

## **FORMAS JURÍDICAS QUE PUEDEN ADOPTAR LAS EMPRESAS BINACIONALES ARGENTINO-BRASILEÑAS**

JORGE ABEL IBARRA

### **PONENCIA**

1) Interpretación con criterio amplio de las normas del Tratado del Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas, respecto de las formas jurídicas que pueden adoptar estos entes.

2) La empresa binacional puede adoptar cualquiera de las formas jurídicas del amplio abanico de posibilidades que ofrecen las legislaciones de cada país, aun las de carácter transitorio y sin personalidad jurídica, sean sociedades, asociaciones, fundaciones, etcétera.

3) Resultaría muy positivo que se modificara el Tratado, incorporando un texto más explícito sobre el espíritu del mismo, respecto del tema en cuestión. Para de esta manera evitar que por formalismos terminológicos se generen obstáculos que entorpezcan el objetivo de la figura, o sea, la integración y complementación a nivel de empresa.

### **FUNDAMENTOS**

#### **1. Introducción**

Tanto la República Argentina como la República Federativa del Brasil, han decidido encarar un proceso de integración y complementación económica; en la búsqueda de satisfacer la mutua necesidad de un mercado a gran escala, que les facilite el logro de una diversificación de sus perfiles productivos, promover la eficiencia y competitividad en sus agentes económicos, adaptación de los mismos a un accionar ágil y eficiente en este mercado global; incrementando así el poder de negociación internacional de los productos de la región.

Ambos gobiernos han considerado objetivo prioritario, para asegurar el éxito del proceso de integración y cooperación de sus economías, el promover la integra-

ción y complementación a nivel de empresas. Para ello los poderes políticos de los dos países acometieron la tarea de elaborar un régimen legal que regulara estas integraciones empresarias. El otro factor por el cual se hacía necesario este régimen, surgía del hecho de que ambos países contaban con un tratamiento jurídico especial para la radicación de inversiones extranjeras. Dichos tratamientos implican el cumplimiento de complejas formalidades tanto para el establecimiento como para la gestión de las mismas. Además el tratamiento diferencial hacia las inversiones extranjeras se encontraba presente también en temas tales como el tributario, el acceso al crédito, el acceso a los regímenes de promoción industrial y las contrataciones con el sector público.

El 29 de julio de 1986 dentro del marco del Programa de Integración y Cooperación Económica entre ambos países se firmó el Protocolo N° 5 de Empresas Binacionales. Este Protocolo 5 formula los objetivos políticos de “promover con firmeza el fortalecimiento del capital nacional” y generar condiciones que facilitarán la “voluntad de asociación de empresas jurídicas de capital nacional de los dos países”.

El 6 de julio de 1990 se firmó el Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino Brasileñas. Este tratado contiene falencias de técnica legislativa, lo que junto a la falta de definición explícita del concepto “empresa” ha sido la causa de que surgieran posiciones doctrinarias enfrentadas en torno a las formas jurídicas que pueden adoptar estos entes. Precisamente este controvertido tema es objeto de análisis del presente trabajo.

## ***2. Naturaleza jurídica de la empresa binacional***

Si bien el régimen de las empresas binacionales tiene su origen en un sistema normativo de carácter internacional, las mismas no son personas de derecho internacional, ya que se van a constituir sobre la base de la legislación de alguno de los dos países.

Por otro lado no constituyen una nueva “forma o tipo” asociacional que se adiciona a los existentes en los sistemas legales de ambos países. Sino que se trata de un ente que organizado en uno de los dos países firmantes del tratado, de acuerdo a una de las formas jurídicas previstas en su legislación, cumple además con el sistema de exigencias establecidas en el Tratado; que la habilitan para obtener un trato privilegiado en su accionar en el otro país signatario del mismo.

En este punto resulta errónea la posición sustentada por el jurista Luiz Olavo Baptista cuando sostiene:

“No se trata de hacer una empresa argentina con subsidiaria o filial brasileña—ni viceversa—, sino de formar una sola empresa existente en los dos países, con establecimiento en uno solo o en los dos, donde goza de los mismos derechos que las empresas locales”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo: “Empresas binacionales: Brasil-Argentina”, artículo incorporado en la obra de AGUINIS, Ana M. M. de: *Empresas e Inversiones en el Mercosur*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires. 1993, p. 170.

Esta interpretación no es correcta porque:

- a) La empresa va a tener la nacionalidad correspondiente al país donde estableció su sede y será "tratada como nacional" en el otro país (no es una empresa nacional para este último).
- b) La empresa binacional es argentina con subsidiaria o filial brasileña —o viceversa—. El mismo Tratado en su art. III punto 3 se ocupa de aclararlo cuando establece: "Las empresas binacionales con sede en uno de los países podrán establecer en el otro sucursales, filiales o subsidiarias, observando las respectivas legislaciones nacionales en cuanto objeto, forma y registro".

Es decir que el Estatuto, como instrumento para la promoción de la integración empresaria, no crea una forma jurídica de naturaleza supranacional. Sino que recurre a las figuras contempladas por las legislaciones de ambos países. Esto determina que desde el punto de vista jurídico las empresas binacionales son entes nacionales de Argentina o de Brasil formada por inversores de ambos países; que por efecto del régimen definido por el Estatuto, poseen en el plano económico, un tratamiento como nacional en el país en que no tienen su sede. Por lo tanto, su carácter binacional es catalogado por la doctrina como de naturaleza económica.<sup>2</sup>

### 3. *Formas jurídicas de la empresa binacional*

El art. III punto 1) del Estatuto establece que la empresa binacional "revestirá una de las formas jurídicas admitidas por la legislación del país elegido para sede social".

Sobre el tema de las formas jurídicas admitidas para las empresas binacionales no existe doctrina pacífica. Existen posturas muy disímiles en lo que respecta a la determinación del alcance de la expresión del art. III punto 1).

El problema es generado por el hecho de que el Estatuto no define el término empresa en forma explícita. A lo que se suma el inconveniente de que este término no tiene una definición legal unívoca. Ya que ha sido incorporado por distintas ramas del derecho con distintos alcances. Tampoco el Tratado especifica qué ámbito o ámbitos del derecho resultan alcanzados por sus normas.

### 4. *Posturas doctrinarias sobre las formas jurídicas que pueden adoptar las empresas binacionales argentino-brasileñas*

Se pueden citar tres posturas doctrinarias sobre el alcance que se le debe otorgar al texto del punto 1) art. III del Estatuto. Ordenadas con un criterio que va de menor a mayor amplitud; ellas son:

<sup>2</sup> FERRARI ETCHEVERRY, Marta H.: "Las empresas binacionales argentino-brasileñas como mecanismo de integración". Revista *Simetría*, setiembre 1991, p. 22.

- a) Sólo pueden adoptar una de las formas previstas para las sociedades comerciales.
- b) Pueden adoptar cualquiera de las formas societarias con la condición de que dichos tipos societarios posean personalidad jurídica.
- c) Pueden adoptar cualquier forma jurídica, aun las de carácter transitorio y sin personalidad jurídica.

#### 4.1. Deben adoptar la forma de sociedades comerciales

Esta postura adopta un concepto restringido de la expresión "formas jurídicas admitidas" (art. III del Estatuto).

Quienes adhieren a esta postura sostienen que constituye un requisito "de orden formal o jurídico", exigido por el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas, que "las empresas binacionales se instrumenten por medio de sociedades comerciales, utilizando alguno de los tipos previstos por la legislación del país elegido para la sede social".<sup>3</sup>

Hay que reconocer que existen en el texto del Tratado ciertos aspectos terminológicos que parecen avalar esta postura. Por ejemplo, cuando se hacen las siguientes referencias:

- al "capital social" en el art. I 2 a) y b); art. IV 2) y 4);
- a la "denominación o razón social" art. III 1);
- a la "integración del capital social" art. IV;
- al "Estatuto social" art. VII y VIII.

Peró también es cierto que el texto original del tratado preveía como forma jurídica —a adoptar por las empresas binacionales—, la de "sociedad anónima", y que ello fue desechado; de o cual podemos extraer dos importantes conclusiones:

- a) La causa de la existencia en el texto del Estatuto de distintos términos típicos de las sociedades comerciales, no se encuentra en una pretensión del legislador de que las empresas binacionales adopten la forma de sociedades comerciales, sino que constituyen deficiencias de técnica legislativa *que hay que corregir*.
- b) *Si se desechó la forma de "sociedad anónima"; porque se entendió que resultaba necesario ofrecer un abanico de alternativas de organización mucho más amplio; a la vez que se evitó también un equivalente a la expresión "sociedad en cualquiera de sus variantes"; resulta indudable que se adoptó una concepción mucho más amplia que sociedades comerciales y aun que sociedades en general.*

<sup>3</sup> ETCHEVERRY, Marta; DEVOTO, Guillermo Eduardo: "Consideraciones acerca del régimen de empresas binacionales argentino-brasileñas", publicado por el Banco de Boston y el Intal en 1990.

Además cabría la pregunta a los sostenedores de esta postura, si es que se pretendió que adoptaran la forma de sociedades comerciales, *por qué se denominó a la figura "empresa binacional" y no "sociedad comercial binacional"*; *conociendo ambos gobiernos la acepción amplia que el concepto "empresa" posee en ambos países.*

Aún más contundente resulta el hecho de que debe incorporarse a su denominación o razón social las palabras, "Empresa Binacional Argentino-Brasileña" o las iniciales "E.B.A.B." o "E.B.B.A.". ¿Por qué no se mandó incorporar "Sociedad Binacional Argentino-Brasileña"?

#### 4.2. Pueden adoptar cualquier forma jurídica con la condición de que sean societarias con personalidad jurídica

Esta posición doctrinaria sustentada por el jurista brasileño Luiz Olavo Baptista que sostiene que los objetivos políticos del Protocolo 5 "Apuntan también a la exclusión de formas contractuales de cooperación del tipo de los consorcios, es decir, de las *joint ventures* no societarias. El Protocolo 5 se refiere a empresas' (no a proyectos o emprendimientos) y en los dos países la noción de empresa está usualmente asociada a las firmas societarias personalizadas".<sup>4</sup>

Sostiene que los consorcios no encuadran en el régimen del Estatuto ya que no constituyen una empresa, sino que son un mero contrato entre empresas, celebrado para un emprendimiento determinado.

*Respecto de esta posición tenemos que observar que del texto del Estatuto, no surge como condición necesaria que a la forma jurídica adoptada posea personería.*

El Dr. Luiz Olavo Baptista sostiene además: que la actividad ha de ser económica; así el tratado engloba a los servicios la industria y el comercio. Por lo que las actividades no económicas, como las de naturaleza científica y cultural no resultan—a su criterio—comprendidas por el tratado. Sostiene que el tratado tiene una naturaleza eminentemente económica, ya que su tercer considerando expresa "El objetivo prioritario de promover la integración y complementación a nivel de empresas para asegurar el éxito del referido proceso".<sup>5</sup>

Lamentablemente el Tratado no define el alcance de los términos integración y complementación económica. La postura del Dr. Baptista responde a una concepción muy restringida del concepto de "lo económico", ya que no considera económicas las actividades de naturaleza científica y cultural.

Sin embargo "*lo económico*", *es mucho más que las actividades con fines de lucro, tiene que ver con todo lo relativo a la adjudicación de bienes escasos a fines alternativos con el objetivo de maximizar el bienestar.*

También a este autor correspondería plantearle, si el Tratado sólo admite las formas societarias con personalidad jurídica, por qué razón se cambió la postura original

<sup>4</sup> Ídem (1); pp. 169, 170 y 178.

<sup>5</sup> Ídem (1); pp. 190 y 191.

consistente en que tuvieran la forma de sociedades anónimas y se evitó también incorporar la expresión "sociedad en cualquiera de sus variantes". ¿Por qué causa en el texto del tratado no se incorporó el requisito de la personería jurídica? Además, ¿por qué se las denominó "empresas binacionales" y no "sociedades binacionales"?

#### **4.3. Pueden adoptar cualquier forma jurídica, aun las de carácter transitorio y sin personalidad jurídica**

Esta postura es sostenida por el Dr. Raúl A. Etcheverry, considera que la empresa binacional puede adoptar cualquiera de la amplia variedad de formas asociativas previstas por las legislaciones de cada país, incluso las de carácter transitorio y sin personalidad jurídica.

Sosteniendo que el texto del art. III del Estatuto se encuentra inspirado en un criterio amplio y comprensivo de todas las organizaciones empresarias legalmente aceptadas.

Continúa diciendo Etcheverry que podría no ser frecuente que se constituyan fundaciones o asociaciones binacionales —aunque ello no tiene por qué descartarse—, pero sí cabe pensar que las sociedades civiles, las cooperativas, las uniones transitorias (Argentina) y los consorcios (Brasil) puedan crearse con la característica de empresa binacional; además, por supuesto, de los conocidos tipos regulares de sociedades.<sup>6</sup>

#### **5. Postura sustentada por este trabajo. Argumentos que la fundamentan**

En este trabajo se considera que la posición que considera que las empresas binacionales argentino-brasileñas pueden adoptar cualquier forma asociativa, aún las de carácter transitorio y sin personalidad, es la que interpreta en forma cabal el espíritu del Estatuto.

Esta postura se sustenta en los siguientes argumentos:

##### **5.1. El objetivo de la figura**

El alma del Estatuto se encuentra localizada en los arts. IV punto 3, V, VI y VII, ya que en dicha normativa se encuentran contemplados los tratamientos preferenciales para las empresas binacionales argentino-brasileñas; a saber:

1. *Tratamiento como nacionales* en materia de:

- a) tributación interna;
- b) acceso al crédito interno;
- c) acceso a incentivos o ventajas de promoción industrial, nacional, regional o sectorial;
- d) acceso a las compras y contratos del sector público;

<sup>6</sup> ETCHEVERRY, Raúl A. "Revista Del Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 136-138, Depalma. Bs. Aires, julio-diciembre 1990, pp. 569, 572 y 573.

e) tratamiento prioritario equiparado al de las empresas de capital nacional, para los bienes y servicios producidos por las empresas binacionales; en la instrumentación por ambos Gobiernos de las iniciativas bilaterales desarrolladas en el contexto del proceso de integración y cooperación económica.

2. *La libre transferencia de divisas* tanto en el momento de la constitución de la empresa binacional, como en el momento de remesar utilidades o de repatriar capitales.

3. *Facilitar la movilidad entre ambos países del personal empleado* por las empresas binacionales, incluyendo: a) Facilidades para obtener la autorización de permanencia temporaria o definitiva; y b) reconocimiento recíproco de títulos profesionales.

El objetivo del régimen de las empresas binacionales argentino-brasileñas es definir un régimen jurídico *que elimine los obstáculos de índole económica y jurídica que puedan dificultar la integración empresaria entre ambos países.*

Si el objetivo es eliminar los obstáculos económicos y jurídicos que dificultan la integración económica de las empresas, por qué restringir estos beneficios sólo a las sociedades comerciales. Por qué privar de ellos a entes culturales, científicos, de la salud, etc.; que también desempeñan un importante papel económico.

¿Por qué negarles los beneficios de la figura a los contratos de colaboración empresaria? Bien conocido es que existen emprendimientos y proyectos (v.gr.: ejecución de una determinada obra, prestación de un determinado servicio o provisión de algún suministro), que poseen una vida limitada en el tiempo y caracterizados además, por requerir la movilización de recursos económicos cuantiosos que exigen que las empresas se unan para la ejecución de los mismos. A su vez en numerosas oportunidades de empresas necesitan unirse con la finalidad de facilitar y desarrollar determinadas etapas de su actividad que individualmente no pueden encarar. Las legislaciones tanto argentina como brasileña han sido sensibles a estas necesidades y han incorporado formas jurídicas *ad hoc* (uniones transitorias de empresas y agrupamientos de colaboración empresaria en Argentina y consorcios en Brasil), que no poseen personería. Estos proyectos y emprendimientos no sólo hacen posible que un mayor valor agregado quede en la región, sino también que las estructuras empresarias adquieran fortaleza, mejorando su nivel de eficiencia y diversificando sus perfiles productivos, que son los objetivos que los gobiernos de ambos países tuvieron en vista al encarar los acuerdos de integración y complementación económica. A esto se agrega como ya se dijo que en el texto del Estatuto no surge la exigencia de personería y para graficar la amplitud de su criterio el legislador denominó a la figura "empresa binacional" y no "sociedad binacional". Por lo que no existe razón alguna para negar las ventajas que otorga el régimen del Estatuto a la voluntad de asociación de las empresas que quieren adoptar los tipos de formas jurídicas sin personería como las uniones transitorias de empresas, los agrupamientos de colaboración empresaria y los consorcios.

*¿Existen argumentos económicos, políticos, sociológicos, etc.; que justifiquen privar, a las distintas formas asociacionales reconocidas por ambos estados, de los beneficios de esta figura?*

¿O sólo se esgrimen formalismos terminológicos? En este último caso cabría preguntar:

¿Qué es lo que realmente importa?, ¿es lógico que se privilegien los términos de un texto legal por sobre los objetivos de la institución legal que se establece a través del mismo?

¿Es lógico y justo que se discrimine a las UTE, a los contratos de colaboración empresaria, a los consorcios, a las fundaciones y a las demás formas asociacionales, forzándolas a adoptar un tipo societario tal vez inconveniente?

## 5.2. Pormenores del génesis del texto del Estatuto

El texto original del proyecto del Tratado preveía como forma que debían adoptar las empresas binacionales, el de sociedades anónimas. Esta concepción fue descartada dada su estrechez respecto de los objetivos de las normas en las que se enmarcaba el Tratado. Se evitó también utilizar una expresión equivalente a "sociedad en cualquiera de sus variantes".<sup>7</sup> Todo ello lleva a concluir que se adoptó una concepción de mucho más amplia que sociedades comerciales y que sociedad en general.

La presencia en el texto del Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas de conceptos típicos de las sociedades comerciales, no constituyen otra cosa que deficiencias en técnica legislativa. Estas falencias tienen su origen en el hecho ya citado de que originalmente se pensó que debían tener la forma de sociedades anónimas, luego cuando se cambió esta concepción se omitió corregir las expresiones que se relacionaban con dicha postura original.

Por lo tanto, no debe adjudicarse otro significado a este hecho. Es decir, de ninguna manera el legislador pretendió insinuar a través del uso de dichos términos que las empresas binacionales necesariamente debían adoptar la forma de sociedades, ni de sociedades comerciales en particular.

## 5.3. Concepto de empresa implícito en el Estatuto

El Tratado no define el término empresa en forma explícita. Y se dice en forma explícita, pues implícitamente, al utilizar el término "empresa" en forma genérica, adopta el sentido lato del concepto.

El Dr. Isaac Halperín ha dicho de la empresa: "Se entiende por empresa la organización de bienes y servicios para la producción de bienes y servicios. Puede apre-

<sup>7</sup> Ídem (6); p. 569.

ciarse que el concepto es amplio, puesto que en él queda incluido un hospital de beneficencia o un orfanato;...".<sup>8</sup>

Luego el mismo autor expresa que en virtud del fallo plenario autos Alfano del 27/12/29 se "afirmó decisivamente la orientación jurisprudencial, de aplicación extensiva del inc. 5 considerando..." (del art. 8 del Cód. de Comercio). "Con el criterio ahí establecido toda interposición organizada en la prestación de servicios *con el fin de lucro*, constituye una empresa *mercantil*"<sup>9</sup> (la bastardilla es nuestra).

Por lo tanto tenemos dos conclusiones importantes:

- que el concepto empresa abarca tanto entes con fines de lucro como a los que no lo tienen;
- la empresa mercantil es una especie del género, su nota característica es su fin de lucro.

El Estatuto usa solamente el término "empresa" y su art. II, que trata el objeto de las empresas binacionales establece que podrán tener *como objeto cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su sede, salvo las limitaciones establecidas por disposición constitucional. No especifica que deba tener fines de lucro*, en todo momento hace referencia a la "empresa binacional", y en ninguno se refiere a la especie "empresa *mercantil* binacional".

No existe argumento alguno que habilite a cercenar o restringir por vía de la interpretación el amplio concepto de empresa que adopta el Estatuto. Por lo que pueden constituirse empresas binacionales con forma jurídica de UTE, contrato de colaboración empresaria, sociedades, fundaciones, asociaciones civiles por ejemplo y sea que tengan fines lucrativos, culturales, benéficos o científicos.

#### 5.4. Nombre de la figura jurídica

Es importante observar que si el legislador hubiera pretendido que las empresas binacionales sólo pudieran adoptar formas de sociedades; hubiera denominado a la figura en estudio, "Sociedades Binacionales" y no hubiera utilizado la expresión "Empresas Binacionales"; sobre todo conociendo la acepción amplia que el concepto "empresa" posee en ambos países.

#### 5.5. Aditamento a agregar al nombre del ente

Al tratar el tema de la denominación expresa que debe agregarse el aditamento "empresa binacional argentino-brasileña"; no utiliza el término sociedad.

<sup>8</sup> HALPERÍN, ISSAC: *Curso de Derecho Comercial*, t. I, Bs. Aires, 1972, p. 48.

<sup>9</sup> Ídem (7); p. 52.

### 5.6. El Estatuto tampoco exige personería jurídica

Del texto del Estatuto no surge como condición necesaria que la forma jurídica adoptada deba poseer personería.

### CONCLUSIONES

De todo el desarrollo anterior se puede concluir que:

- 1) Tanto el tratado como las normas que constituyen su marco jurídico tienen que ser interpretados con un criterio amplio.
- 2) Que la empresa binacional argentino-brasileña puede adoptar cualquiera de las formas jurídicas del amplio abanico que le ofrecen las legislaciones de cada país parte del Tratado, incluso aquellas de carácter transitorio y sin personalidad jurídica, así tengan por objeto suministrar bienes y servicios al mercado o persigan objetivos culturales, científicos o benéficos. Ya que el texto del Estatuto en general y de su art. III en especial se encuentra inspirado en una concepción amplia y abarcativa de todos los tipos de organización asociativa aceptados por las legislaciones de Argentina o de Brasil.
- 3) Resultaría muy positivo que se modificara el Tratado, incorporando un texto más explícito sobre el espíritu del mismo en lo que respecta al tema de las formas jurídicas que pueden adoptar las empresas binacionales. A su vez aprovechar la oportunidad para corregir algunos errores de técnica legislativa; para evitar que formalismos terminológicos generen obstáculos que entorpezcan el objetivo de la figura, o sea, la integración y complementación a nivel de empresas argentino-brasileñas.

### BIBLIOGRAFÍA

- ETCHEVERRY, Marta: DEVOTO, Guillermo Eduardo: "Consideraciones acerca del régimen de empresas binacionales argentino-brasileñas", publicado por el Banco de Boston y el Intal en 1990.
- ETCHEVERRY, Raúl A.: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 136-138, Depalma, Bs. Aires, julio-diciembre, 1990.
- AGUINIS, Ana M. M. de: *Empresas e Inversiones en el Mercosur*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1993.
- FERRARI ETCHEVERRY, Marta H.: "Las empresas nacionales argentino-brasileñas como mecanismo de integración", Revista *Simetría*, setiembre 191.
- HALPERÍN, Isaac: *Curso de Derecho Comercial*, t. I, Bs. Aires, 1972.