

## EL ESTATUTO DE EMPRESAS BINACIONALES ARGENTINO-BRASILEÑAS Y LA UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS DE LA LEY 19.550

HUGO ENRIQUE ROSSI

### **PONENCIA**

Se propone acoger una interpretación funcional o finalista del Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas que posibilite encuadrar en sus disposiciones a la unión transitoria de empresas (U.T.E.) regulada en la ley 19.550.

### **FUNDAMENTOS**

1. El Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas –instituido por el Tratado del 6 de julio de 1990 ratificado por nuestro país mediante ley 23.935 y por el Brasil mediante el decreto legislativo 26/92– no ha obtenido todavía suficiente atención de la comunidad empresaria.

En la medida de un desarrollo sostenido y sustentado políticamente del proceso de integración económica, el instrumento puede sin embargo constituir una alternativa de considerable interés en la cooperación interempresaria.

Ello reconoce entre otras razones las posibilidades que, para la actuación de capitales nacionales en el Brasil, sea directa o a través de filiales o subsidiarias, puede llegar a brindar el llamado *trato nacional*, en virtud del cual la empresa binacional argentino-brasileña (en adelante E.B.A.B.) es equiparada a la empresa brasileña simple o a la empresa local de capital nacional en algunos aspectos que pueden considerarse centrales en la legislación económica (tributarios, crediticios, de la promoción industrial y de los contratos con el sector público) y que pueden además manifestarse en áreas de actividad reservadas o limitadas constitucionalmente; la excepción a determinadas restricciones que pudieren en cambio afectar al capital de origen en terceros países; y el tratamiento prioritario de los bienes y servicios producidos o prestados por la E.B.A.B., sobre los cuales recaería también la equiparación apuntada –que podría, por

ejemplo: eximirlos de "cupos" u otras cortapisas cuantitativas, como las que recientemente, originadas en actos unilaterales, se intentaron para ciertos productos.

Asimismo la apertura al capital privado de actividades tradicionalmente de monopolio estatal en el Brasil, como las telecomunicaciones, debería en su fase inicial, si esa apertura fuera "administrada" o gradual, beneficiar a empresas de la región como las E.B.A.B. que estuvieran en condiciones de aportar recursos tecnológicos suficientes para la explotación de las licencias que concediera el Estado.

Creo vale la pena entonces una referencia aunque sea breve a alguna de las posibilidades de encuadramiento en el Estatuto de las E.B.A.B. que puede tener la asociación de capitales y empresas de Argentina y Brasil, caracterizados como tales en el Estatuto conforme al domicilio de sus titulares controlantes.

2. Una de las cuestiones interpretativas que, entre otras, suscita el Estatuto es la relativa a la posibilidad de encuadrar en sus disposiciones a la figura de la unión transitoria de empresas (U.T.E.) introducida en 1983 por la ley 22.903 de reformas a la ley 19.550.

La respuesta se presenta dudosa.

El objeto de esta ponencia es, por los fundamentos que más abajo se expresan, propiciar interpretativamente una postura afirmativa.

Quedaría a partir de ello a cargo de la autoridad de aplicación—la Inspección General de Justicia de la Nación, conforme Resolución 1158/92 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto— el establecer aquellos aspectos reglamentarios que sean menester, si bien ello debería producirse una vez que tal interpretación quedara establecida en el Comité Binacional Permanente de Implementación y Seguimiento del Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas, el cual tiene entre sus funciones la interpretación del contenido y alcance de las disposiciones del Estatuto (art. X.4. del Tratado del 6 de julio de 1990).

Desde luego, serán las necesidades concretas de los agentes económicos las que determinen en cada caso la conveniencia o necesidad de recurrir o no a la figura.

Ello dependerá en buena medida de que el denominado *trato nacional* (art. V del Estatuto) pueda en algún aspecto alcanzar a la U.T.E. en cuanto tal de manera diferenciada con relación a aquel que pudiera corresponder a sus partícipes, ya que de lo contrario parece que no se justificaría si a éstos, siendo sociedades, les bastara acceder a él encuadrándose como E.B.A.B. mediante un "cruzamiento" en sus participaciones que confiera a cada inversor o grupo de inversores nacionales cuanto menos un 30% del capital del otro (art. I.2.b. y 3.c. del Estatuto).

Es decir, la figura podría tener sentido en aquellos casos en que, tanto por razones de hecho como de derecho (v. gr., exigencias del sector público en el pliego de una licitación o las condiciones de otra contratación), los partícipes tuvieran que recurrir a ella para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, y sobre todo que la U.T.E., para tal supuesto, tuviere en el país (Argentina y/o Brasil) derecho a un tratamiento—por ej. tributario (pese a no ser sujeto de derecho) o crediticio (si el crédito

oficial estuviere reservado a sus partícipes en la medida de su integración en la U.T.E.)—diferentes del que sus miembros podrían lograr por sí mismos, o del que pudiera corresponder a una figura similar cuyos partícipes no fueren inversores nacionales en los términos del Estatuto de E.B.A.B.; o sea, en ciertos aspectos el representante de la U.T.E. debe poder obtener para los participantes más de lo que éstos podrían por sí fuera de la U.T.E. y encuadrados como E.B.A.B.

3. Provisoriamente valdría notar, para explicar una posición contraria a la asumida en esta ponencia, que el instrumento aparece prima facie concebido para favorecer la formación de empresas más que los contratos entre empresas.

Podría en efectos entenderse que por tal mecanismo se logran o surgen formas de cooperación más estables y por ende más compatibles con la continuidad conveniente a los procesos de integración.

Incluso el diseño legal del instrumento muestra, a través de su terminología y muchos de sus recaudos, su atinencia a la materia societaria, y dentro de ésta a la disciplina de la sociedad anónima, presumiblemente por lo reiterado del empleo de este tipo en los dos países.

Se ha expresado también, en referencia a la negociación del Tratado, la posición brasileña contraria a la admisión de otras formas asociativas.

4. Desde otro punto de vista, sin embargo, la figura de la U.T.E. puede por diferentes fundamentos ser colocada dentro del marco del Estatuto.

4.1. En los instrumentos económicos la empresa no puede quizás ser ligada a una dogmática precisa sino que puede ser más apropiado concebirla como una realidad económica más allá de su configuración jurídica.

En tal sentido, si es visualizada como una actividad organizada que se posibilita por una determinada asociación de recursos y esfuerzos, la figura de nuestra U.T.E. se inscribiría en dicha realidad.

4.2. El Estatuto tiene como objetivo prioritario el de promover no sólo la integración sino también “la complementación a nivel de empresas”, según lo expresan los considerandos del Tratado que lo instituyó.

La U.T.E. satisface ese fin de complementación—así como el de integración es asequible a través de la figura de la *joint venture* societaria que trato en una ponencia separada—, y si bien es cierto que es la resultante de un contrato entre empresas, también ella misma puede ser considerada una empresa en el sentido económico que entiendo es el que ha de priorizarse en la interpretación y aplicación de instrumentos como el tratado, ya que es una realidad final más que un recurso técnico-legal en cuanto tal lo que a través del Tratado de E.B.A.B. ha de fomentarse con un trato diferenciado como el que éste prevé.

4.3. La forma societaria no es necesariamente más estable en el Estatuto que la colaboración interempresaria a través de una U.T.E.

El Estatuto remite a las normas de cada país para la constitución y funcionamiento de las sociedades, lo que en nuestro derecho supone no fijar un límite mínimo al plazo de duración de las sociedades.

Por el otro la realidad muestra bastante reiteradamente que la unión "transitoria" de empresas no es tan transitoria, ya que con cierta frecuencia se constituye para encarar emprendimientos cuya magnitud es incompatible con una extensión temporal abreviada, que muy probablemente no los justificaría.

A menudo estos contratos han sido celebrados con el fin de explotar concesiones de servicios públicos por plazos considerablemente extensos—usualmente así previstos como uno de sus atractivos en los propios pliegos o condiciones licitatorias—o llevar a cabo obras públicas cuyo desarrollo, por su envergadura, es de por sí bastante extenso. También ha podido darse que a la ejecución de la obra siguiera la explotación de las instalaciones o servicio por un plazo suplementario, acentuado ello la extensión del emprendimiento por la sumatoria de las dos etapas.

4.4. El Estatuto de E.B.A.B. es neutral en cuanto a la importancia patrimonial que pueden llegar—o no— a asumir las figuras societarias que se acojan a sus disposiciones, al no contener normas sobre capitales mínimos ni sobre el mantenimiento de éstos dentro de determinados niveles indicativos de un desenvolvimiento cualificado por sus resultados.

El acierto de esa neutralidad—que da cabida a la pequeña y mediana empresa, que en el Brasil tiene protección constitucional y en nuestro país en los últimos tiempos forzosamente ha tenido que suscitar la preocupación del legislador, aun sin realidades efectivas en cuanto a su imprescindible fomento—reside en la amplitud y la apertura, y no en la restricción.

No tendría sentido entonces negar el acceso a sus beneficios a estructuras que muestran una asociación económicamente calificada de capitales—superior a la de muchas sociedades— como ocurre con las U.T.E., las que por añadidura, en razón de su objeto, son potencialmente capaces de operar con efecto multiplicador sobre la actividad económica.

4.5. La regulación del Estatuto se queda por debajo de su expresa finalidad ya señalada—promover la integración y complementación a nivel de empresas—y frente a ello, por su carácter económico, es dable privilegiar dicha finalidad por sobre la limitación de la normación literal.

El Estatuto contiene un procedimiento para la creación de las E.B.A.B. (arts. IV y VIII), que luego deben subsistir como tales, según está implícito en el *trato nacional* (art. V) y en la certificación del funcionamiento y la eventual posibilidad de la pérdida de su calificación de E.B.A.B. a que se hallan sujetas (art. IX. 1. y 3.). Es decir, la *empresa* no es necesariamente una realidad preexistente sino que será suficiente que sea el resultado del cumplimiento de las disposiciones del Estatuto, y será la permanencia de tal resultado lo que merecerá el tratamiento económico y jurídico previsto.

La U.T.E. asienta en cambio con mayor frecuencia en la preexistencia de empresas —las participes, sociales o individuales— y por lo tanto la posibilidad del aprovechamiento a través de ella de capacidades ya instaladas puede satisfacer aun más acabadamente las apuntadas finalidades del Estatuto que las figuras societarias a que éste se refiere.

4.6. Por razones políticas, en fin, la efectiva obtención en los hechos del trato nacional en el Brasil es más probable para una *joint venture* contractual en la que empresarios de ese país tengan participación relevante.

5. Señalada la adecuación de la figura contractual de la U.T.E. a la finalidad cardinal del Estatuto de Empresas Binacionales, es de advertir que las disposiciones de la ley 19.550 parecen además suficientemente compatibles con la caracterización de la E.B.A.B. en su Estatuto, siempre que supere interpretativamente su literalidad.

5.1. El *fondo común operativo* (art. 378 inc. 6° LSC), si bien es indudable que no responde a la noción jurídica de capital social —a suministrarse por el derecho interno de cada país— puede sin embargo ser visto *lato sensu* como el receptáculo de una asociación de capitales en sentido económico.

5.2. Las obligaciones asumidas, las contribuciones debidas a dicho fondo y los modos de financiar o sufragar las actividades comunes (art. e inc. cits.) tampoco responden, evidentemente, a lo que ha de entenderse por aportes de capital, pero en un sentido también económico pueden incluso asumir una importancia muy superior a la de éstos, pues dan cabida a prestaciones —y a modalidades para llevarlas a cabo— que superan la limitación de los arts. 39 y 45 LSC y brindan por lo tanto posibilidades de mayor flexibilidad en la capitalización real del emprendimiento.

5.3. El fondo común operativo es cuantificable económicamente y por ello lo es también la participación en él de los miembros de la U.T.E., lo que permite colocar tal participación con certeza dentro de los límites del art. I.2.a. y b. del Estatuto de E.B.A.B.

5.4. El efectivo control de los inversores de ambos países aparece para la U.T.E. potenciado en la propia LSC, al exigir ésta unanimidad —salvo pacto en contrario— para los acuerdos (art. 382).

5.5. En el Estatuto de E.B.A.B. es imperativa la estructuración del capital social, en tanto la participación en la administración de la empresa es un derecho que debe estar reconocido —con resultado cierto en caso de que se lo ejercite— contractual o estatutariamente, no siendo admisible su renuncia anticipada.

En el caso de la U.T.E. el representante sólo puede actuar para la consecución de su objeto, ejerciendo los derechos y asumiendo las obligaciones necesarios para ello, dentro de los límites de los poderes de los miembros y de su revocación incausada sólo puede decidirse por unanimidad de éstos —o por mayoría absoluta mediando justa causa— (art. 379 LSC), lo que en términos de la limitación y control que implica puede ser equiparado al derecho de nombrar miembros en la administración social acordado por el Estatuto de E.B.A.B. (art. I.2.c.).

Por lo demás, como lo ha advertido la doctrina, si bien la ley se refiere al representante (en singular), tal circunstancia no impide la designación de más de una persona para la función, y esa designación puede recaer tanto sobre terceros como sobre los propios partícipes, es decir que, aunque no estemos en presencia de un órgano en el sentido de la LSC de uno o más apoderados —que si fueren personas jurídicas (incluso los propios partícipes de la U.T.E., designando la persona o personas físicas que en su nombre asumirán la representación)—, en definitiva la posibilidad de participar en la administración del emprendimiento existirá y creo que es esto lo que debe ser tenido en cuenta.

5.6. Por último, la admisión de nuevos miembros en la U.T.E. puede ser prohibida o sujeta a aceptación unánime de los otros (arts. 378 inc. 10 y 382 LSC), lo que posibilita el efectivo mantenimiento del control y consecuentemente el de la calificación de *binacional* con los alcances del Estatuto, que en determinados casos puede ser de importancia cuando por su objeto la U.T.E. requiriere de ella.

En suma, los fundamentos expresados, si bien debe reconocerse que no aventan lo dudoso de la cuestión, se inscriben no obstante en los límites de lo razonable y lo útil, en tanto aparecen ordenados a las finalidades del Tratado de Empresas Binacionales.

Por otra parte, y en términos generales, de frente a procesos de integración económica estimo será preferible propiciar aquellas interpretaciones que, aun cuando aparenten trascender la voluntad primigenia del legislador, siempre que, desde los objetivos de los instrumentos normativos dispuestos, no desnaturalización a éstos en su esencia, permitan o faciliten una mayor variedad de formas jurídicas asequibles, cuya aplicación puedan luego evaluar los operadores del derecho y, en función de sus necesidades concretas, los propios empresarios.