la EB y el derecho a elegir, por lo menos, dos integrantes —uno por la Argentina y otro por Brasil— de los órganos de administración y fiscalización interna.

— que cómo mínimo, participen en un 30% del capital social de la empresa, inversores nacionales de cada uno de los dos países.

— que la participación de inversores de cualquier otro país, no exceda el 20% del capital social de la EB.

A los fines de identificar a los titulares del capital de la EB el Estatuto define como «inversor nacional»:

— a las personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países.

— a las personas jurídicas de derecho público de cualquiera de los dos países.

— a las personas jurídicas de derecho privado de cualquiera de los dos países, en la medida que, acumulativamente, la titularidad del control del capital, decisorio, administrativo

y tecnológico pertenezca mayoritaria y efectivamente, sea directa o indirectamente, a personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países o a entidades de derecho público de los mismos.

De lo expuesto puede observarse que, a efectos de configurar una EB, el Estatuto establece que:

— el elemento determinante del carácter nacional del inversor en una EB, no resulta del concepto de nacionalidad sino del domicilio. Por lo tanto son también «inversor nacional» los ciudadanos de otros países, en la medida en que se domicilian en la Argentina o en Brasil.<sup>4</sup>

— si bien el Estatuto no lo manifiesta expresamente, las EB no podrán constituirse a través de UTE (ver infra).

— por otra parte, podrán participar en la EB inversores domiciliados en terceros países, cuyos aportes no excedan del 20% del capital social.

— es posible la interposición de personas jurídicas. En este caso el carácter del inversor nacional queda determinado, en última instancia, por el lugar del domicilio del controlador.

En síntesis, para que una sociedad pueda ser calificada de EB, debe reunir acumulativamente los requisitos de constitución y sede a los que se agrega, esencialmente, el criterio de control, en consideración, no sólo a la procedencia del capital social, sino al ejercicio real y efectivo del poder decisorio y administrativo de la titularidad de la mayoría del capital votante.

Este poder deberá ser detentado, directa o indirectamente, por inversores nacionales, debiendo corresponder el control del capital, decisorio, tecnológico y administrativo —cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado— mayoritaria y efectivamente, a personas físicas domiciliadas en Argentina o Brasil o a entidades de derecho público de ambos países.

<sup>4</sup> Es más, la Empresa adquiere su carácter de binacional no porque su capital pertenezca a ciudadanos argentinos o brasileños, sino porque la titularidad del capital y del control corresponde, directa o indirectamente, a personas con domicilio en Argentina y Brasil, cualquiera sea su nacionalidad.

## VI. EL OBJETO DE LAS EMPRESAS BINACIONALES

El Protocolo número 5 define en forma amplia el objetivo del Estatuto, en términos de «promover la integración y la complementación a nivel de empresas».

El Estatuto consagrado por el Tratado establece en su artículo II el objeto de las EB.

Dice la norma: «Las EB podrán tener como objeto cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su sede, salvo las limitaciones establecidas por disposición constitucional».

La previsión realizada respecto a las limitaciones establecidas por disposición constitucional ha sido incluida, especialmente, atento a las disposiciones contenidas en la Constitución Federal de Brasil, en orden a la realización de ciertas actividades económicas a ser cumplidas por el Estado o por empresas nacionales de Brasil.<sup>6</sup>

La reciente Constitución Federal de Brasil de 1988, establece un régimen regulador de la organización económica y financiera del país y, dentro del mismo, estatuye una normatividad específica para la explotación de diversas áreas económicas.

Dicho régimen —que tiende a proteger al capital nacional y, a la vez, contempla incentivar las inversiones extranjeras— se estructura, básicamente, en función de una clasificación de las personas que podrán acceder a la explotación de las distintas áreas productivas.<sup>7</sup>

Básicamente, la Constitución clasifica las estructuras empresarias en función de la titularidad del control y del capital de las mismas. Así distingue entre empresa brasileña, por un lado

<sup>6</sup> En este tema considero apropiado seguir a la Dra. Marta Haines de Ferrari Echeberry («Consideraciones sobre el régimen de EB argentino-brasileñas») quien realizó un breve y claro tratamiento de la materia.

<sup>7</sup> Es decir, el método utilizado por la Nueva Constitución brasileña para determinar cómo se estructurarán la explotación de diversas áreas económicas, no se funda en una mera clasificación de las mismas, sino en función de una tipificación de las estructuras empresarias que la propia Ley Fundamental introduce.



y, por otro, empresa brasileña de capital nacional y, dentro de ésta última, las que denomina empresa brasileña de pequeño porte y microempresa.

El criterio esencial para distinguir la empresa brasileña de la empresa brasileña de capital nacional radica en que, en esta última, la mayoría del capital votante y la titularidad de su control efectivo debe corresponder a personas domiciliadas y residentes en Brasil. En cambio, la empresa organizada y con sede administrativa en Brasil pero cuyo capital y control mayoritario no revista aquellas características, es una empresa brasileña simple.

Se destaca entonces que, respecto a la empresa brasileña de capital nacional, la Constitución establece:

- 1) que se le otorgará tratamiento preferencial en la adquisición de bienes y servicios por parte del Poder Público;
- 2) que, por legislación ordinaria, se le podrá otorgar protección y beneficios especiales temporarios para desarrollar actividades determinadas;
- 3) el derecho a desarrollar la mayor parte de las actividades económicas consideradas privativas de los brasileños;
- 4) el otorgamiento de un trato diferenciado a favor de las denominadas empresas de pequeño porte y de las microempresas.

Ahora bien, en virtud del Estatuto las únicas actividades que no podrían desarrollar las EB serían las excluidas por disposiciones constitucionales de la Argentina o del Brasil.

Por otra parte, del anterior análisis de la Constitución Brasileña de 1988 resulta que cuando el capital de una EB organizada en Brasil estuviera integrado por aportes provenientes mayoritariamente de la Argentina, no revestiría el carácter de empresa brasileña de capital nacional. Es decir, una empresa de capital mayoritario extranjero, aún cuando se hubiera organizado y tuviera sede en Brasil constituye una empresa brasileña simple, quedando excluida de la actuación constitucionalmente reservada a aquella categoría. Ello así, en tanto el Estatuto no transforma la EB en empresa brasileña de capital nacional.

No obstante, el Estatuto le extiende a la EB de capital mayoritario argentino los beneficios y tratamiento diferencial otorgados a la empresa brasileña de capital nacional.

Es posible que, a través de la acción del Comité de Implementación (ver *infra*) se acepte que las EB, que no constituyan asimismo empresas brasileñas de capital nacional accedan, además, a explotar las áreas privativas de la actuación de éstas últimas.

El Dr. Luis Olavo Baptista ha realizado un pormenorizado análisis de la constitucionalidad del Estatuto de EB en su artículo «Empresas Binacionales Brasil Argentina», al que, en honor a la brevedad me remito.<sup>6</sup>

#### VII. FORMA JURÍDICA

El Estatuto se limita, exclusivamente, a introducir un régimen jurídico con un específico contenido económico, por lo que todas sus disposiciones se orientan a ese fin. De ahí que el Estatuto remite a los derechos nacionales la regulación de los aspectos instrumentales y operativos de las EB, prescribiendo que deben constituirse y funcionar a través de cualquiera de las formas jurídicas previstas por las legislaciones de ambos países.

En consecuencia, desde una perspectiva jurídica, las EB constituyen sociedades nacionales. Así, serán una sociedad argentina en la República Argentina y una sociedad brasileña en la República Federativa de Brasil.

Por ello, en el plano del derecho societario, el Estatuto solamente prescribe de qué manera deberá exteriorizarse la conformación económicamente binacional de la respectiva Empresa, a través del esquema de estructuración del capital social.

<sup>6</sup> Baptista, Luis Olavo, *Empresas Binacionales Brasil-Argentina*, Revista del Derecho Industrial N° 38, mayo-agosto de 1991, págs. 345/372. Depalma, Buenos Aires, 1991.

Con respecto a los requisitos de orden formal o jurídico, el Estatuto exige que:

- Las EB se constituyan en la Argentina o en el Brasil.
- La sede se establezca en la Argentina o en el Brasil.
- Las EB se instrumenten por medio de sociedades comerciales, utilizando algunos de los tipos previstos por la legislación del país elegido para la sede social.
- Cuando se utilice la forma de S.A., las acciones sean nominativas no transferibles por endoso.
- A la denominación o razón social de la sociedad se agreguen las palabras «Empresa Binacional Argentino-Brasileña» o las iniciales «EBAB» o «EBBA».

Si bien el Estatuto no lo manifiesta expresamente, las EB no podrán constituirse a través de Uniones Transitorias de Empresas (UTE) o de Consorcios.<sup>9</sup>

#### VIII. LA OPINIÓN DE LOS DRES. LUCERO Y GALLUZO.

Los Dres. L.E. Lucero y H.N. Galluzo, realizaron una pormenorizada crítica a los proyectos de Estatuto de Empresas Binacionales que se habían realizado hasta 1987.<sup>10</sup>

Lucero y Galluzo sostienen que se ha producido una errónea asimilación entre los conceptos de sociedad y de empresa sustentando la tesis que lo que el Protocolo 5 define como

<sup>9</sup> Acordó con lo expresado por la Dra. María Haines de Ferrari Echeberry y a los comentarios que me realizó el Secretario de Embajada Guillermo Devoto (especialista en el tema) la delegación brasileña no aceptó la propuesta argentina de incluir estas figuras.

El Dr. Luiz Otávio Baptista fundamenta la posición brasileña señalando que «el Protocolo 5 se refiere a «empresas» (no a proyectos o emprendimientos) y en los dos países la noción de empresa está usualmente asociada a las formas societarias personales (a saber ... la formulación del protocolo parece indicar que los gobiernos entendieron que era necesario fomentar formas más estables de cooperación, detentadas de ventajas complementarias o otras, igualmente útiles».

<sup>10</sup> Dada la claridad en la exposición del razonamiento elaborado, he optado por transcribir parte de dicho trabajo, realizando modificaciones formales que no alteran su sustancia.

empresas binacionales, no puede ser confundido ni asimilado sin más, al instituto de las sociedades comerciales.<sup>11</sup>

Entienden ambos autores, por lo tanto, que la expresa mención de «empresa» realizada en el protocolo no ha sido al azar, sino que viene a ser una expresa indicación del legislador sobre el marco adecuado y posible para los emprendimientos conjuntos. Restringir la idea de empresa a la sociedad, no sólo sería contrario a las posibilidades concretas que los agentes económicos de ambos países tendrían de ampliar su campo de actuación.

De ser ineludible que el resultado de los convenios a celebrarse entre inversores argentinos y brasileños sea solamente una sociedad comercial de los tipos reconocidos por ambas legislaciones, que de suyo tienen personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, quedarían obviadas aquellas figuras que siendo contratos celebrados por entes ideales no conllevan la creación de una tercera persona, sino solamente la formación de una estructura operativa a la que la ley niega expresamente dicha personalidad.<sup>12</sup>

Los autores de esta ponencia entienden que la inclusión de estas formas contractuales en nada vulneraría las innegables necesidades de control que ambos Estados deberían tener sobre aquellas empresas que recibirán, por la misma estructura del proceso de integración argentino-brasileña, beneficios especiales.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Lo que la doctrina jurídica, con sus variantes, siempre ha entendido por empresa, no es otra cosa que una organización, o bien actividad organizada, de capital y de trabajo, aplicada a la producción, elaboración, mediación o intercambio de bienes y de servicios con una finalidad económica y de lucro, aunque este último concepto aún podría ser eliminado.

Por el contrario, sociedad ha sido y es, según lo definen los ordenamientos legislativos vigentes tanto argentino como brasileño, un contrato.

<sup>12</sup> Dichas formas son las incorporadas por el art. 2 de la ley 22903 de Sociedades Comerciales Argentinas, establecida en el Cap. 3 normas relativas a los contratos de colaboración empresarial; y en el derecho brasileño las normas de la ley 8484/78 de sociedades por acciones que en sus arts. 278 y 279 regulan la figura del consorcio.

Característica común de estas instituciones es la expresa privación de la personalidad jurídica realizada en los arts. 367 y 377 de la ley argentina y en el inc. 1.º del art. 278 de la citada ley brasileña.

<sup>13</sup> Un adecuado régimen de registración y publicidad de los contratos empresariales, a semejanza de los regímenes existentes en las legislaciones interesadas, garantizaría en forma suficiente que pueda realizarse el control estatal y de los terceros que, por el accionar de la E.B., se vieren vinculados con ella.

Una solución contraria haría caer todo el régimen en una contradicción interna, dado que existen protocolos que hacen expresa referencia a consorcios que pudieran formarse para el cumplimiento de los objetivos que otros protocolos establecen, como por ejemplo el n° 8.

Como último punto señalan el caso paradójico que se produciría si se excluye del marco de las Empresas Binacionales a los contratos de colaboración empresarial argentinos y a los consorcios brasileños.

No parece lógico que a través de un protocolo se trate de dar impulso a determinados emprendimientos, y que a través de otro se establezca que los mismos no pertenecen al tipo del privilegiado por el proceso integrador, privándolo así de obtener beneficios especiales que sí tendría si fuera de ese tipo de entes.

En efecto, el Protocolo n° 8 trata los temas energéticos. A través del Anexo II, referido al Sector Eléctrico (Brasilia 10/12/1986), los gobiernos de ambos países han decidido: «8) Destacar que ...estimularán la formación de Consorcios Binacionales para la construcción de obras hidroeléctricas futuras, en sus respectivos territorios y en terceros países».

Si estableciéramos un *numerus clausus* societario respecto de las formas jurídicas posibles para estas empresas binacionales, resultaría que los consorcios cuya formación han estimulado los gobiernos a través del Protocolo n° 8, no son Empresas Binacionales en el sentido del Protocolo n° 5.

Y esto no es algo paradójico en términos solamente teóricos. Las implicaciones prácticas son mucho más importantes. Por el Protocolo n° 7 se creó el Fondo de Inversiones. Entre los objetivos de este Fondo está el de financiar prioritariamente emprendimientos de empresas binacionales y aún el de participar como socio minoritario de esas empresas.

La idea de ambos gobiernos no puede haber sido «sancionar» a los consorcios que ellos fomentaron con la privación del rótulo de Empresa Binacional y en consecuencia negarles el acceso prioritario al fondo de inversiones.

Por todos los motivos expuestos, llegan ambos autores a la conclusión que por razones doctrinarias, legislativas y econó-

micas, deben tener cabida los contratos de colaboración empresaria y los consorcios como eventuales formas jurídicas de las empresas binacionales.

#### IX. EL "TRATAMIENTO NACIONAL"

Una de las principales claves del Estatuto y su función de estímulo a las EB es que éstas tengan -tratamiento nacional- en ambos países, es decir, no sean objeto de discriminaciones entre empresas en razón del origen extranjero de su capital y gocen de un tratamiento igual al de las empresas de capital nacional.

Por este motivo el Estatuto establece un régimen específico que no suplanta los sistemas jurídicos nacionales, sino que equipara, en ciertos aspectos, las EB a las de capital mayoritariamente nacional, creando así un tratamiento diferenciado respecto a las inversiones provenientes de terceros países (artículo V).

Esta situación preferencial abarca los siguientes aspectos:

- 1) aportes de capital;
- 2) remisión de divisas y repatriación de capital nacional;
- 3) equiparación a las empresas de capital nacional.<sup>24</sup>

#### X. PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA ADQUIRIR EL CARÁCTER DE EB.

El Tratado prescribe un mecanismo específico para la adquisición del carácter de EB. En consecuencia, no basta con

<sup>24</sup> Esta equiparación rige, aún cuando la mayoría del capital y del control de la EB correspondan a inversores del otro país, en materia de: tributación interna, acceso al crédito interno y compras y contratos del sector público.

que en una sociedad se encuentren reunidos los requisitos configurantes de la EB ni la mera estipulación contractual de someterse al Estatuto: es necesario realizar todo el procedimiento previsto por el estatuto para adquirir el reconocimiento formal de EB.

El procedimiento previsto por el Estatuto para adquirir el carácter de EB se desarrolla en sucesivas etapas, contempladas en el art. VIII del Estatuto, al que en honor a la brevedad me remito.

#### XI. LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN.

El Estatuto establecido por el Tratado, a diferencia del Anteproyecto White, regula expresamente este tema en el artículo IX, según el cual:

— existirá una oficina en cada país que tendrá a su cargo las funciones de certificación de la constitución y funcionamiento de las EB;

— cada oficina llevará y mantendrá actualizado un registro de EB que será de consulta pública;

— la autoridad de contralor podrá dejar sin efecto la calificación de Binacional de una empresa cuando fueren comprobadas infracciones al Estatuto de EB o a la legislación del respectivo país. Dicha resolución deberá ser notificada a la autoridad de aplicación del otro país;

— en este caso, la empresa perderá el derecho a ampararse en las disposiciones del estatuto de EB.

#### XII. APOSTRFA.

La constitución de EB requerirá en general la transferencia de recursos productivos de un país al otro, en el que tendrá su sede la EB.

Con respecto a este tema existen algunas asimetrías legislativas que, según opina la consultora del INTAL Susana Czar

de Zaldueño, podrían ser superadas por decisión administrativa.<sup>15</sup>

Con respecto a los aportes tecnológicos o de bienes intangibles existe una aproximación de ambas legislaciones. Tanto en Argentina como en Brasil hay dificultades para aportar y valorar licencias y «know how».

La reinversión de utilidades puede, en los dos países, hacerse en la misma empresa que las generó o en otras, en este último caso bajo ciertas condiciones. En ambos países la reinversión debe ser efectiva y, cuando se hace en la misma empresa, provocar un aumento de capital, ya que si las sumas a reinvertir se mantienen en cuentas especiales de utilidades en suspenso, dividendos a pagar o constitución de reservas, no se consideran reinvertidas a efectos de ampliar el capital extranjero registrado. La ley argentina admite la afectación a «reservas legales» como reinversión.

El Estatuto previsto por el tratado regula esta materia en el art. IV.

El Estatuto regula expresamente los aportes de bienes de capital y equipamientos originarios de terceros países.

En el apartado 2 del artículo bajo análisis, se hace expresa referencia al Certificado Provisorio que otorgará la Autoridad de Aplicación del país de la sede de la EB.

El apartado 3, a su vez, establece que el otro país autorizará automáticamente la transferencia de los aportes individualizados en dicho certificado, otorgando en esta materia una gran seguridad jurídica, ya que los inversores saben de antemano que podrán transferir aportes sin trabas administrativas que podrían derivarse de la existencia, por ejemplo, de controles en materia cambiaria, o de prohibiciones de girar divisas al exterior del país en que residen.

<sup>15</sup> Se trata de algunas limitaciones que puede tener la ley argentina (en comparación con las normas brasileñas) con respecto a los aportes capitalizables, como, por ejemplo, respecto de moneda extranjera invertible y de aportes de insumos y materias primas.

Podrían ser superadas por decisión administrativa debido a que la propia ley faculta al organismo competente a aceptar «otras formas de aportes» que los enumerados expresamente por el texto legal.



### XIII. TRANSFERENCIA DE UTILIDADES AL EXTERNO

El Estatuto establecido por el Tratado se aparta sustancialmente en este tema, del anteproyecto White.

En primer lugar, el Estatuto exige el previo pago de los impuestos que correspondan para poder transferir libremente las utilidades.

En segundo lugar amplía los derechos otorgados a las EB a sus sucursales, filiales y subsidiarias con respecto a sus utilidades netas.

En tercer y último lugar, establece la cláusula más importante, a mi entender, ya que se regula la prohibición de aplicar restricciones a los inversores en EB, aún en caso de dificultades en los pagos externos, diferenciándose totalmente de la solución que otorgaba el anteproyecto.

Sin lugar a dudas esta cláusula otorgará una mayor seguridad a los inversores convirtiendo a esta figura (las EB) en una forma jurídica de organización de la empresa mucho más atractiva que otras que el empresario tiene a su alcance, ya que asegura la libre transferencia de las utilidades al país de origen, más allá de las circunstancias económicas y de las disposiciones jurídicas que adopte cada país.<sup>14</sup>

### XIV. EL COMITÉ DE IMPLEMENTACIÓN.

La Dra. María Haines de Ferrari Etcheberry señala que la creación del Comité Binacional permanente de Implementación y seguimiento del estatuto de EB es otro de los rasgos novedosos del tratado bajo análisis.

La regulación del Comité de Implementación es uno de los puntos en los que el Tratado más se aparta del Anteproyecto

<sup>14</sup> Esta gran ventaja sobre todo su valor por el hecho de encontrarse contemplada en un Tratado que los Estados Partes no pueden modificar unilateralmente sin comprometer su responsabilidad.

White. A mi entender el motivo de dicho apartamiento, no sólo formal, sino principalmente sustancial, radica en las distintas preocupaciones que Argentina y Brasil tenían al momento de firmar el Protocolo Nº 5 y el Tratado bajo análisis.<sup>17</sup>

Debido a las tendencias políticas de los gobiernos anteriores, en materia de integración, es que las funciones de la Comisión prevista en el Anteproyecto difieren tanto de las funciones del Comité establecido en el Tratado.

Según el Anteproyecto, la Comisión de Coordinación y Seguimiento tenía por funciones las siguientes:

- 1) evaluar el comportamiento de las EB y sus resultados para cada país en términos del impacto en las transferencias de capital, las remesas de utilidades, regalías y otros pagos vinculados con las inversiones en las mismas, así como en la balanza comercial;
- 2) analizar prioridades sectoriales y/o proyectos para la creación de EB, y recomendar su atención preferente a los organismos componentes de cada país y al Fondo de Inversiones;
- 3) recibir y evacuar consultas acerca de proyectos e iniciativas de creación de EB;
- 4) proponer medidas específicas adicionales para asegurar el mejor funcionamiento de las EB, incluyendo mecanismos de corrección de desequilibrios que puedan observarse en los resultados de las EB.<sup>18</sup>

El Tratado regula la constitución de este Comité en el art. X, señalando que estará integrado por dos representantes del

<sup>17</sup> Al momento de firmarse el Protocolo Nº 5, una de las preocupaciones de ambos países era el cuidado de los desequilibrios y asimetrías que pudieran darse respecto de la distribución de las empresas en uno y otro país, así como el impacto de las mismas en la balanza de pagos.

<sup>18</sup> En forma concordante, el Anteproyecto señalaba que ambos países se comprometían, además de establecer una Comisión de Coordinación, a:

1. establecer, para las inversiones recíprocas en las EB, un valor de referencia global anual de US\$ 100 millones;

2. establecer que la creación de EB estará en situaciones de equilibrio entre los dos países siempre que los resultados de las mismas en la balanza de pagos de cada país, incluyendo las transferencias de capital, las remesas de utilidades, regalías y

sector público de cada Estado Parte y por igual número de representantes del sector privado de cada uno de los países.

Este Comité desarrollará sus actividades en cada uno de los países, reuniéndose cada seis meses o a instancia de una de las Partes.

Tiene a su cargo impulsar y supervisar la implementación y la plena vigencia y eficacia en ambos países de medidas tendientes a facilitar la formación y funcionamiento de EB y que garanticen el pleno acceso a los beneficios otorgados por el Estatuto.

El inc. 4 del art. X establece que el Comité actuará como órgano de consulta de los Gobiernos Nacionales respecto a toda cuestión que suscite la instrumentación y la aplicación del Estatuto, *teniendo a su cargo la interpretación del contenido y alcance de sus disposiciones.*

La importancia de este organismo reside en la posibilidad de contar con un medio que promueva la unificación de criterios y contribuya a eliminar obstáculos que dificulten la eficaz asociación de capitales, sirviendo de «canal» al cual pueden recurrir los interesados ante la presencia de problemas concretos relacionados con la aplicación del Estatuto.

La Dra. Ferrari Etcheberry, que trabajó en la elaboración del Estatuto y particularmente en la idea del Comité, considera que «quizás sea éste el germen de futuros desarrollos jurisdiccionales de perfil supranacional».

---

otros pagos, y en la balanza comercial, se arrojan un desequilibrio superior al 30% del valor de referencia fijado;

3. establecer que, en el caso de observarse actualmente un desequilibrio en los resultados de las EB para uno o otro país, se utilizarán determinados mecanismos para corregir dicho desequilibrio;

4. establecer de inmediato, a través de las bancas estatales de Desarrollo, programas especiales y mecanismos permanentes de información y asistencia técnica a las empresas e inversionistas nacionales de ambos países, para favorecer la formación de EB;

5. revisar, en plazo de 6 meses a partir de la fecha, el convenio para evitar la doble imposición de fecha 17/5/1980 con vistas a establecer las condiciones más favorables para facilitar las operaciones de las EB;

6. celebrar, en el plazo de un año a partir de la fecha, un Convenio Internacional

**XV. FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DEL ESTATUTO.**

La Dra. Ferrari de Etcheberry señala que la sujeción al régimen del Estatuto no es imperativa. Por el contrario, es optativo a los inversores de ambos países adoptar el carácter de EB. En cambio, el otorgamiento de este carácter no es discrecional ni facultativo de la respectiva Autoridad de Aplicación, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Estatuto, por cuanto éste establece un régimen de automaticidad. Por otra parte, en sentido estricto, las EB constituyen sociedades nacionales, en virtud de lo cual se encuentran sometidas al orden jurídico de cada uno de los dos países. No obstante en el ámbito de aplicación del Estatuto, es su regulación la que debe prevalecer sobre normas contradictorias nacionales.

Asimismo, dentro del orden jurídico de cada uno de los dos países, las EB pueden organizarse como empresas de capital nacional o como empresas de capital extranjero.

En consecuencia, cuando se trate de empresas de capital extranjero el tratamiento preferencial del Estatuto alcanza su máxima aplicación.

El Estatuto supedita la aplicación de su régimen a la existencia y subsistencia de los requisitos económicos configurantes de las EB, a cuyo efecto exige que se exterioricen en las siguientes circunstancias:

- reglas estatutarias que individualicen la estructura del capital y que identifiquen a sus titulares;
- reglas estatutarias para la conformación y funcionamiento de los órganos de la sociedad;
- reglas estatutarias que aseguren la subsistencia de

---

en el que se establecería medidas adicionales de naturaleza legislativa para favorecer la formación de EB.

Este compromiso de celebrar, un Convenio Internacional tenía la finalidad de poder incorporar materias que no podían ser reglamentadas por el Estatuto, dado que White había optado por regular las EB por medio de un Acuerdo por vía simplificada, y no por medio de un Tratado como decidieron, definitivamente, los gobiernos de Argentina y Brasil en 1990.

- acciones, cesión de cuotas y aumento de capital social;
- régimen de distribución de dividendos:
  - al momento de extenderse el certificado provisorio;
  - al momento de efectuarse el pago de dividendos;
  - al exigirse la conformidad de la Autoridad de Aplicación del país de la sede para efectuar una transferencia de acciones o participaciones de las EB.

Por último señala la Dra. Etcheberry que, en virtud del Estatuto:

- en ambos países a las EB no se les otorgan beneficios adicionales a los conferidos a las empresas de capital mayoritariamente nacional;
- en cuanto a los bienes y servicios producidos por EB se contempla que se les otorgue tratamiento prioritario solamente en el marco de los restantes instrumentos de integración bilateral, a los efectos arancelarios y para-arancelarios;
- se autoriza la apertura de sucursales y la creación de filiales o subsidiarias a las que se les hace extensiva la aplicación de este régimen.

#### **XVI. Las EB y su inserción en el Mercosur.**

Si bien las EB tienen como principal objetivo canalizar la cooperación e integración empresarial argentino-brasileña, el Estatuto admite la participación en ellas de capitales de terceros países.

Es por este motivo que las EB podrían llegar a constituirse en un primer instrumento jurídico apto para la integración «precaria» de empresas de los países que conforman el Mercosur. Posteriormente debería dictarse un Estatuto que regule un nuevo tipo de «Empresa» que contemple las diferentes variables de asociación y de cooperación que pueden darse entre las empresas de los países integrantes del mencionado mercado común, ya que la EB fue diseñada dentro del proceso de integración binacional argentino-brasileño, sin tener en cuenta

este segundo proyecto sudamericano de desarrollar un mercado común cuatripartito. Esta nueva realidad «desborda» el espectro de actuación de la EB tenido en cuenta por el legislador.

Sin perjuicio de considerar a la EB como un primer paso en la integración de las empresas de los dos socios más grandes de este nuevo proceso, que pueda inspirar la creación posterior de nuevos instrumentos jurídicos que posibiliten la integración cuatripartita del empresariado regional, considero necesario hacerme eco de la opinión de un destacado consultor uruguayo quien ha criticado reiteradamente la existencia del Estatuto de EB dentro del nuevo marco del Mercosur.

Ha señalado el mencionado consultor que «un hecho que para mí es totalmente anómalo en el campo de la integración, es que ese tratado bilateral de 1988 cohabita con el tratado del Mercosur. Quiere decir que estamos viendo implementar simultáneamente... un tratado cuatripartito y uno bipartito que tienen las mismas finalidades, pero que constituyen formas jurídicas separadas y mecanismos de implementación totalmente independientes... Parece que los cuatro países se olvidaron de que hay mecanismos que es necesario definir en su aplicación, que por ejemplo, en el mercado común argentino-brasileño hay un fondo de inversiones que opera con ciertos beneficios para quienes accedan a él, ... y de que hay un régimen o estatuto completo de empresas binacionales que gozarán de una serie de beneficios específicos para el establecimiento de las joint-ventures en el espacio bilateral. Y uno se pregunta: ¿es admisible que una empresa binacional argentina-brasileña sea exclusivamente el único mecanismo posible? ¿Cómo hace Uruguay para lograr que en ese espacio económico pueda operar una empresa con residencia en Uruguay y con capitales tripartitos, por ejemplo?»<sup>12</sup>

Asimismo expresa en su obra<sup>13</sup> que «... debe analizarse el funcionamiento de este régimen bilateral en el Mercosur. Difícilmen-

<sup>12</sup> Conferencia pronunciada durante el ciclo de conferencias realizado en la Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Montevideo 1991.

<sup>13</sup> Magariños, Gustavo: «Uruguay en el Mercosur». Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1991. Págs. 38/39.

te el mercado común cuatripartito admita la existencia de un régimen exclusivo a empresas de dos de sus países miembros. La conciliación de este estatuto con el funcionamiento del mercado común, o su transformación para convertirlo en un instrumento cuatripartito, se impondrá al finalizar el período de transición del Mercosur.

### Bibliografía

- Aguiar, Ana María M. de, *Avances hacia la formación de Empresas Binacionales entre el Brasil y la Argentina*. La Información, Tomo LVI-1189.
- Aguiar, Ana María M. de y Zalduendo, Susana C. de, *Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina*. RDCO 113/138. Pág. 1.
- Baldinelli, Emilio, *El proyectado mercado común argentino-brasileño*. BID-INTAL. Fundación Banco de Boston. 1990.
- Baptista, Luis Olivero, *Empresas Binacionales: Brasil-Argentina*. Revista del Derecho Industrial Nº 38. Depalma 1991.
- Boggiano, Antonio, *Sociedades y Grupos Multinacionales*. Depalma 1982.
- Di Giovan, Elena, *Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales*. Abelardo Perrot. Buenos Aires, 1993.
- Etcheberry, Raúl Anibal, *Nuevo estatuto empresarial en la integración con Brasil*. La Información Tomo LV 361.
- Etcheberry, Raúl Anibal, *Empresas Binacionales Argentina-Brasilianas: Un nuevo instrumento de integración*. Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones. Tomo 1991. Pág. 165/174.
- Ferrari Etcheberry, María Helena, *Consideraciones acerca del régimen de empresas binacionales argentino-brasileñas*. BID-INTAL. Fundación Banco de Boston 1990.
- Hirt, Mónica, *El programa de integración Argentina-Brasil: concepción original y etapas recientes*. BID-INTAL. Fundación Banco de Boston 1990.
- Lucero, Luis y Gallano, Hugo, *Empresas binacionales argentino-brasileñas*. Trabajo presentado en la XXVI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. Bs.As. 9 al 15 de mayo, 1987.
- Magariños, Gustavo, *Uruguay en el Mercosur*. Págs. 37-46. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 1991.
- Magariños, Gustavo, *Contenido de los Tratados de Asociación (Integración final y proceso)*. Expositión en el ciclo de conferencias realizado en la Facultad de Ciencias Económicas y Administración, Montevideo 1991, en *Mercosur. Clases de una integración*. Tomo I, págs. 36/41, Ed. Fin de Siglo, Uruguay XXI, Montevideo, 1991.
- White, Eduardo, *Estatuto de empresas binacionales. Proyecto de Texto y comentarios*. BID-INTAL, Publicación 264.
- Zalduendo, Susana Ciar de, *Año 2: Análisis comparativo de las normas legales de Argentina y Brasil que inciden sobre la creación y funcionamiento de las Empresas Binacionales*. BID-INTAL. Publicación 264.2.
- Zalduendo, Susana Ciar de, *El Estatuto de Empresas Binacionales Argentina-Brasilianas*. Revista del Derecho Industrial, Nº 38. Depalma, 1991.