

## **NUEVAS FORMAS SOCIETARIAS EN LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL MERCOSUR**

MARTHA ASUNCIÓN ENRIQUEZ PRADO (Brasil) <sup>1</sup>

### **PONENCIA**

El Mercosur no tiene las características de órgano supranacional como ocurre con la UE, pero eso no implica que futuramente no pueda tomarse en un Mercado Común o una Unión Política y Económica como la UE. Para eso será necesario que las Constituciones de sus Estado partes sean modificadas, permitiendo la delegación de poderes más amplios en favor de los órganos del Mercosur.

Sin embargo no podemos dejar de acentuar la fidelidad del Mercosur al clásico modelo de la intergubernabilidad o de la cooperación, que caracteriza el mecanismo de decisiones de la mayor parte de las organizaciones internacionales.

Con relación a las formas societarias en el ámbito del Mercosur debo destacar el caso de Brasil, pues debe modificar con urgencia la rigidez de dispositivos constitucionales que limitan el capital extranjero y la formación de empresas por extranjeros en ciertas actividades y áreas de exploración. Tampoco puede esperar más tiempo la armonización de la legislación societaria de los Estados partes, corremos riesgo del desequilibrio de las economías internas y perder el tren del mercado global.

<sup>1</sup> Prof. de Derecho Internacional y Derecho Comercial en la Universidad Estatal de Londrina, Brasil. Abogada y master en Derecho Civil por la Universidad Estatal de Londrina, Paraná, Brasil. Doctorada en Derecho de las Relaciones Económicas Internacionales por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Brasil.

## FUNDAMENTOS

### 1. Introducción

El deseo de Simón Bolívar al manifestar *La América reunida de corazón será invencible*, hoy es una realidad para millones de latinoamericanos que buscan nuevas formas de organización e integración de sus países.

Al crear El Mercosur los Estados partes pasaron a enfrentar el mayor desafío de sus políticas externas en este final de siglo, teniendo que asimilar la tónica del nuevo orden económico mundial. La nueva realidad va tomando cuerpo aunque de forma lenta pero con muchos puntos a favor, pues tenemos una raíz sociológica, lingüística e histórica común, diferente a la Unión Europea que convive con pueblos, lenguas, razas, culturas, estilo de vida y políticas diferentes.<sup>2</sup>

Considerando el predominio de las culturas ibéricas en la colonización de Latinoamérica y en especial de los Estados partes del Mercosur, también en el campo jurídico existen muchas semejanzas: sus sistemas jurídicos provienen de la familia romano-germánica de derecho: Argentina y Paraguay tuvieron el mismo Código Civil, con base en el Esbozo de Texeira de Freitas (Brasil) y otros muchos aspectos que no los citamos aquí para no alargarnos.

### 2. Naturaleza jurídica del Mercosur

El Mercosur, creado por el Tratado de Asunción, en Brasil pasó a tener vigencia desde el 29 de noviembre de 1991, como una zona de libre comercio, que viene reduciendo progresivamente las tarifas externas, para llegar a una unión aduanera con la adopción de una Tarifa Externa Común y finalmente un Mercado Común que posibilite la libre circulación de los factores de producción, capital y trabajo, la libertad de establecimiento y de competencia en los países miembros.

Cumpliendo el art. 18 del Tratado de Asunción, el 17/12/94, los Estados partes firmaron el *Protocolo de Ouro Preto*, por el que se creó la personalidad jurídica y la Estructura Institucional "definitiva" del Mercosur.

La personalidad jurídica posibilita al Mercosur practicar todos los actos necesarios para realizar sus objetivos. El Protocolo de Ouro Preto en su art. 36, le permite celebrar acuerdos de sede y el art. 8, inc. III, otorga al Consejo del Mercado Común la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur.

No resta duda que el Mercosur es una Organización Internacional de Derecho Público dotado de personalidad jurídica, pero no se trata de una Organización Internacional independiente de cada uno de sus Estados miembros con autonomía para practicar todos sus actos y con poderes supranacionales, ya que está condicionado al Ordenamiento Jurídico de sus Estados partes.

<sup>2</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo: *Mercosur. Das Negociações à Implantação*, São Paulo, 1994, n° 13.

El art. 9, del Protocolo de Ouro Preto faculta al Consejo del Mercado Común manifestarse a través de decisiones y el art. 15, confiere al Grupo Mercado Común el poder de emitir resoluciones, las cuales son de naturaleza obligatoria para los Estados partes. Pero particularmente entiendo que los arts. 9 y 15, del Protocolo de Ouro Preto otorgan al Consejo del Mercado Común y al Grupo del Mercado Común facultades de Estado, porque los actos emanados de estos órganos serían nítidamente de carácter supranacional por ser obligatorios para los Estados partes.

Por otro lado el art. 37, del mismo Protocolo condiciona las decisiones de los órganos del Mercosur al consenso y a la presencia de los Estados partes. Esta conducta, claramente, indica que tanto el Consejo como el Grupo del Mercado Común solo pueden editar normas dentro de la esfera de sus competencias.

No hay duda que existe una contradicción y esto nos hace meditar, hasta que punto son efectivamente obligatorias las decisiones del Consejo y las resoluciones del Grupo del Mercado Común y cual es la eficacia que esos actos tienen en relación a los Estados partes y en sus legislaciones internas, ya que no vemos ninguna característica de supranacional en los órganos del Mercosur.

Después de este breve análisis puedo concluir que la naturaleza jurídica del Mercosur es de una organización internacional sin poderes supranacionales.

A pesar que la Constitución Federal brasileña de 1988, en el art. 4º determina como principio fundamental la busca de la integración económica, política y cultural de los pueblos de América Latina, con vías a una comunidad latinoamericana de naciones, perdió la oportunidad<sup>3</sup> de incluir en su texto la jerarquía mayor que deben tener las normas provenientes de tratados internacionales sobre las normas internas, a semejanza de la reciente alteración en la Constitución Argentina.

Por esto entiendo que es urgente crear dispositivos en las constituciones de los Estados partes, determinando que las normas emanadas de los órganos del Mercosur tengan jerarquía superior a las normas internas y determinar si estas normas serán autoaplicables o dependerán de reglamentación, vale decir, si serán programáticas o de aplicación inmediata.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> "É unânime a opinião dos constitucionalistas brasileiros de que o Constituinte de 1988, ao redigir o art. 4º da Constituição Federal perdeu uma boa oportunidade para definir, como norma constitucional as relações entre a norma internacional e a norma interna brasileira, como ocorre com a maioria das Constituições modernas. Frente a tal ausência a solução é deixada à Jurisprudência do Supremo Federal o natural intérprete dos eventuais conflitos normativos entre as normas constitucionais e os tratados internacionais". SOARES, Guido: "As instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito. Sugestões de *lege ferenda*", em *Mercosul das negociações à implantação*, BAPTISTA OLAVO, Luiz e outros, São Paulo, 1994, p. 303.

<sup>4</sup> SOARES, Guido: "As instituições do Mercosul e as soluções de litígios no seu âmbito - Sugestões de *lege ferenda*", em *Mercosul das negociações à implantação*, BAPTISTA OLAVO, Luiz e outros, São Paulo, 1994, nº 303.

Es necesario observar que en los más avanzados procesos de integración, los Estados partes otorgan facultades supranacionales a los organismos constituidos, en calidad de sus representantes, para establecer un derecho uniforme y supranacional. Pero este procedimiento lleva a revisar el concepto de soberanía, ya que los órganos constituidos a través de Tratados, Acuerdos, Protocolos u otros instrumentos estarían dotados de poderes y competencias que en su mayoría son prerrogativas de los órganos de un Estado.

En el caso de la UE, los Estados partes confirieron a las instituciones comunitarias el ejercicio de competencias y poderes muy amplios, tanto de carácter legislativo, ejecutivo como de naturaleza jurisdiccional y hasta político, excluyendo el ejercicio de poderes paralelos o concurrentes de los Estados partes.

Eso no ocurrió en el caso del Mercosur y analizando las Constituciones de sus Estados partes encontramos algunos puntos, que necesariamente tienen que ser reformulados si efectivamente se pretende del Mercosur un nivel avanzado de integración o una organización supranacional.

Solamente la Constitución Argentina tuvo un grande avance en ese sentido, porque su reciente reformulación de 24 de agosto de 1994, trató de la integración y establece que el Congreso podrá ceder atributos de su soberanía a organismos supranacionales en procesos de integración, con privilegio del ámbito latinoamericano. El art. 75, alinea 24, llega más lejos todavía, pues *confiere a las normas dictadas por los tratados de integración una jerarquía superior a las leyes*.

La Constitución del Uruguay dispone que la soberanía reposa enteramente sobre la Nación, que es exclusivamente competente para editar las leyes (art. 4°). El art. 6° dice que el Uruguay promoverá la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, pero el art. 4° bloquea la posibilidad de dar a una unidad extranacional la competencia de decidir dentro del sistema interno.

La Constitución de Brasil en el art. 1° determina como principio fundamental la soberanía y en el art. 2° erige como principio fundamental la busca de la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, peor en su art. 170, determina que el orden económico se funda en la valorización del trabajo humano, en la libre iniciativa, *observando el principio de la soberanía nacional*. En su art. 171, confiere un tratamiento privilegiado a la empresa brasileña, concediéndole un tratamiento preferencial para adquirir bienes y servicios.

El art. 2° de la Constitución del Paraguay y determine que la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce de acuerdo a la Constitución. El art. 143, en sus relaciones internacionales acepta el derecho internacional y se ajusta a los principios de solidaridad y cooperación internacional, pero en el art. 137, define que la ley suprema es la constitución y que los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados de menor rango integran el derecho positivo nacional.

Particularmente entiende que cuando los Estados partes transfieren poderes soberanos a un órgano de integración no autolimitan su soberanía nacional, porque ese

acto no afecta la independencia del Estado que continúa teniendo mecanismos para evitar ingerencias externas en sus asuntos internos, apenas ocurre una delegación del ejercicio de ciertas competencias que pueden ser revocadas.<sup>5</sup>

Nos parece vital caracterizar el derecho supranacional de las normas y actos emanados de los órganos del Mercosur y para eso algunas alteraciones tienen que ser hechas en las Constituciones de los Estados partes, de forma que puedan delegar ciertos poderes erigiéndola como organismos supranacional, pues sólo así conseguiremos que las normas de derecho supranacional tengan vigencia inmediata en la órbita interna de los Estados partes.

Paralelamente hay necesidad que Brasil reformule los dispositivos que protegen la industria nacional, el crédito interno, definir un legislación sobre el libre tránsito de personas, reformular el Estatuto del Extranjero, las normas constitucionales que protegen la empresa brasileña de capital nacional y posibilitar la libre circulación de capitales y establecimientos, unificar los impuestos, entre otras medidas.

### 3. *Formas societarias en el Mercosur*

#### 3.1. Pequeñas y medias empresas

La creciente competencia hará que solamente las empresas más competitivas y que se preparen para la nueva realidad sobrevivan y las pequeñas y medias trabajando de forma independiente, comprando y produciendo en pequeñas cantidades tendrán dificultades para competir.

Estas empresas enfrentarán problemas como: descapitalización; la falta de tecnología industrial y escasos recursos para la readaptación; falta de preparación gerencial de los empresarios para enfrentar la competencia internacional; falta de conocimiento del costo real de su productos industrializados y otros aspectos.

##### 3.1.1. ASPECTOS POSITIVOS PARA LAS PEQUEÑAS INDUSTRIAS Y EMPRESAS COMERCIALES EN EL MERCOSUR

- a) inicio del comercio internacional;
- b) mayor facilidad para adquirir materias primas, componentes, repuestos y máquinas con costos reducidos;

<sup>5</sup> Parece no entanto legítimo concluir que da adesão às Comunidades não resultou para os Estados membros mais do que uma *delegação no exercício de certas competências*. Esta conclusão resulta, antes de mais dos próprios textos das Constituições dos Estados da Comunidade, assente que estes só poderian e certamente só quiseram obrigarse, ao concluir o tratados comunitários, nos precisos limites en que a Lei Fundamental respectiva lho consentia; MOTA DE CAMPOS, João: *Direito Comunitario*, I: vol., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, nº 536.

- c) formación de parcerías e asociaciones con empresas de otros países que tengan objetivos diferentes;
- d) busca de nuevas tecnologías productivas, comerciales y gerenciales tornándose competitivas;
- e) formación de asociaciones con intereses económicos comunes, centrales de compras y ventas, reunido empresas del mismo sector;
- f) amplía la visión de negocios de los empresarios para nuevos horizontes regionales e internacionales y de la línea de productos;
- g) más ventajas entre los productores (distribuidores de materia prima, transportadores, transformadores, etc.) mejorando la calidad y reduciendo costos;
- h) las empresas del Mercosur disputarán puestos de venta y tendrán que esforzarse para mantener sus posiciones en el mercado;
- i) el empresario recibirá ofertas de empresas buscando canales de distribución y representantes para trabajar en parcería;
- j) surgirán más empresas comerciales exportadoras e importadoras.

### 3.1.2. EMPRESAS BINACIONALES

Las empresas binacionales entre Brasil y Argentina son una herramienta más para la integración pero el Estatuto tiene algunas limitaciones. Hay necesidad de crear instituciones supranacionales que puedan instituir normas similares a las decisiones de la UE a través del Consejo y de la Comisión, pues sólo así será posible aproximar la legislación y la política económica de los Estados partes del Mercosur.

Es necesario remarcar la diferencia entre la empresa binacional pública como Itaipú binacional, Yacyretá CTM de Salto Grande, que son empresas internacionales y públicas con personalidad jurídica internacional, de las empresas binacionales privadas creadas por el Protocolo 05, firmado en Buenos Aires en 16/7/90 entre Brasil y Argentina, aprobado en Brasil por el decreto 619 el 29/7/92, operacionalizada por la resolución 623 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 31/3/92, y la resolución 13 de 31/3/93, publicada en 2/4/93 y en la Argentina por la ley 23.935 del 10/5/91 y reglamentada por la res. gral. n° 08 del 24/3/93.

El objetivo de esta modalidad de empresa fue el de establecer un régimen empresarial desde el punto de vista de cada país, utilizando las formas societarias y de organización de cada legislación nacional que no difieren substancialmente en su contenido.

Este tipo de empresa en su Estatuto requiere ciertos componentes económico-jurídico-personales que transforman una empresa comercial en binacional, pues de tener por lo menos 80% del capital social y de los votos en manos de inversionistas de alguno en los dos países, de forma que se asegure el control real y efectivo de la empresa binacional, y que la participación sea equilibrada por lo menos de 30% del capital social y cada país tenga derecho de elegir por lo menos un miembro en los órganos de administración y de fiscalización interna.

Si admite inversiones de terceros países en el porcentaje del 20% al máximo. Los inversionistas pueden ser personas físicas domiciliadas en cualquiera de los países, personas de derecho público de cualquiera de los países, etc. El objeto puede ser cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su sede. En Brasil existen algunas limitaciones constitucionales que están en fase de ser reformuladas. El nombre de la empresa binacional puede tener denominación o razón social, pero es necesario acrecentar las iniciales EBAB o EBBA.

La autoridad designada por el Ministerio de Relaciones Exteriores es encargada de expedir un certificado de empresa binacional primero provisorio y posteriormente definitivo y también autorizar las transferencias de acciones o participaciones en cada empresa binacional. Pero la regla es que estas empresas tengan un tratamiento de empresa nacional plena en ambos países, no importando en cual de ellas tenga su sede. Igualmente en relación a tributos, acceso a créditos interno, incentivos, ventajas, acceso a compras y contratos del sector público, etc. Tiene una duración indefinida salvo la denuncia por alguna de las partes por las vías diplomáticas. La transferencia de utilidades, repartición y participaciones es libre siempre que se pague impuestos.

El próximo paso será convertir el Estatuto de empresas binacionales en cuadrilaterales, incluyendo Paraguay y Uruguay, pues representantes de las cámaras de industria y construcción de los cuatro países firmaron un Protocolo de intenciones para implementar un acuerdo sectorial en el área de construcción e ingeniería.

El objetivo de este Protocolo es crear condiciones para la integración de las empresas privadas de ese sector y armonizar los aspectos legales, laborales, tributarios y normas técnicas de la Construcción civil, para facilitar la formación de empresas binacionales que pasarían a ser tratadas como empresas nacionales en los cuatro países.

### 3.1.3. LA *JOINT VENTURE*

La *joint venture* es un tipo de asociación de empresas locales o extranjeras que pasan a compartir el capital, los riesgos y las decisiones sobre los emprendimientos que se realizarán en conjunto.

En la *joint venture* cada socio conserva su independencia, realiza sus propósitos a través de una empresa común, con participación del capital social, es una forma de expandir su base económica con propósitos específicos de lucro o de beneficios. La *joint venture* es un tipo de escala que puede ir desde un simple contrato de abastecimiento hasta la unión casi de la totalidad de la sociedad en una sola empresa.

Por eso no es difícil entender la flexibilidad y la facilidad para constituir una *joint venture*, pues esta forma responde a la necesidad de integración entre empresas de ámbito internacional. El paso inicial de esta integración ha sido dado en el sector de exploración petrolera y de mineración.

Por otro lado el origen jurisprudencial confirma la dificultad de definir una *joint venture*. es necesario destacar alguna características:

- a) es un acuerdo contractual e dos o más individuos. tiene por objetivo crear, transferir, extinguir derechos. Por esto la voluntad de las partes es importante en este tipo de contrato y a él se aplican las reglas genéricas de los contratos.
- b) el carácter *ad hoc* de la *joint venture*, permite realizar uno o más proyectos determinados;
- c) el beneficio común, porque el espíritu de solidaridad de interés que caracteriza la *joint venture* se presenta en diversas formas, como capital, trabajo, conocimientos, técnicas y otras;
- d) la división de los resultados, porque el lucro es uno de los elementos fundamentales de la *joint venture* y la división de resultados positivos o negativos es una consecuencia de esa unión, lo que no significa que sea en la misma proporción, porque nada impide que se estipule en el contrato que sólo una de las partes soportaría las pérdidas;
- e) la muerte de uno de los *joint ventures* no implica la disolución de la *joint venture* y los demás integrantes no tienen derecho a vetar la participación de un nuevo *joint venturer*;
- f) la lealtad entre los *joint ventures* (*fiduciary relation*) es de importancia vital para la *joint venture* por su naturaleza particular. Los socios tienen el deber de lealtad estricta unos con los otros en cuanto existe la sociedad porque unen lazos de fiduciaria.

### 3.1.4. LA *JOINT VENTURE* EN EL MERCOSUR

La integración de empresas en el Mercosur están siendo realizada de forma rápida y fue de gran importancia la Decisión n° 03/91 sobre Términos de referencia para Acuerdos Sectoriales adoptada en 1991, por el Consejo del Mercosur cuyo objetivo es promover la racionalización y la complementación entre mercados y asociaciones con la finalidad de competir de forma eficiente en el Mercosur.

Los acuerdos sectoriales no deben formar carteles, *trustes*, otras formas de abuso del poder económico y prácticas desleales de comercio, por eso son sometidos a un análisis previo de los subgrupos de Mercosur.

Bajo esta perspectiva fueron creadas formas nuevas de integración o concentración de empresas para atender a las necesidades de expansión, como los consorcios empresas, la adquisición de empresas y la *joint venture*.

El consorcio de empresas es una forma de asociaciones de empresas cuya finalidad es alcanzar un objetivo común. Las empresas consorciadas mantienen su personalidad jurídica y su autonomía es totalmente asegurada. Lo sectores más favorables a esta forma de asociación de empresas con en el área de mercados de capitales de empresas prestadoras de servicios, obras públicas.

Un ejemplo de consorcio es el Grupo Ultragás de Brasil con la Autogás de Argentina que inicialmente formaron un consorcio para participar en licitaciones públicas internacionales de redes de distribución de gas natural. El interés de consorcio es un poco limitado pero es el paso inicial para en el futuro formar una nueva forma de integración entre empresas.

La fusión de empresas es una operación por la que dos o más sociedades diferentes se unen y forman una sociedad que las sucederá en todos sus derechos y obligaciones. Esta forma es bastante utilizada en la UE.

La adquisición de empresas es una operación por la cual una empresa adquiere la totalidad o parte de otra, a ejemplo de la Renault Argentina que fue parcialmente adquirida por el grupo brasileño Antelo e Kasinsky a través de al COFAL (Compañía Financiera para la América Latina).

Los motivos que llevan una empresa a la fusión o a la adquisición de otra es la diversificación de los bienes y productos de su marca; obtener recursos, buscar mayor rentabilidad, inserción en nuevos mercados y la sobrevivencia en un mercado que se expande. Pero la forma más flexible de asociación de empresas es la *joint venture*, como fue explicitado, también por ser un alternativa más económica que las fusiones o adquisiciones de empresas. Al mismo hay necesidad de estudiar la forma, el tipo, la naturaleza de *joint venture* a ser elegida, y el cuidado y redactar las cláusulas del contrato y su negociación (definición del proyecto, estrategia de su implantación, objeto; resultado deseado; tipo societario o de capitales o contractual; sede social; capital social; derechos de accionistas o cotistas; organización; administración; cargos; formas de financiamiento; responsabilidades, exploración, cuadro de personal; gastos; ley aplicable; contratos satélites, etc.).

## BIBLIOGRAFÍA

- Constituciones nacionales de los países de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.*  
BAPTISTA, Luiz O.; MERCADANTE, DE AZEVEDO Araminta; CASELLA BORBA, Paulo: *Mercosul das negociações à implantação*, São Paulo, 1994.
- BICCA, Estela Maris: "Mercosur y Constitución", I Seminario sobre Reforma de la Constitución Federal, Paraná, 1994. Argentina.
- FORTE, Humberto: *União Européia*, Comunidade Econômica Européia, Malheiros Editores, São Paulo, 1994.
- MONTORO, Franco André: *Perspectivas de Integração da América Latina*, ILAM, São Paulo, 3ª edic. 1994.
- MOTA DE CAMPOS, João: *Direito Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, vol. I, 1989.
- RUIS DIAS, Labrano Roberto: *El Mercosur, marco jurídico institucional, análisis y perspectivas de sus normas derivadas*, Intercontinental, Asunción, 1993.
- THORSTENSEN, Vera: *Tudo sobre Comunidade Européia*, Brasiliense, São Paulo, 1992.

ZANGHI, Claudio: *Organização Internacional*.

### *Monografias*

PRADO ENRIQUEZ, Martha Asunción: "A Comunidade Européia. Organização Internacional ou Estado em Formação". Monografia de conclusão de créditos de Doutorado em Direito das Relações Econômicas Internacionais, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, PUC, nov. 1994.

SOARES, Guido: "As instituições do Mercosul e as soluções de litígios em seu âmbito, soluções de *lege ferenda*", em *Mercosul das Negociações à Implantação*, São Paulo, 1994.

### *Revistas*

Aktuelle Juristische. "Le Marché Commun du Sud 'Mercosur'". ARONOVITZ, Alberto, AJP 3/93; Praxis, St. Gallen, Suiza.

Cadernos Parlatino nº 6, II Foro Mercosur - Nafta. São Paulo, 27/28 de octubre de 1994.

Revista da Faculdade de Direito. Curso de Estudos Europeus. O Mercosul e a União Européia, Coimbra, 1994.

Perspectivas de Integração da América Latina. André Franco, MONTORO, ILAM, São Paulo, 1994, 3ª edic.

Política Externa, vol. 3 nº 4, marzo, abril, mayo/1995. Paz e Terra. USP. São Paulo.

Revista Internacional de Ciencias Administrativas, vol. XL VIII, Bruselas, Bélgica.

"Desarrollo Regional e Integración Latinoamericana", ANDRIEU, Pedro Enrique: Banco Interamericano de Desarrollo, nº 186.