

COMISION: MERCOSUR**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE
LOS ESTADOS PARTES EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR.
LAS SOCIEDADES EN LOS ESTADOS PARTES EN EL MERCOSUR***Dr. Ricardo Olivera García**Dr. Siegbert Rippe**Dra. Moira Cohen**Dra. Eva Holz**Dr. Paul Arrighi**Dr. Jonás Bergstein**Dr. Alberto J. Foderé*

SUMARIO: 1.- Presentación de la ponencia. 2.- El modelo integracionista del MERCOSUR. 3.- Caracteres del mercado común. 4.- Libertad de establecimiento y prestación de servicios. 5.- La situación de las sociedades comerciales. 6.- Problemas para la actuación extraterritorial de las sociedades. 7.- El modelo de la empresa binacional argentino-brasileña. 8.- La actuación de las sociedades nacionales en el MERCOSUR. 9.- Superación de las asimetrías en la normativa. 10.- Una propuesta de acción.

1.- PRESENTACIÓN DE LA PONENCIA

La presente ponencia encierra algunas reflexiones y conclusiones preliminares extraídas por el Grupo de Investigación en Derecho Comercial del Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (I.E.E.M.), en materia de actuación en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) de las sociedades constituidas en alguno de los Estados Partes del Tratado de Asunción. Este Grupo, que trabaja bajo la dirección de los Dres. Ricardo Olivera García y Siegbert Rippe, está integrado además por los Dres. Moira Cohen, Eva Holz, Paul Arrighi, Jonás Bergstein y Alberto J. Foderé.

Con fecha 24 de mayo de 1991 el Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo (I.E.E.M.) resolvió constituir Grupos de Investigación en las áreas de Derecho Administrativo, Derecho Comercial, Derecho del Comercio Exterior, Derecho Internacional, Derecho Laboral y Derecho Tributario, con el cometido de llevar a cabo la recopilación, sistematización y análisis compara-

tivo de la normativa jurídica vigente en los países del MERCOSUR, con especial referencia a las actividades empresariales.

Por resolución Nº 558/991 del 31 de julio de 1991, el presidente de la República actuando en acuerdo con los ministros de Relaciones Exteriores y de Educación y Cultura declaró de interés nacional el Proyecto de Investigación Jurídica MERCOSUR del I.E.E.M..

En el marco del Proyecto de Investigación Jurídica, MERCOSUR, el Grupo de Derecho Comercial del I.E.E.M. encaró -como primer tema el análisis de la actuación y funcionamiento de las empresas nacionales de cada uno de los Estados Partes en los restantes Estados del Tratado, así como la actuación y funcionamiento de las empresas constituidas por nacionales de dos o más de los Estados Partes.

Un avance de los trabajos de la Comisión fue presentado a las VI Jornadas Rioplatenses de Derecho, realizadas en Punta del Este en el mes de noviembre del año pasado.

No obstante, con posterioridad a dicha presentación, tanto los trabajos del Grupo de Investigación como las negociaciones en el marco del MERCOSUR han experimentado importantes avances. La trascendencia del tema y los avances realizados determinan la necesidad de profundizar nuestro análisis, formulando una evaluación detenida de las regulaciones acordadas o propuestas hasta la fecha, así como algunas propuestas para una eventual regulación de la actuación de las sociedades comerciales de los diversos Estados en el ámbito del MERCOSUR.

2.- EL MODELO INTEGRACIONISTA DEL MERCOSUR

Las previsiones para la creación del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) se hallan contenidas en el Tratado de Asunción, suscrito el 26 de marzo de 1991 entre los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en el cual se sientan las bases para la consolidación de un mercado común sub-regional, a partir del 31 de diciembre de 1994.

Como lo ha expresado el canciller uruguayo Héctor Gros Espiell ⁽¹⁾: *"prácticamente todo el Tratado, salvo algunas disposiciones, constituye la regulación normativa del proceso gradual de transición desde el momento en que entre en vigencia hasta el 31 de diciembre de 1994"*.

La suscripción del Tratado de Asunción responde a la inserción de

(1) Gros Espiell, Héctor, *MERCOSUR - El Tratado de Asunción*, Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo, Montevideo, 1991, p. 25.

Paraguay y Uruguay en un proceso de integración subregional iniciado en 1985 por Argentina y Brasil con la suscripción de la Declaración de Iguazú. Este proceso se fue luego consolidando con la suscripción del Acta de Buenos Aires de 1986, que estableció el Programa de Integración y Cooperación Económica entre ambos Estados y con la del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988, culminando con el Acta de Buenos Aires de 1990, en la cual Argentina y Brasil deciden crear un mercado común entre ambos países ⁽²⁾.

Es decir que el Tratado del MERCOSUR coexiste con un Tratado entre Argentina y Brasil, el cual tiene también por contenido la creación de un mercado común. Sin embargo, el Acta de Buenos Aires no resulta derogada por el Tratado de Asunción ⁽³⁾, siendo necesaria una adecuada coordinación entre ellos.

El Tratado de Asunción dispone que el MERCOSUR habrá de crearse sobre las siguientes bases (art 1º):

1) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países; a través entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.

2) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.

3) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

4) El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

El contenido propuesto implica, sin lugar a dudas, la creación de un mercado común en el más amplio sentido de la aplicación del concepto. Es decir que no se está proponiendo solamente la creación de una zona de libre

(2) V. Magariños, Gustavo, *Uruguay en el MERCOSUR*, F.C.U., Montevideo, 1991, p. 37 y ss. Abreu Bonilla, Sergio, *MERCOSUR e integración*, F.C.U., Montevideo, 1991, p. 41 y ss..

(3) De acuerdo con la Convención sobre Derecho de los Tratados firmada en Viena en 1969, para que -fuera de los casos de derogación expresa- un tratado posterior provoque la terminación de uno anterior, son necesarios acumulativamente los siguientes requisitos: a) igualdad de todas sus partes; b) igualdad de materia; c) manifiesta voluntad de las partes de sustituir un tratado por otro o absoluta incompatibilidad entre los mismos (art 59). V. De La Guardia, Ernesto y Delpuch, Marcelo, *El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 306 y ss..

comercio o de una unión aduanera entre los Estados, sino que establece un proceso de integración a nivel máximo y de intensidad máxima ⁽⁴⁾.

3.- CARACTERES DEL MERCADO COMÚN

La libre circulación de bienes y servicios, así como de factores productivos constituye, tanto una característica específica del mercado común proyectado por el Tratado del MERCOSUR, como un rasgo general, caracterizante del propio concepto de mercado común sustentado por la doctrina.

La creación de un mercado común no implica conceptualmente la sola supresión de los obstáculos al comercio de carácter aduanero, sino que persigue además la instauración de una libre circulación de mercancías, la cual conlleva la abolición de todas aquellas prácticas que, de una u otra forma, dificulten el comercio entre los Estados afectados. Esta libertad de circulación se extiende también a las personas, físicas o jurídicas, los servicios y los capitales, con los que se liberalizan los intercambios de todos los factores de producción ⁽⁵⁾.

En el ámbito de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.), los comentaristas del Tratado de Roma ⁽⁶⁾, sostienen que el régimen del mercado común se apoya en cuatro libertades básicas:

- 1) La libre circulación de mercaderías;
- 2) La libre circulación de trabajadores;
- 3) La libre circulación de capitales; y
- 4) La libertad de establecimiento y prestación de servicios.

Los problemas vinculados a la libre circulación de mercaderías son aquellos que han sido objeto de un tratamiento más detenido en el ámbito del MERCOSUR. El Tratado de Asunción establece un Programa de Liberación Comercial que lleva la desgravación al 100% a partir del 31 de diciembre de 1994 (31 de diciembre de 1995, en el caso de Paraguay y Uruguay) (Anexo I). Contiene además un Régimen General de Origen (Anexo II) y prevé expresa-

(4) El mercado común no supone solamente el abatimiento de barreras arancelarias entre los Estados Partes (zona de libre comercio) y el establecimiento de un arancel externo común respecto de terceros países (unión aduanera), sino también la libre circulación de factores productivos. Como expresa el profesor César Cosciani (*Problemas Fiscales de un Mercado Común*, Washington, 1964, p. 569), en el mercado común no habrá vínculos cualitativos, cuantitativos, ni gravámenes provenientes del intercambio de mercancías; habrá por el contrario plena y efectiva libertad de circulación interna de los factores productivos (trabajadores, capitales, empresas).

(5) Molina del Pozo, Carlos Francisco, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Tivium, Madrid, 1990, p. 355.

(6) Gavalda, Christian y Parléani, Gilber, *Droit Communautaire de Affaires*, Litec, Paris, 1988, p. 23; Molina del Pozo, Carlos Francisco, ob. cit., p. 356.

mente la fijación durante el período de transición, de un arancel externo común que incentive la competitividad externa de los Estados Partes (art 5º).

Sin embargo, el Tratado es mucho menos explícito al referirse a las demás libertades. Según vimos, la definición programática del Mercado Común contenida en el artículo 1º, incluye en el concepto la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. Por su parte, al definir los instrumentos del período de transición (art 5º), el Tratado incluye entre los mismos la adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes.

Estas escasas definiciones normativas brindan un marco muy general de referencia, dentro del cual será necesario analizar y sistematizar las soluciones en materia de libre circulación de factores productivos y servicios, que permitan construir un mercado común con las peculiaridades deseadas.

4.- LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El principio de la libertad de circulación se refiere tanto a la circulación de trabajadores como al ejercicio de actividades independientes en un Estado diferente de aquél en el cual la persona tiene fijada su residencia.

En el Derecho Comunitario europeo se prevén dos posibles modalidades de ejercer una actividad en las condiciones que nos interesan: a) El establecimiento en el Estado miembro en que se desea desarrollar la actividad en cuestión; b) la mera prestación de servicios. En consecuencia, la libertad de circulación de los no asalariados se compone, a su vez, de dos libertades: una, relativa al establecimiento, y la otra, a la prestación de servicios (7).

Se trata de dos situaciones conceptualmente diferenciables.

Nos hallamos ante un supuesto de libertad de establecimiento, cuando alguien procura instalarse de manera estable para ejercer una actividad independiente, mediante la creación de un centro de actividad o la transferencia de un centro de actividad de un Estado a otro. En cambio, existiría prestación de servicio en todos los casos de actividades, ejercidas en la forma que sea, por súbditos de un Estado establecidos en un país diferente de aquél del destinatario de la prestación (8).

(7) Goldman, Berthold y Lyon-Caen, Antoine, *Derecho Comercial europeo*, traducción de la obra publicada por Jurisprudence Generale Dalloz (París, 1983), Madrid, 1984, p. 14 y ss. Molina del Pozo, Carlos Francisco, ob. cit., p. 372.

(8) Goldman, Berthold y Lyon-Caen, Antoine, ob. cit., ps. 144-147. Gavalda, Christian y Parléani, Gilber, ob. cit., ps. 60-61

La regulación de las libertades de establecimiento y prestación de servicios que realiza el Tratado de Roma, se apoya en tres principios básicos ⁽⁹⁾:

1) La supresión progresiva de las restricciones a las libertades de establecimiento y prestación de servicios para todos los nacionales de los Estados miembros de la C.E.E. (arts. 52 y 59), incluidas las sociedades comerciales (art 58).

2) La cláusula stand-still, por la cual los Estados miembros se comprometen a no establecer nuevas restricciones (arts. 53 y 62).

3) La no discriminación en razón de la nacionalidad entre los súbditos de los Estados miembros (arts. 52, inc. 2ª y 65).

Los acuerdos de integración celebrados en Latinoamérica no contienen previsión alguna sobre la libertad de establecimiento de los nacionales de otros Estados Partes en los respectivos tratados. Por el contrario, en el ámbito del Pacto Andino, la Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó en 1971 la Decisión N° 24, estableciendo restricciones a la inversión extranjera directa en actividades que se consideraran adecuadamente atendidas por las empresas existentes ⁽¹⁰⁾, con la sola excepción de las inversiones de los nacionales de los Estados Partes en el Acuerdo de Cartagena en empresas multinacionales andinas, sujetas al régimen especial establecido por la Decisión N° 46 ⁽¹¹⁾.

5.- LA SITUACIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

La libertad de establecimiento y prestación de servicios alcanza conceptualmente tanto a personas físicas como jurídicas, entre las cuales corresponde destacar a las sociedades comerciales. Respecto de estas últimas se plantean dos problemas importantes: por un lado, la diversidad de normas que regulan su funcionamiento, así como el régimen de reconocimiento y requisitos de actuación a los cuales se encuentran sometidas; y, por otro, el tratamiento discriminatorio entre nacionales y extranjeros para el desarrollo de actividades económicas en los Estados Partes.

En relación a la diversidad de marcos normativos, en el ámbito de la C.E.E. se ha buscado dar solución a este problema mediante un proceso de armonización y coordinación de las legislaciones nacionales, a través de Directivas, que cubren los principales aspectos del funcionamiento societario ⁽¹²⁾.

(9) Molina del Pozo, Carlos Francisco, ob. cit., ps. 372-374.

(10) Gaviria, Fernando, ob. cit., ps. 80-82.

(11) V. Biocca, Stella Maris, *Sociedades multinacionales y extranacionales*, Buenos Aires, 1974, p. 47 y ss..

(12) Santa María, Alberto, *Diritto Commerciale Comunitario*, Giuffré, Milano, 1990, p. 95 y ss.. Goldman, Berthold y Lyon-Caen, Antoine, ob. cit., p. 163 y ss..

Existe además un proyecto de creación de una sociedad anónima europea, con personalidad supranacional, derivada del ordenamiento comunitario ⁽¹³⁾.

En el ámbito americano, la Comisión del Acuerdo de Cartagena adoptó en 1971 la Decisión Nº 46, por el cual se aprueba un régimen especial para la empresa multinacional andina, regida por el Derecho comunitario del Grupo Andino, a las cuales se les asigna igual tratamiento que a las empresas nacionales en materia de compras del Estado, tratamiento favorable en materia crediticia, reinversión de utilidades y participación en sectores reservados a las empresas nacionales ⁽¹⁴⁾.

En 1976, los Estados miembros del Mercado Común del Caribe crearon el estatuto jurídico de las empresas CARICOM, también con personalidad supranacional. Estas empresas pueden acceder a las licencias y permisos necesarios para el ejercicio de actividades en los Estados miembros, en condiciones no menos favorables a las acordadas a cualquier empresa nacional. Gozan además de un tratamiento no menos favorable que el acordado a cualquier empresa de ese Estado miembro en materia de compras del Estado, utilización de bienes del dominio público y acceso al crédito ⁽¹⁵⁾.

En el ámbito sub-regional, Argentina y Brasil aprobaron en julio de 1990 un Tratado para el establecimiento de un estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas, en el marco del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo celebrado entre ambos países en noviembre de 1988 ⁽¹⁶⁾. A diferencia de lo que ocurría con los casos del Pacto Andino y del CARICOM, las empresas binacionales argentino-brasileñas tienen una personalidad jurídica emanada del derecho nacional del país donde la sociedad es constituida. Los principales beneficios otorgados por el Tratado a estas sociedades binacionales es la igualdad de trato con las empresas de capital nacional en materia tributaria, de acceso al crédito, incentivos y ventajas de promoción industrial y acceso a las compras y contratos del sector público. También les asegura la libre transferencia de capitales en el momento de la constitución y la libre remesa al exterior de las utilidades devengadas con su actividad, así como la movilidad sin restricciones del personal entre los Estados Partes ⁽¹⁷⁾.

(13) Sanders, Pieter, *La sociedad anónima europea*, Derecho Comparado, Buenos Aires, 1977, Nº 1, p. 149 y ss.; Pérez Escobar, Rafael, *La Sociedad Anónima Europea*, Montecorvo, Madrid, 1972.

(14) Aguinis, Ana María M. de y Zalduendo, Susana C. de, *Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América latina*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 23, Nº 133-135, Bs. As., 1990, p. 10 y ss.; Biocca, Stella Maris, ob. cit., p. 47 y ss.

(15) Aguinis, Ana María M. de y Zalduendo, Susana C. de, ob. cit., ps. 15-16.

(16) V. Etcheverry, Raúl Aníbal, *Empresas binacionales argentino-brasileñas: un nuevo instrumento de integración*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 23, Nº 136-138, Buenos Aires, 1990, p. 555 y ss..

(17) V. Zalduendo, Susana Czar de, *El estatuto de empresas binacionales argentino-*

Aparte de estos estatutos generales, varias empresas latinoamericanas fueron creadas por acuerdos o tratados entre los Estados. Tal es el caso de la Corporación Andina de Fomento, creada en 1968 por los gobiernos de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela ⁽¹⁸⁾, del Ente Binacional Yacretá, entre Argentina y Paraguay, del Ente Binacional Itaipú ⁽¹⁹⁾ y de la Comisión Técnico-Mixta de Salto Grande entre Argentina y Uruguay ⁽²⁰⁾.

Finalmente, varios tratados han sido celebrados entre los Estados latinoamericanos, sobre el reconocimiento, actuación internacional de las sociedades comerciales, los cuales vinculan a tres de los cuatro Estados firmantes del Tratado del MERCOSUR. Estos tratados son: el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1889, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, celebrada en Montevideo en 1979, ratificada por Argentina, Bolivia, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela ⁽²¹⁾. Sin embargo, ninguno de los referidos tratados fue ratificado por el Brasil ⁽²²⁾.

El establecimiento y actuación de las sociedades comerciales en el marco de los Estados Partes del Tratado de Asunción no presenta mayores problemas con respecto a Argentina, Paraguay y Uruguay. En estos casos, son muy escasas o nulas las restricciones impuestas a la actuación de las sociedades constituidas en el exterior. Por su parte, la circunstancia de que los tres países sean además partes en los Tratados de Montevideo y, fundamentalmente, en la Convención Interamericana de 1979, determina que los problemas de reconocimiento y actuación resulten también solucionados por estas normas.

El problema se mantiene pendiente con el Brasil que impone importantes restricciones a la actuación de las empresas extranjeras, no resultando tampoco parte en los tratados que resuelven los conflictos de leyes en materia de sociedades comerciales.

Con respecto al tratamiento discriminatorio entre nacionales y extranje-

brasileñas, Revista de Derecho Industrial, año 13, Nº 38, p. 325 y ss.; Baptista, Luiz Olavo, *Empresas binacionales: Brasil-Argentina*, Revista de Derecho Industrial, cit., p. 345 y ss.

(18) Gaviria, Fernando, ob. cit., ps. 83-89.

(19) Aguinis, Ana María M. de y Zalduendo, Susana C. de, ob. cit., ps. 21-22.

(20) V. Manuel A. Vieira, Edison González Lapeyre, Roberto Puceiro, Herber Arbuett, Daniel H. Martins, Didier Operti, Américo Plá Rodríguez, Jorge Tálice, *Cuestiones jurídicas relativas a la obra hidroeléctrica de Salto Grande*, Universidad de la República, Montevideo, 1976.

(21) Tálice, Jorge, *Las sociedades mercantiles en el Derecho Internacional Privado americano*, Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Nº 29-30, Montevideo, 1984, p. 12 y ss.

(22) V. González Lapeyre, Edison, *Los Tratados de Montevideo de 1939-1940 y la República Federativa de Brasil*, Revista Uruguaya de Derecho Internacional, Nº 3, Montevideo, 1974, p. 101 y ss.

ros para el desarrollo de actividades económicas, la situación presenta también diferentes características en los diversos países de la región. En el caso de la Argentina, la Ley de Emergencia Económica aprobada en 1989, hizo desaparecer toda restricción a la inversión extranjera en determinadas actividades de servicios. Paraguay solamente exige mayoría de capital nacional en las entidades que se dedican al cambio de moneda extranjera. Por su parte, Uruguay reserva al capital nacional la explotación de emisoras de radio o canales de televisión. Además, la Ley de Empresas Públicas, recientemente aprobada, exige mayoría de capital nacional en caso de privatización de la empresa estatal de comunicaciones (ANTEL).

Las restricciones más importantes a la inversión extranjera en determinadas áreas las hallamos en el Derecho brasileño, el cual limita la inversión extranjera en las siguientes áreas: comunicaciones (telefonía, televisión, radio y diarios), aviación, contratos con el gobierno, navegación de cabotaje, minería, generación de energía, banca y electrónica. También existen restricciones para la inversión por extranjeros en inmuebles rurales.

Con respecto a Brasil el estatuto para las empresas binacionales argentino-brasileñas brinda una solución aceptable solamente para aquellas compañías que cumplan con los requisitos del tratado, la cual no resulta extensible a las restantes sociedades argentinas, ni a las sociedades -aun de capital mixto- constituida en Paragüa y Uruguay.

6.- PROBLEMAS PARA LA ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS SOCIEDADES

El régimen de actuación extraterritorial en la región de las sociedades constituidas en alguno de los Estados del MERCOSUR plantea diversos problemas.

El primer problema es el relativo al reconocimiento y posibilidad de actuación extraterritorial de las sociedades en otro de los Estados Partes. Según vimos, esta cuestión se halla razonablemente resuelta en el caso de los Estados ratificantes de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles, celebrada en Montevideo en 1979. No obstante, Brasil no ha ratificado esta convención, ni ninguna otra con los Estados Partes, relativa a este tema.

El segundo problema es el relativo al trato nacional de las sociedades extranjeras. En principio, todos los Estados Partes en el MERCOSUR reservan algunas actividades económicas exclusivamente a las sociedades de capital nacional. No obstante, mientras en Argentina, Paraguay y Uruguay se trata de

situaciones marginales que constituyen absolutas excepciones al trato igualitario entre nacionales y extranjeros, en el régimen brasileño la reserva de actividad para las sociedades brasileñas de capital nacional es mucho más intensa, abarcando las áreas más relevantes de la economía.

El tercer problema es el de las restricciones cambiarias impuestas por los diferentes regímenes jurídicos, tanto para el ingreso de capitales, como para la repatriación de los propios capitales invertidos y de las utilidades que los mismos devengan. Nuevamente en este caso, la libertad cambiaria de los regímenes argentino, paraguay y uruguayo se contraponen a las limitaciones y restricciones del régimen brasileño de control de cambios.

El cuarto problema surge de la diversidad de las regulaciones societarias, producto de la incidencia de fuentes y vertientes de pensamiento jurídico diferentes. Estas diferencias establecen ventajas y desventajas del establecimiento en una u otra jurisdicción las que, superados los restantes problemas, se traducen inevitablemente en un costo operativo más. Por otra parte, esta diversidad normativa dificulta notablemente la asociación entre sociedades de los diversos Estados a través de diversas modalidades negociales: participaciones accionarias, fusiones, escisiones, formación de holdings o de filiales comunes, joint ventures, etcétera.

En un estudio realizado hace más de 20 años por el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) ⁽²³⁾ se distinguían diferentes medios o procedimientos tendientes a favorecer la actuación multinacional de las empresas latinoamericanas, comprendiendo tanto medios dirigidos a las legislaciones internas de cada uno de los Estados, como a los medios de derecho internacional.

Las principales soluciones propuestas en dicho estudio eran las siguientes:

1) Tratados sobre el reconocimiento de la personalidad de sociedades constituidas o con domicilio en el extranjero. En el ámbito latinoamericano, existen básicamente cuatro Tratados internacionales en la materia, basados en el sistema del conflicto de leyes: el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1989, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, el Código de Bustamante y la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles de Montevideo de 1979.

2) Armonización de legislaciones. Se trata del procedimiento más simple para la obtención de este objetivo. Consiste en hacer desaparecer paulatinamen-

(23) El régimen de las sociedades anónimas en los países de ALALC, BID-INTAL, Buenos Aires, 1971, con un informe del profesor Héctor Alegría analizando la situación en el Derecho comparado y proponiendo algunas soluciones.

te las diferencias legislativas a los efectos de que las mismas no actúen negativamente sobre los estímulos económicos, desalentando la inversión dentro de la zona o en determinados países de la misma.

3) **Leyes uniformes o sociedades tipo.** Consiste en la elaboración de un estatuto uniforme de derecho sustancial, tendiente a ser adoptado como derecho interno por los diferentes Estados. Esta fue la solución propuesta por Francia en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, a través de la creación de una "sociedad de tipo europeo". También fue la solución alentada por INTAL en materia de títulos valores, al confiar al profesor mexicano Raúl de Cervantes Ahumada la preparación de un proyecto de ley uniforme en la materia.

4) **Sociedades de derecho comunitario.** Esta solución supone la creación de sociedades con un estatuto jurídico regional y una personalidad jurídica supranacional, cuya actuación y vigencia trasciende el derecho territorial de los diferentes Estados. Es el caso de la empresa multinacional del Pacto Andino, creada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como de la empresa multinacional CARICOM, creada por los Estados miembros del Mercado Común del Caribe. Es también la solución propuesta para la creación de una sociedad anónima europea.

5) **Derecho internacional de la fusión.** Consiste en el intento de regular, a través de convenciones internacionales, el régimen de la concentración internacional de empresas. Los temas que, específicamente, se pretenden regular son los siguientes: las fusiones entre sociedades de diversa nacionalidad; el establecimiento de sucursales comunes por sociedades de distinta nacionalidad; el establecimiento de filiales comunes en iguales circunstancias; la regulación de las sociedades holding.

6) **Sociedad con personalidad jurídica internacional.** Es aquella formada por capital público y/o privado de dos o más países, la cual nace por un acto diplomático que convierte a la entidad en una persona o entidad de derecho internacional. Es el caso de la Corporación Andina de Fomento, de los Entes Binacionales de Yacretá e Itaipú y de la Comisión Técnico Mixta de Salto Grande.

7.- EL MODELO DE LA EMPRESA BINACIONAL ARGENTINO-BRASILEÑA

En función de las consideraciones realizadas, corresponde analizar si el modelo de empresa binacional argentino-brasileña, surgido del Tratado del 6 de julio de 1990, puede servir de base para resolver el problema del libre establecimiento y prestación de servicios en el marco del MERCOSUR.

La empresa binacional argentino-brasileña constituye el único intento realizado hasta el momento para crear un vehículo operativo en el marco del

MERCOSUR, así como el modelo considerado por los restantes Estados Partes para avanzar en la integración en esta área.

De acuerdo a la información que obra en nuestro poder, las conversaciones mantenidas entre los Estados Partes tenderían a ampliar esta solución, a través de la creación de empresas binacionales por pares de Estados (argentino-uruguayo, brasileño-uruguayo, argentino-paraguayo, brasileño-paraguayo, paraguayo-uruguayo), ante las dificultades que plantearía extender el modelo a empresas multinacionales, en las cuales participaran nacionales de más de dos Estados partes en la formación del capital social.

Como adelantáramos en nuestra ponencia en el Congreso de Punta del Este, la solución propuesta por la empresa binacional argentino-brasileña no reconoce plenamente las libertades básicas que caracterizan el concepto de mercado común.

Según vimos, la existencia de un mercado común supone conceptualmente no sólo la libre circulación de mercaderías, sino también la libre circulación de trabajadores, de capitales y la libertad de establecimiento y prestación de servicios, sin ningún tipo de discriminación en razón de la nacionalidad⁽²⁴⁾. El Tratado argentino-brasileño de 1990 prevé el reconocimiento, otorgamiento de trato nacional y el beneficio de libre circulación de capitales y utilidades únicamente a las empresas que cumplan con los requisitos impuestos para su carácter binacional: composición del capital, coparticipación en la administración, etcétera.

En consecuencia, se encontrarían fuera de los beneficios del régimen especial aquellas empresas de un Estado parte que, sin tener una composición mixta de su capital social, decidieran establecerse en otro Estado parte del Tratado de Asunción. Estas sociedades se verían discriminadas por las normas que reservan determinadas actividades a las empresas de capital nacional, así como sujetas a las disposiciones que establecen controles cambiarios.

Resulta incompatible con el pleno funcionamiento de un mercado común el restringir los beneficios de trato nacional y de libre circulación de los capitales exclusivamente a las empresas binacionales. Una vez en funcionamiento el MERCOSUR, el trato nacional y la libre circulación de inversiones habrán de formar parte del marco regular de actuación de toda las empresas constituidas en los Estados Partes del mercado, con prescindencia de que su capital tenga composición sólo nacional, binacional o multinacional.

(24) Gavalda, Christian y Parléani, Gilbert, ob. cit., p. 64 y ss.; Santa María, Alberto, ob. cit., p. 179 y ss.; Molina del Pozo, Carlos Francisco, ob. cit., p. 378 y ss..

8.- LA ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES NACIONALES EN EL MERCOSUR

En consecuencia, la creación de estatutos binacionales especiales por pares de Estados partes en el MERCOSUR, estableciendo un estatuto también especial a las sociedades de capital binacional, si bien no constituye una solución descartable de plano, podría implicar sólo un primer paso, de carácter necesariamente transitorio, en el camino del reconocimiento de las libertades básicas, propias de todo mercado común.

La consagración de una estructura de integración plena requeriría que, en un período relativamente corto, se ampliara este marco de beneficios a todas las sociedades de los Estados Partes, con prescindencia de la composición binacional de sus capitales.

Este objetivo puede alcanzarse a través de dos vías alternativas.

La primera, sería la adopción por parte del Brasil de un régimen de trato nacional y de circulación de capitales, similar al vigente en los restantes Estados de la región, acordando a las empresas del exterior -provengan o no de los restantes Estados del MERCOSUR- el mismo tratamiento que a las empresas nacionales.

La segunda alternativa consistiría en la celebración de un tratado entre los Estados Partes, en virtud del cual las sociedades constituidas en cualquiera de los Estados resultarían reconocidas de pleno derecho en los restantes, acordándoseles el mismo tratamiento jurídico que a las empresas nacionales y permitiéndoseles el libre ingreso y egreso de capitales y la libre repatriación de sus beneficios. En este caso, tal vez podría requerirse que el capital de las sociedades estuviera formado mayoritariamente por nacionales de los Estados Partes, pero sin requerirse el carácter binacional de dicho capital, como surge del modelo argentino-brasileño.

No obstante, ya sea a través de la consagración en cada uno de los Estados de un régimen liberal para toda inversión extranjera, ya sea a través de un estatuto especial para las empresas de capital nacional de alguno o algunos de los Estados partes, resulta indispensable que se acuerde a los nacionales de cada Estado la posibilidad de establecerse y desarrollar las actividades propias de su giro en el territorio de cualquiera de los Estados partes. Solamente de este modo resultará posible establecer un mercado único entre los Estados partes del Tratado de Asunción.

En este contexto, la creación de empresas binacionales y multinacionales solamente cobraría sentido en el caso de empresas creadas bajo un estatuto jurídico especial, con la finalidad de cumplir objetivos de interés regional. Podría tratarse de empresas formada mayoritariamente por capitales públicos o

privados de los Estados Partes, en aquellos sectores de la actividad económica que los Estados consideran de interés desarrollar, dotando a las mismas de los estímulos que resulten necesarios para asegurar su consolidación. Las empresas creadas para la realización de grandes obras binacionales (Yacretá, Itaipú, Salto Grande) son elocuentes ejemplos de la utilidad de esta figura.

Fuera de este contexto, limitar la libertad de establecimiento y prestación de servicios a las empresas de capital binacional constituye, sin lugar a dudas, una restricción sustancial para la consagración plena de un mercado común.

9.- SUPERACIÓN DE LAS ASIMETRÍAS EN LA NORMATIVA

Pero el otorgamiento del beneficio del trato nacional a las sociedades de capital nacional constituidas en alguno de los Estados Partes, así como la libertad para la internación de capitales y repatriación de beneficios, no resulta suficiente para consagrar un sistema eficiente de actuación extraterritorial de las sociedades dentro del MERCOSUR.

Si bien la regulación societaria de los diversos Estados Partes presenta importantes puntos en común, son también múltiples sus diferencias, producto fundamentalmente de sus diversas tradiciones jurídicas y de las también diversas corrientes de pensamiento y de derecho comparado que influyeron en sus respectivas normas.

Estas asimetrías en la regulación societaria se traducen muchas veces en costos implícitos o explícitos de la gestión empresarial, al imponer requerimientos y exigencias diferenciales, los cuales inciden en la competencia igualitaria en un mismo mercado. Por otra parte, en los casos de concentraciones societarias (fusiones, holdings comunes, joint ventures), las diversas soluciones adoptadas por cada ordenamiento para proteger los intereses en juego, determinan que se planteen situaciones de muy difícil solución.

En el marco de la Comunidad Económica Europea, la solución a este problema se ha buscado a través de dos vías diferentes: por un lado, la aprobación de directivas para la armonización del Derecho de las sociedades; y, por otro lado, la creación de una sociedad anónima europea.

Por un lado, los órganos comunitarios dictaron desde 1968 diversas directivas (13 en total), estableciendo soluciones uniformes a ser adoptadas por los Estados Partes en sus legislaciones internas. Estas directivas han motivado importantes reformas en los respectivos estatutos nacionales en materia de sociedades anónimas ⁽²⁵⁾.

(25) V. Molina del Pozo, Carlos Francisco, ob. cit., ps. 376-377.

Por otra parte, la Comunidad continúa trabajando sobre la propuesta del profesor Pieter Sanders para regular una sociedad anónima europea con personería supranacional ⁽²⁶⁾.

Uno de ambos caminos -o ambos en forma simultánea- deberán ser recorridos por los Estados Partes del MERCOSUR, en caso de que deseen consolidar un mercado único a nivel regional.

Tal vez la aprobación de un estatuto jurídico especial para sociedades de Derecho comunitario sea una solución que requiera una mayor maduración del proceso de integración y la consolidación definitiva de las restantes libertades.

No obstante, la armonización de los respectivos regímenes societarios, superando sus principales asimetrías constituye una tarea que puede y debe iniciarse de inmediato.

10.- UNA PROPUESTA DE ACCIÓN

El desarrollo realizado revela que el libre establecimiento y actuación en todo el ámbito del MERCOSUR de las sociedades constituidas en cada uno de los Estados Partes, constituye una nota característica y necesaria para la consagración de un mercado común.

A tales efectos, existen diversas medidas que resulta necesario adoptar, a los efectos de avanzar hacia la obtención de dicho objeto.

1) Un primer paso, de fácil logro y significativa incidencia, sería la ratificación por el Brasil de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Comerciales, aprobada en Montevideo en 1979. De este modo, los cuatro Estados Partes en el MERCOSUR serían también partes en dicha Convención, estableciendo un similar estatuto jurídico para el reconocimiento y actuación en el país de sociedades comerciales constituidas en los Estados Partes de la Convención.

2) En materia de inversiones extranjeras y trato nacional consideramos que la generalización del modelo de sociedad binacional argentino-brasileña no brinda una solución adecuada al problema. En primer lugar, resulta necesario multilateralizar la solución, la cual no es razonable que quede reducida exclusivamente a las sociedades de dos de los Estados partes en el Tratado de Asunción. En segundo lugar, tampoco resulta adecuado que los beneficios queden limitados a las sociedades con capital formado por nacionales de más de un Estado. La libertad de establecimiento y prestación de servicios, caracterizante del mercado común, impone la libre actuación en el ámbito del MERCOSUR de

(26) Sanders, Pieter, ob. cit., p. 149 y ss.. Pérez Escolar, Rafael, ob. cit.

las sociedades constituidas en cualquiera de los Estados Partes.

En consecuencia, resulta necesario que -en una primera etapa- los beneficios de trato nacional y libre circulación de capitales sean acordadas a todas las sociedades nacionales constituidas en alguno de los Estados Partes.

3) Sin perjuicio de este primer avance, resulta necesario encarar un procedimiento que minimice los problemas que puedan surgir como consecuencia de las asimetrías de las respectivas legislaciones nacionales en materia de sociedades comerciales. A tales efectos, resulta ilustrativo el ejemplo de la Comunidad Económica Europea, que comenzó desde hace casi 25 años con la aprobación de directivas estableciendo soluciones uniformes en materia legislativa, mientras continúan los estudios para la aprobación de una sociedad anónima europea.

En igual sentido, sería provechoso que los juristas del MERCOSUR trabajaran en la elaboración de un estatuto uniforme para las sociedades anónimas, el cual pudiera ser luego total o parcialmente recogido por las respectivas legislaciones nacionales, sin descartar la regulación de una sociedad anónima del MERCOSUR, que consagrara una figura uniforme en toda la región.