

Empresas binacionales: el Estatuto Argentino-Brasileño

Susana Czar de Zalduendo*

Resumen

La reciente entrada en vigencia del Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas ha puesto de manifiesto la valorización que hacen los gobiernos y los empresarios de un instrumento que aparece como inherente al proceso integrativo: las empresas binacionales.

En este trabajo se analiza cómo, desde el inicio del programa argentino-brasileño de integración, se propuso estimular la formación de este tipo de empresas. Se describe la historia del estatuto, incluyendo los cuestionamientos constitucionales que hubo en Brasil, luego superados.

El estudio del contenido del estatuto revela la naturaleza del régimen creado, que consiste en otorgar un tratamiento especial a aquellas empresas que cumplan con ciertos requisitos: estructura de capital que responda a la idea de pertenencia binacional; observancia de condiciones de constitución, sede y denominación vinculadas a previsiones de las legislaciones nacionales y del propio estatuto binacional, y sujeción a un procedimiento de registros predeterminado. Las ventajas que reciben estas empresas están relacionadas con la transferencia de recursos capitalizables, con el derecho a giro y con el "trato nacional" en áreas de interés empresarial.

Por último, se hacen algunas reflexiones sobre la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación del régimen a los demás países del MERCOSUR.

Introducción

Desde la perspectiva de los procesos de integración económica, la creación de empresas binacionales o multinacionales fue un fenómeno considerado siempre como inherente al proyecto integrativo. En América Latina se han acumulado, desde hace varias décadas, declaraciones, estudios, proyectos y estatutos jurídicos orientados a promover ese tipo de empresas.

El interés por la formación de empresas binacionales y multinacionales latinoamericanas se manifestó tanto en el más alto nivel político,¹ como en declaraciones de asociaciones empresariales regionales y otras organizaciones del sector privado. Dos percepciones esenciales han sido las impulsoras de ese interés. Por una parte, el *redimensionamiento del mercado* que implica la integración entre dos o más países, obliga a las empresas existentes a buscar los medios más adecuados para actuar en el mercado ampliado, y promueve la constitución de nuevas estructuras empresariales destinadas a encarar proyectos de envergadura que generará el propio proceso de integración. Por otra parte, la idea de *parte-*

¹ Cfr. el punto 4.h del Programa de Acción adjunto a la Declaración de Punta del Este de Jefes de Estado Americanos (1967), y el Plan de Acción (punto II.2.d.ii) que acompaña la Declaración de Quito de los Jefes de Estado o de Gobierno de América Latina y del Caribe (1984), casi 20 años después. N. del Ed.: Véase el texto de este último documento en *Integración Latinoamericana*, N° 87, enero-febrero de 1984, págs. 72-77.

* Abogada argentina, especialista en Asesoría jurídica de empresas; subdirectora de la *Revista del Derecho Industrial*.

nencia regional que involucra la asociación de empresas de los países miembros de un esquema de integración parece funcional para el desarrollo de los objetivos comunes establecidos al tomarse la decisión política de integrar dos o más economías nacionales.

En este contexto, la creación de empresas binacionales o multinacionales no está necesariamente atada a la existencia de una reglamentación especial, y existen, desde el punto de vista técnico, diversas alternativas posibles para concretarlas. En la literatura jurídica latinoamericana se ha destacado la importancia de aplicar suficiente flexibilidad en este tema, porque una formulación rígida puede ser poco efectiva para los interesados en este tipo de empresas.² De hecho, numerosas asociaciones de empresas de la región se han podido realizar recurriendo a los instrumentos jurídicos de los distintos ordenamientos nacionales.

Sin embargo, un problema diferente se presenta cuando dos o más países quieren otorgar un tratamiento preferencial a las asociaciones de empresas que reúnan ciertos requisitos. Entonces es el momento de los estatutos especiales, y ellos están, generalmente, vinculados a los esquemas formales de integración. En la experiencia latinoamericana este ha sido el caso de las *empresas multinacionales andinas*, de las *empresas CARICOM* y ahora, de las *binacionales argentino-brasileñas*.

Sobre estas últimas empresas está centrado el presente trabajo. Describiremos, en primer lugar, el marco jurídico internacional en el que se inserta el tratado sobre el estatuto de empresas binacionales; analizaremos luego el contenido de éste y plantearémos brevemente la situación del estatuto frente a su posible extensión a los países integrantes del MERCOSUR.

1. La integración argentino-brasileña y las empresas binacionales

Al promediar la década de 1980, y con la instalación y consolidación de gobiernos constitucionales en

² Véase, al respecto, INTAL, "El tema de la empresa multinacional en una perspectiva latinoamericana", en *Derecho de la Integración*, N° 14, Buenos Aires, 1972, pág. 131, y ALALC, *Empresas multinacionales latinoamericanas*, doc. ALALC/SEC/PA/19, Montevideo, 1973, pág. 8 y ss.

Argentina y Brasil, fue iniciado el Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE) entre ambos países, del cual no podía estar ajeno el tema de la empresa binacional. En efecto, el Protocolo 5 del PICE, firmado el 29 de julio de 1986, previó la integración de un grupo de trabajo para preparar un proyecto de estatuto de empresas binacionales, que creara condiciones favorables para su constitución y contemplara la voluntad de asociación de personas jurídicas de capital nacional de ambos países.

El Protocolo 5 fue suscripto por los presidentes Alfonsín y Sarney juntamente con el Acta para la Integración Argentino-Brasileña y otros 11 protocolos.³

Es interesante transcribir la parte resolutive del Protocolo 5 ya que ella marca las pautas a las que se debió adecuar el estatuto aprobado después.

"...DECIDEN:

"1. Crear condiciones favorables para la constitución de empresas binacionales.

"2. Establecer a tal efecto en el marco de la Comisión de Ejecución del Programa, un grupo de trabajo para elaborar el proyecto de Estatuto de Empresas Binacionales que contemple la voluntad de asociación de *personas jurídicas de capital nacional de los dos países* (la bastardilla es nuestra).

"3. Dicho grupo de trabajo deberá constituirse antes del 30 de septiembre de 1986 y presentar el informe a la Comisión antes del 30 de noviembre del corriente año."

Consideramos importante destacar que, desde el inicio, la voluntad fue reconocer el carácter de empresas binacionales a las asociaciones en las cuales los participantes reunieron dos condiciones: 1) que fueran entes con personalidad jurídica, y 2) que fueran de capital nacional.

³ Los 12 protocolos iniciales, es decir los firmados en Buenos Aires en julio de 1986, abarcaban las siguientes materias: n° 1 bienes de capital; n° 2 trigo; n° 3 complementación de abastecimiento alimentario; n° 4 expansión del comercio; n° 5 empresas binacionales; n° 6 asuntos financieros; n° 7 Fondo de Inversiones; n° 8 energía; n° 9 biotecnología; n° 10 estudios económicos; n° 11 información y asistencia recíproca ante acciones nucleares y emergencias radiológicas; n° 12 cooperación aeronáutica. N. del Ed.: Véase el texto de varios de estos documentos en *Integración Latinoamericana*, N° 122, abril de 1987, págs. 73-90.

A pedido de la Secretaría de Industria y Comercio Exterior de Argentina, INTAL preparó un anteproyecto de estatuto.⁴

En la presentación del anteproyecto, se destacó que la función del estatuto debía ser la de constituirse en el principal instrumento canalizador de la cooperación empresarial entre ambos países; que para ello se debía diseñar un tratamiento diferencial, siempre que las empresas cumplieran requisitos demostrativos de propiedad y dirección compartida por los inversores argentinos y brasileños, y que hubiera equilibrio entre las participaciones de ellos.⁵

Después de presentado el anteproyecto patrocinado por el INTAL, los negociadores oficiales adoptaron, el 10 de diciembre de 1986, en Brasilia, el primer anexo al Protocolo 5 que, evidentemente, reflejó la estructura de aquel anteproyecto en cuanto a los aspectos a ser incluidos en el estatuto.

El punto 2 de ese Anexo 1 expresa:

"Instruir a la Comisión para que defina, entre otros, los siguientes aspectos:

"a) Caracterización de empresa binacional.

"b) Áreas de actividad.

"c) Formas jurídicas.

"d) Aportes de capital.

"e) Tratamiento fiscal, crediticio, de promoción, etcétera.

"f) Transferencia de fondos.

"g) Recursos humanos.

"h) Procedimientos para la constitución, presentación, aprobación y operación de las empresas binacionales."

⁴ Le fue solicitado al consultor Eduardo White. Trabajó con él Luiz Olavo Baptista, profesor de la Universidad de San Pablo, Brasil, y colaboró la autora del presente trabajo comparando las normas legales de Argentina y Brasil que incidirían en la creación y funcionamiento de las empresas binacionales.

⁵ White, Eduardo, **Estatuto de empresas binacionales: propuesta de texto y comentario**, BID-INTAL, public. 264, Buenos Aires, 1986, pág. 2 La intención fue que el estatuto se transformara en el principal instrumento para la cooperación empresarial binacional, pero quedaba claro que no era el único mecanismo viable para la asociación de empresas de los dos países.

En cuanto a la forma jurídica del instrumento internacional, la propuesta de INTAL fue la de adoptar, como punto de partida, un "acuerdo por vía simplificada" para dar inmediatez a los compromisos recíprocos, lo que parecía factible en la medida que el estatuto no contuviera disposiciones que implicaran modificar leyes de los dos países. Proponían la celebración en un plazo breve, de un convenio internacional "en completa y debida forma", en el cual se adoptarían medidas adicionales de naturaleza legislativa. Este aspecto fue objetado por varios expertos porque estimaron que, a pesar de haberse desarrollado hasta ese momento el programa de integración por medio de acuerdos ejecutivos, sería imprescindible celebrar tratados y obtener ratificación parlamentaria para dotar de mayor seguridad jurídica a todo el proceso. La historia confirmó esta tesis: el PICE desembocó en el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988, y el estatuto, después de cuatro años de negociaciones y con la aprobación, en medio de ese lapso, de una nueva Constitución Política brasileña en 1988, fue aprobado por tratado el 6 de julio de 1990.

2. El tratado de empresas binacionales

Por un instrumento formal de derecho internacional (un tratado celebrado entre dos Estados independientes) fue establecido el régimen, sobre empresas binacionales argentino-brasileñas. Como se ha señalado acertadamente,⁶ ese tratado se inserta en un marco fundacional (el "Acta de Iguazú" de 1985), un marco jurídico general (el "Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo" de 1988), y un marco jurídico propio (el Protocolo 5 y sus anexos).

Según estos instrumentos, los objetivos del estatuto de empresas binacionales son:

— crear condiciones favorables para la constitución de empresas binacionales;

— facilitar el flujo de capitales privados bajo efectivo control nacional, y

— favorecer las formas asociativas entre empresas públicas o privadas de los dos países.

⁶ Haines de Ferrari Etcheberry, Marta, **Consideraciones acerca del régimen de empresas binacionales argentino-brasileñas**, BID-INTAL-Banco de Boston, Buenos Aires, 1990.

La República Argentina ratificó el tratado en mayo de 1991 (Ley 23.935, publicada en el Boletín Oficial del 22 de mayo de 1991), y la República Federativa del Brasil lo hizo en mayo de 1992 (Decreto Legislativo 26/92, publicado en el Diario Oficial de la Unión del 28 de mayo de 1992). El intercambio de los documentos de ratificación tuvo lugar el 24 de junio de 1992, en ocasión de la reunión de presidentes del MERCOSUR y otros países de la región en Las Leñas, Argentina. Con ese acto (según lo dispone el artículo XI del propio tratado) ha entrado en vigencia el régimen.*

Corresponde dedicar unas líneas para referirnos a los motivos de la demora brasileña en ratificar el tratado. Hubo cuestionamientos de inconstitucionalidad del acuerdo, fundados en las siguientes bases.

1. La Constitución de 1988 define a la *empresa brasileña de capital nacional* (en su artículo 171, II) como aquella cuyo control está permanentemente bajo la titularidad, directa o indirecta, de personas físicas residentes en Brasil.

2. En el segundo párrafo de ese artículo 171 constitucional se establece que en la adquisición de bienes y servicios, el Estado dará preferencia, en los términos de la ley, a las empresas brasileñas de capital nacional.

3. El tratado de binacionales, con relación al tratamiento especial a acordar a esas empresas, incluye el acceso a compras y contratos del sector público en igualdad que las nacionales (artículo V, 1, d).

4. Ese tratamiento preferencial del artículo V asegura el trato nacional en el país donde actúe la binacional "aun cuando la mayoría del capital social pertenezca a inversores del otro país".

Así planteado el problema parecía que, realmente, un tratado contrariaba provisiones constitucionales muy precisas. El debate quedó planteado.

Uno de los que defendieron la constitucionalidad del tratado fue Luiz Olavo Baptista⁷ que había trabajado con Eduardo White en el anteproyecto que presentó

el INTAL. Trataremos de sintetizar sus argumentaciones.

Sostiene, en primer lugar, que uno de los principios fundamentales de la Constitución de 1988 (artículo 4) expresa que Brasil "buscará la integración económica, política, social y cultural con los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones". Como la empresa binacional es un instrumento para lograr la integración, debe prevalecer una interpretación que abarque todo el texto constitucional, y no artículos aislados. La preferencia del artículo 171, segundo párrafo para las empresas brasileñas de capital nacional no puede haber sido establecida de modo que dificulte la integración. En segundo lugar, el artículo 171, segundo párrafo, que fija la primacía para el caso de compras estatales, incluye la expresión "en los términos de la ley"; por tanto, se puede afirmar que el tratado que establece un régimen empresarial de excepción para ciertas empresas constituye la ley necesaria para cumplir con el precepto constitucional. Por último, el tratado no da a las empresas binacionales un trato más favorable que a las nacionales (lo que sí hubiera sido inconstitucional), sino que les permite —previo cumplimiento de ciertos requisitos, y por considerarlas aptas para concretar objetivos de integración— gozar de iguales derechos que las nacionales, en ciertos campos.⁸

3. El régimen de empresas binacionales

Antes de analizar las características de este régimen, según el contenido del estatuto, conviene hacer referencia a la naturaleza de las empresas binacionales. Ellas no serán, desde el punto de vista jurídico y de acuerdo con el estatuto, personas de derecho internacional, porque aunque el régimen a aplicárseles nace de un instrumento internacional, las empresas argentino-brasileñas se constituirán según la legislación de alguno de los dos países. Hay en América Latina, y en Europa también, algunas empresas cons-

* N. del Ed.: Véase el texto del Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas en *Integración Latinoamericana*, N° 159, agosto de 1990, págs. 72-74.

⁷ Véase Baptista, Luiz Olavo, "Empresas binacionales: Brasil-Argentina", en *Revista del Derecho Industrial*, vol. 13, n° 38, Buenos Aires, mayo-agosto de 1991, pág. 360 y ss.

⁸ El jurista brasileño agrega otras argumentaciones, entre ellas una respecto de la empresa binacional Itaipú (brasileño-paraguaya) que goza de un trato especial, aun cuando otros artículos de la Constitución de 1988 reservan al Estado o a empresas brasileñas de capital nacional la explotación de los potenciales de energía hidráulica (artículos 21 y 176 constitucionales). Sostiene que "no por ello se va a decir que el tratado que creó Itaipú es inconstitucional o que fue revocado por la Constitución", ob. cit., pág. 363.

tituidas por convenio internacional como, por ejemplo, la Corporación Andina de Fomento, el Ente Binacional Yacyretá y la Entidad Binacional Itaipú.⁹ No es ese el caso de las binacionales argentino-brasileñas.

Tampoco configuran un nuevo tipo societario porque el estatuto no establece una nueva estructura de derecho interno; lo que hace es agregar a las estructuras existentes en los dos países, determinadas exigencias para otorgarles un tratamiento más favorable.¹⁰

Entre las diversas alternativas posibles, los negociadores eligieron —y en esto optaron por la propuesta del anteproyecto del INTAL— estructurar un régimen jurídico especial, vigente en ambos países, que estipula condiciones para la caracterización de la empresa binacional, reunidas las cuales —y mediando un trámite de registros— se hace aplicable el tratamiento preferencial que el régimen prevé. Sin "tocar" ni modificar el derecho de sociedades, pero "levantando" para estas empresas algunas barreras que la legislación económica de los dos países tiene en materia de transferencias de fondos, movimientos de recursos productivos y de personal, acceso a beneficios y al crédito, etcétera. Veamos la normativa del estatuto sobre binacionales argentino-brasileñas.

3.1. Elementos para la caracterización de las empresas binacionales

a) Propiedad conjunta

Es el factor determinante para acordar el trato especial, porque "podrán crearse entre los dos países empresas binacionales con distintas estructuras y

⁹ Una descripción de empresas nacidas de instrumentos internacionales se puede ver en M. de Aguinis, Ana María, y Czar de Zalduendo, Susana, "Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 135, Buenos Aires, enero-junio de 1990, pág. 18 y ss.

¹⁰ Conuerdan en esto Marta H. de Ferrari Etcheberry, ob. cit., pág. 8; Ana María M. de Aguinis, "Avances hacia la formación de empresas binacionales entre Brasil y Argentina", en *La Información*, N° 696, Buenos Aires, diciembre de 1987, y Raúl Aníbal Etcheberry, "Empresas binacionales argentino-brasileñas: un nuevo instrumento de integración", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 136/138, Buenos Aires, julio-diciembre de 1990, pág. 564.

participaciones de capital, pero sólo aquellas que tengan la estructura estipulada en el estatuto, podrán gozar de las ventajas especiales".¹¹

La propiedad compartida es un requisito habitual en los distintos regímenes de promoción de empresas multinacionales, que a veces se refleja en la exigencia de porcentajes preestablecidos de participación mínima para inversores de los países miembros (como en el régimen de las EMA —empresas multinacionales andinas— y en el que estamos analizando), y otras veces es objeto de una formulación más ambigua relacionada con que los nacionales de los Estados miembros detentan la propiedad y ejerzan el control, así es en el régimen de empresas CARICOM del Caribe, y hay algo semejante en el convenio de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá.¹²

El estatuto argentino-brasileño¹³ exige que, simultáneamente, se cumplan las siguientes condiciones:

— que por lo menos el 80 por ciento del capital social y de los votos pertenezca a inversores nacionales de Argentina y de Brasil;

— que se asegure a esos inversores el control real y efectivo de la empresa;

— que por lo menos la participación de inversores de cada uno de los dos países sea del 30 por ciento del capital (para evitar participaciones "simbólicas"), y

— que el conjunto de los inversores nacionales de cada uno de los dos países tenga derecho a elegir, como mínimo, un miembro de los órganos de administración y del órgano de fiscalización interna de la empresa.

De lo cual se deduce que sólo el 20 por ciento del capital puede pertenecer a inversores de terceros

¹¹ White, Eduardo, ob. cit., pág. 9.

¹² En realidad, el acuerdo Estados Unidos-Canadá no incluye un régimen de empresas binacionales, pero como en muchos procesos de integración se prevén normas para facilitar la circulación de capitales y la inversión extranjera directa al interior del esquema. En este caso se asegura el "trato nacional" para las empresas de un país en el otro, exigiendo que ellas "no estén controladas de facto o de jure por inversores de terceros países" (Free Trade Agreement de 1988, artículo 1611).

¹³ El análisis que sigue se basa en un trabajo nuestro anterior. Véase Czar de Zalduendo, Susana, "El estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas", en *Revista del Derecho Industrial*, vol. 13, n° 38, Buenos Aires, mayo-agosto de 1991, pág. 334 y ss.

países, y que la tenencia de los inversores de cada uno de ambos países no puede bajar del 30 por ciento. Las combinaciones pueden ser múltiples siempre que se respete estos extremos.

Para poder aplicar estos requisitos, era obvio que el estatuto debía definir el concepto de inversor nacional (artículo I, 3 y 4). Se considera como tales a:

1. las personas físicas *domiciliadas* en cualquiera de los dos países (independientemente de su nacionalidad);

2. las personas jurídicas de derecho público de cualquiera de los dos países;

3. las personas jurídicas de derecho privado de cualquiera de los dos países en las cuales las personas indicadas en 1 y 2 tengan la mayoría del capital social y de los votos, así como el efectivo control administrativo y tecnológico. El estatuto aclara todavía (dada la posibilidad de interposición de sociedades) que esas personas jurídicas de derecho privado serán inversores nacionales del país al cual pertenecen sus controladores, a efectos de conformar el mínimo de 30 por ciento que debe tener cada país. Esto significa que, en última instancia, el domicilio de las personas físicas que controlan a las empresas, que se asocian es el factor determinante para la calificación de inversor nacional.

Como se puede apreciar, el criterio de calificación utilizado ha sido el del domicilio y no el de la nacionalidad. Inversores argentinos residentes en Brasil serán considerados socios nacionales de ese país, y viceversa.

b) Exigencias formales

A los requisitos de índole económica se agregan otros de naturaleza jurídico-formal.

Así, se exige (artículo III, 1 y 3) que las empresas binacionales se *constituyan* y tengan su *sede* en Argentina o en Brasil, pudiendo abrir sucursales o constituir filiales en el otro país; que adicionen a su razón social las siglas EBAB (empresa binacional argentino-brasileña) o EBBA (empresa binacional brasileño-argentina), y que revistan "una de las formas jurídicas admitidas por la legislación del país elegido para la sede". Si se opta por la figura de la sociedad anónima, las acciones serán, obligatoriamente, nominativas no transferibles por endoso.

El tema de las "formas jurídicas admitidas" ha dado

lugar a interpretaciones diversas, y todavía no hay una pacíficamente aceptada. Hay quienes sostienen que la expresión no se refiere sólo a los tipos societarios legislados en cada país, sino a una amplia gama de estructuras asociativas, aun las de carácter transitorio y sin personalidad jurídica.¹⁴ Esta corriente no descarta que el estatuto de empresa binacional se aplique a las uniones transitorias de empresas (UTE) argentinas o a los consorcios brasileños.

El estatuto, sin embargo, incluye referencias a la "integración del capital social" (artículo IV, 4), al "contrato social" y al "estatuto social" (artículo VIII). La voluntad de los negociadores, principalmente la de los brasileños, parece haber sido la de excluir asociaciones contractuales sin personalidad jurídica.¹⁵

c) El objeto de la empresa binacional

Las empresas binacionales pueden tener por objeto cualquier actividad económica permitida por las leyes del país de su sede, *salvo las limitaciones establecidas por normas constitucionales* (artículo II). La salvedad tuvo que ser incluida a la luz de las disposiciones de la Constitución brasileña de 1988. Hay normas constitucionales que reservan ciertos sectores para los nacionales y para las empresas brasileñas de capital nacional, entre ellos, la explotación minera y el aprovechamiento de la energía hidráulica (artículo 176); la navegación de cabotaje (artículo 178); la asistencia de la salud (artículo 199), y las empresas periodísticas y de radiodifusión (artículo 222).

Del lado argentino no hay restricciones sectoriales constitucionales. Tampoco subsisten algunas limitaciones legales que alguna vez rigieron por las leyes de inversión extranjera, las cuales —de todos modos— no hubieran sido aplicadas a las empresas

¹⁴ Etcheverry, Raúl A., *La noción de empresa confrontada con el estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas*, trabajo presentado en el Coloquio Italo-Argentino sobre Derecho de la Empresa y el Sistema Jurídico Latinoamericano, Buenos Aires, mimeo, 1990.

¹⁵ Así lo expresa Marta H. de Ferrari Etcheberry, ob. cit., pág. 12. Luiz Olavo Baptista concuerda con esta posición y afirma que el consorcio brasileño, que no tiene personalidad jurídica, no encuadraría en el modelo del tratado, porque no es una empresa sino un contrato entre empresas que conservan su libertad y autonomía, ob. cit., pág. 357.

binacionales porque el estatuto admite que se dediquen a cualquier actividad económica, excepto las excluidas por disposición *constitucional*.

d) Recursos productivos aportables

El estatuto permite que se aporte a las empresas binacionales todo recurso admitido por la legislación del país donde instalan su sede, pero especifica algunos y establece ciertas condiciones (artículo IV). Se pueden realizar:

1. aportes en moneda local del país de origen de las inversiones y aportes en moneda de libre convertibilidad;

2. aportes en bienes de capital y equipamientos de origen argentino o brasileño que, amparados por los acuerdos bilaterales concluidos en el ámbito de la ALADI, serán ingresados exentos de restricciones arancelarias o paraarancelarias, según la legislación aplicable, y sin cobertura cambiaria en el país receptor (es decir, eximiéndolos de ingresar la contrapartida en divisas al país de origen);

3. aportes de bienes de capital y equipamientos originarios de terceros países, que tendrán igual tratamiento que el del punto anterior, siempre que hayan sido internados en Brasil o en Argentina antes de la suscripción del tratado (antes del 6 de julio de 1990) y se capitalicen en la empresa binacional durante los dos primeros años de vigencia del estatuto.

Es decir que para que los bienes de capital y equipos aportados a una binacional no estén sujetos a aranceles ni restricciones aduaneras, deben ser *originarios* de Brasil o de Argentina. Si proceden de terceros países, sólo tendrán tratamiento arancelario preferencial cuando cumplan los plazos mencionados. Ahora bien, para determinar en qué medida una determinada máquina o equipo están amparados por los acuerdos bilaterales pertinentes, se deberá recurrir a los instrumentos respectivos, y en particular al Acuerdo de Complementación 14 (ACE 14), suscripto a fines de 1990 por Argentina y Brasil.

Cabe recordar que considerando las normas vigentes en Brasil sobre el registro de inversiones extranjeras y de reinversiones, los inversores argentinos de una binacional constituida en Brasil pueden sufrir eventuales perjuicios si la estabilidad del peso no se mantuviera. Esto es así porque las inversiones en bienes se registran en la moneda del domicilio del inversor, y las reinversiones en la moneda del país al

cual se hubieran remitido las utilidades reinvertidas.¹⁶ En Argentina, las inversiones se registran en la moneda de libre convertibilidad que elige el inversor, de modo que los socios brasileños de una binacional constituida en Argentina pueden registrar sus aportes en moneda fuerte, sin quedar desprotegidos frente a eventuales pérdidas de valor del cruzeiro.

3.2. Tratamiento especial para las empresas binacionales

Los artículos V, VI y VII del estatuto establecen las ventajas y los beneficios para las empresas binacionales.

a) Trato nacional

La empresa binacional tendrá en el país de su actuación el mismo tratamiento que se les da a las empresas de capital nacional en ese país (aunque la mayoría de su capital pertenezca a inversores del otro), en cuatro materias que el estatuto señala:

- tributación interna;
- acceso al crédito interno,
- acceso a incentivos de promoción industrial;
- acceso a compras y contratos del sector público.

Este trato especial se extiende a las sucursales y filiales de la empresa binacional.

Es este el núcleo central del estatuto, porque los empresarios estarán dispuestos a observar los requisitos económicos y jurídico-formales que configuran una binacional, si con ello obtienen las ventajas previstas.

Los cuatro campos de la legislación económica elegidos por el estatuto son los más sensibles para la

¹⁶ El tema había sido considerado por Eduardo White y Luiz Olavo Baptista en 1986, quienes plantearon la conveniencia de establecer mecanismos especiales de indexación permitiendo así la recuperación del capital y de las utilidades.

operación de las empresas, y revisten mayor importancia para las que se constituyan en Brasil, ya que allí rigen algunas restricciones para acceder al crédito interno y para las compras estatales, como fue mencionado anteriormente. En Argentina, las disposiciones económicas son, en general, más flexibles y no discriminan a empresas de capital mayoritario extranjero.

b) Derechos de giro de los inversores

El compromiso de permitir la libre transferencia de utilidades, previo pago de los impuestos que correspondan, constituye un importante beneficio para los inversores en empresas binacionales y sus sucursales y filiales. Esa ventaja se aplicará aunque haya dificultades en los pagos externos de alguno de los países. Se deben cumplimentar siempre dos condiciones: 1) que las utilidades sean giradas al país de origen de la inversión, y 2) que la distribución se haga proporcionalmente a la participación obligatoria de los inversores argentinos y brasileños.

En cuanto al pago de los impuestos que correspondan, se estima que permanece la tributación suplementaria que Brasil aplica a las utilidades que excedan, en promedio trianual, del 12 por ciento del capital y las reinversiones registradas. Las tasas del impuesto suplementario son elevadas y van del 40 al 60 por ciento según el exceso. En Argentina existía también un impuesto especial al giro de utilidades en exceso, pero fue eliminado a partir de 1990.

Respecto de la repatriación de los capitales extranjeros, también se permite su libre transferibilidad, pero en este caso observando las regulaciones de cada país. Cabe recordar que según la ley argentina, el capital externo sólo puede ser repatriado después de 3 años de su ingreso.

c) Movimientos de personal

Con el objeto de facilitar las transferencias del personal empleado en las binacionales, el estatuto prevé: 1) agilizar la obtención de permisos temporales y definitivos de residencia, y 2) reconocer recíprocamente los títulos profesionales. Este compromiso de los gobiernos deberá ser objeto de reglamentación especial.

3.3. Procedimiento para la formación de empresas binacionales

Independientemente del trámite de constitución y registro como sociedad en el país de la sede, la binacional debe cumplir el procedimiento establecido en el estatuto (artículo VIII) para operar con ese carácter (el de binacional). Las etapas de esa formalidad son las siguientes:

1. Presentar, a la autoridad de aplicación local del régimen, un *acuerdo* suscrito entre los asociados especificando: objeto, plan de actividades, identificación de los socios, estructura del capital, aportes y su valuación, distribución de los cargos ejecutivos, reglas para la distribución de utilidades, reglas para ejercer el derecho de preferencia en los casos de venta de acciones y de nuevas emisiones, reglas para la liquidación de la empresa, y reglas para la solución de conflictos *con elección del foro*.¹⁷

2. Si la presentación satisface los requerimientos del estatuto, la autoridad de aplicación emite el *certificado provisorio*, donde consta el monto del capital, la naturaleza de los aportes, y los porcentajes de cada inversor. Se debe señalar que la emisión del certificado no se somete a evaluación de la autoridad de aplicación, sino que ésta *debe* otorgar el certificado si se cumplen los recaudos del estatuto, es decir que el trámite es automático.

3. Presentado el certificado provisorio ante la autoridad de aplicación del otro país, es autorizada la transferencia de los aportes individualizados en el certificado. Por cierto que otras presentaciones ante autoridades cambiarias y aduaneras no se podrán evitar, especialmente en el caso del equipamiento cuya salida no configura una exportación común.

4. Constituida la sociedad en el país de su sede, e integrado el capital, se acude nuevamente a la autoridad del país donde se radica la empresa para solicitar el *certificado definitivo*, demostrando: inscripción de la sociedad, copia del contrato social y estatuto, declaración jurada de los directivos sobre la adecuación de los porcentajes de participaciones a

¹⁷ La norma "abierto" de prórroga de jurisdicción aparece con tal amplitud que se podría interpretar como que, además de poder elegir foro argentino o brasileño, se podría optar por el de terceros países. Por otra parte, la referencia a la elección del foro ¿excluye la jurisdicción arbitral y la posibilidad de pactar cláusula de arbitraje? Son interrogantes que se irán dilucidando con la aplicación del régimen.

lo requerido por el estatuto de empresas binacionales.

5. Emisión del certificado definitivo y comunicación a la autoridad de aplicación del otro país.

Toda transferencia posterior de acciones o participaciones requiere ser aprobada por la autoridad de aplicación del país de la sede de la empresa, con el objeto de que no sean alterados los porcentajes mínimos que el régimen exige para inversores argentinos y brasileños, y que no se desvirtúe la caracterización de binacional.

Autoridad de aplicación

El artículo IX del estatuto fija las funciones de la autoridad de aplicación en cada país: certificación de la constitución y el funcionamiento de las empresas binacionales, registro de las binacionales (en los dos países, por eso el requisito sobre comunicación recíproca de la emisión de certificados definitivos), y facultades sancionatorias.

La sanción que pueden imponer las autoridades de aplicación consiste en dejar sin efecto la calificación de binacional si se comprueban infracciones al estatuto o la legislación del país de la sede. La decisión debe ser comunicada a la autoridad de aplicación del otro país, y la consecuencia es la pérdida, desde el momento de la infracción, de los beneficios emergentes de la calidad de binacional. El estatuto no desarrolla acerca de los procedimientos que garanticen el derecho de defensa ante la imputación de infracciones, y parece evidente que alguna reglamentación deberá considerar mecanismos a este respecto.

¿Qué organismos ejercerán las funciones de autoridad de aplicación? El estatuto indica que los ministros de Relaciones Exteriores de ambos países designarán la respectiva autoridad dentro de los 30 días de la entrada en vigencia del estatuto, y que esa designación debe recaer en un *órgano o entidad ya existente en la administración central*. La intención parece haber sido la de aprovechar estructuras pre-existentes en un momento en que ambos países están embarcados en políticas de racionalización estatal.¹⁸

¹⁸ Como consecuencia de la vigencia del estatuto a partir de fines de junio de 1992, ya hay acciones tendientes a su aplicación. En Argentina, la autoridad de aplicación sería la Inspección General de Justicia de la Capital Federal. Se habla de llevar a cabo las reformas necesarias para que, a efectos del registro y contralor

4. Las empresas binacionales y el MERCOSUR

El tratado de empresas binacionales fue firmado por los presidentes Menem y Collor de Melo en la misma fecha (6 de julio de 1990) en que se comprometieron a acelerar el proceso integracionista. En efecto, por medio del "Acta de Buenos Aires" se selló el compromiso de establecer un *mercado común* que debía estar conformado el 31 de diciembre de 1994. Simultáneamente avanzaron las conversaciones y negociaciones con dos países vecinos interesados en incorporarse al proceso: la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay. En menos de un año a partir del "Acta de Buenos Aires", los cuatro países suscribieron, el 26 de marzo de 1991, el Tratado de Asunción, por el cual deciden constituir el MERCOSUR (Mercado Común del Sur) que deberá estar conformado en la misma fecha comprometida entre Argentina y Brasil (31 de diciembre de 1994).¹⁹

El análisis de las motivaciones, comunes o individuales de cada país, para impulsar esta celeridad poco habitual en los esquemas de integración latinoamericanos, excede el alcance del presente trabajo.²⁰ Pero la realidad está ahí: un proceso iniciado por dos países se ha multilateralizado, los compromisos asumidos son enormes y desafiantes, la voluntad política de seguir adelante existe y se fijan fechas precisas para avanzar en la armonización de políticas.²¹

de las binacionales ese organismo, de jurisdicción local, pueda actuar en todo el país. Véase diario *Clarín*, Buenos Aires, 13 de julio de 1992, pág. 22.

¹⁹ Vigente desde noviembre de 1991, a los ocho meses de su celebración. **N. del Ed.**: Véase el texto del Acta de Buenos Aires, en *Integración Latinoamericana*, N° 159, agosto de 1990, págs. 67-68 y el del Tratado de Asunción en *Integración Latinoamericana*, N° 167, mayo de 1991, págs. 111-117.

²⁰ Véase, al respecto, Halperin, Marcelo, "El Mercado Común del Sur y un nuevo sistema regional de relaciones económicas multilaterales", en *Integración Latinoamericana*, año 16, N° 167, Buenos Aires, mayo de 1991, pág. 37; Gros Espiell, Héctor, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", en *El Derecho*, año XXIX, n° 7.833, 25 de septiembre de 1991; Cassagne, Juan Carlos, "El Mercado Común del Sur: problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación", en *El Derecho*, año XXIX, n° 7.879, Buenos Aires, 28 de noviembre de 1991; Da Motta Veiga, Pedro, "Siete hipótesis sobre los procesos de regionalización y la integración del Cono Sur", en *Integración Latinoamericana*, año 17, n° 175, Buenos Aires, enero-febrero de 1992, pág. 13; Amorim, Celso, "El Mercado Común del Sur y el contexto hemisférico", en *Revista del Derecho Industrial*, vol. 13, n° 38, Buenos Aires, mayo-agosto de 1991, pág. 249.

²¹ Cfr. el "Cronograma de Medidas del MERCOSUR", aprobado el 27 de junio de 1992 en Las Leñas, República Argentina.

Surgen algunas preguntas. ¿Qué va a pasar con el régimen de empresas binacionales? En vigor desde fines de junio del presente año, se comenzará a implementar para proyectos argentino-brasileños. ¿El estatuto se va a multilateralizar? ¿Cómo? La información oficial es muy escueta. El Grupo Mercado Común decidió en Las Leñas (Argentina, junio de 1992) "crear un grupo ad hoc para que estudie la posibilidad de ampliar el estatuto de empresas binacionales". Descontamos que los grupos técnicos estarán abordando este tema.

Las primeras reflexiones inducen a considerar dos categorías de problemas. Por un lado, los de orden formal, acerca de qué tipo de instrumento se debería utilizar. Como siempre, desde el punto de vista jurídico habría varias alternativas: celebrar un tratado cuatripartito, con denuncia del bilateral o dejándolo vigente; modificar el tratado actual y abrirlo a la adhesión de Paraguay y Uruguay; suscribir un conjunto de acuerdos bilaterales por pares de países, parecen ser algunas de las soluciones posibles. Instaurar un régimen por decisión de los órganos comunitarios (al estilo del andino de empresas multinacionales) estaría atado a la estructura definitiva de los órganos del MERCOSUR después del período de transición —es decir con posterioridad al 31 de diciembre de 1994— y según las competencias que los Estados miembros transfieran a los órganos comunitarios.²²

Por el otro lado, están las cuestiones referidas al contenido del régimen. Considerando que el de binacionales argentino-brasileños es, en lo esencial, un sistema preferencial para aquellas empresas que reúnan ciertas características, habría que considerar si se mantiene ese criterio distinguiendo, por una parte, lo que hace a la creación y constitución de las "empresas MERCOSUR" (por llamarlas de alguna manera), es decir, su *caracterización*, y por la otra, los aspectos relacionados con su funcionamiento y actividades, o sea el *tratamiento*. Para esto último habrá que conocer la voluntad de los cuatro países respecto de los campos de la actividad económica a que tendrán acceso estas empresas, y las áreas del tratamiento especial (tributación, acceso a incenti-

vos y a contrataciones estatales, crédito interno, u otros).

En cuanto a los elementos para la caracterización, se debería abordar el tema de las exigencias formales, entre ellas, si se busca crear asociaciones de mayor estabilidad como las que dan lugar a entidades societarias con personalidad jurídica, o si se admite también formalizar empresas que resulten de contratos de objeto temporario.

Un aspecto principal será definir la "multinacionalidad" del capital, o sea la propiedad y el control compartidos que reflejen la pertenencia al ámbito del MERCOSUR. Acá las alternativas son múltiples, pero exigir que participen inversores de los cuatro países para otorgar la calificación de "empresa MERCOSUR" parece exagerado y "encorsetaría" el régimen haciéndolo aplicable en pocos casos. Es más lógico admitir la fórmula de la participación de inversores "de dos o más países miembros".²³ También se debería definir el grado de inversión extrarregional que podrían recibir, así como el porcentaje mínimo del capital que detentarían los inversores de cada país participante en la empresa, con la finalidad de evitar participaciones simbólicas. No sería deseable una fórmula que mantenga el límite de capital extrarregional en el 20 por ciento, como hace el régimen argentino-brasileño, y que el 80 por ciento restante pueda ser integrado, en distintos porcentajes, por los inversores nacionales de los países del MERCOSUR que participan, pero sin que la tenencia de los inversores de cada país participante pueda ser inferior al 20 por ciento²⁴ del capital de la empresa.

Muchas otras combinaciones serán, obviamente, viables con tal que garanticen el mantenimiento del carácter subregional de las empresas MERCOSUR.

Lo importante es que el régimen de binacionales argentino-brasileño, y su eventual ampliación a los socios del MERCOSUR, estimulen la actividad empresarial y la movilidad de los capitales, de la tecnología y de otros recursos productivos, para afianzar así las ventajas de la ampliación de los mercados y poder, en última instancia, acelerar el desarrollo económico y social de nuestros países.

²² Otras modalidades como crear, caso por caso, empresas nacidas de una convención internacional y, en consecuencia, dotadas de personalidad jurídica internacional parecen más apropiadas para grandes proyectos de interés público, y no para emprendimientos del sector privado.

²³ Esa es la formulación en el régimen de empresas multinacionales andinas y en el de empresas CARICOM.

²⁴ Una propuesta con estos porcentajes se puede ver en Couso, Juan Carlos, y De Paula, José Carlos, "Pautas para un estatuto de las empresas del MERCOSUR", en *La Información*, enero de 1992, Buenos Aires, pág. 107 y ss.