

EL ESTATUTO DE EMPRESAS BINACIONALES EN EL MARCO DEL MERCOSUR. OBJETIVOS CLAROS E INSTRUMENTOS INSUFICIENTES

Nilda Di Bartolo
Silvio Lerer

El Tratado para el Establecimiento de un Estatuto para Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas (6 de julio de 1990) suscrito entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil (ratificado por nuestro país por Ley 23.935), es apenas un primer paso concreto en el largo proceso de integración entre los dos países. Pero el mero reconocimiento de la binacionalidad no es suficiente, en la medida que no vaya acompañado por una verdadera armonización del derecho interno de ambos países. En el momento actual, mientras la Argentina, a través de numerosas normas jurídicas ha adoptado una política de apertura económica, libertad de mercados y equiparación en el tratamiento legal a los inversores extranjeros; el Brasil persiste en criterios proteccionistas, de sustitución de importaciones, áreas cerradas, tratamiento diferencial a los capitales externos y otras políticas de neto corte intervencionista. Por tal motivo, se requiere la adopción de políticas armónicas, para hacer del estatuto un instrumento eficaz de la integración entre nuestros países.

En el ínterin, se necesitará contar con una reglamentación que despeje ciertas y justificadas dudas generadas por el propio tratado, en materias tales como: formas jurídicas admitidas, definición de inversores nacionales, y consentimiento previo para la transferencia de participaciones en la empresa binacional.

En la última década, la Argentina y el Brasil, se descubrieron compartiendo las mismas desgracias y percances, y como dice un distinguido profesor de la Universidad de San Pablo (L. O. Baptista, 1991) "*como ocurre con viajeros que atraviesan un camino difícil, comprendieron las ventajas de la ayuda y la colaboración*". Iniciaron así el proceso de la integración y de la creación de un mercado común que culminó con el Tratado de Asunción de 1991, de creación del MERCOSUR.

En respuesta al deterioro económico, afirma María Beatriz Nofal (1991), hay un cambio sustancial en el entorno de políticas cuyos principales lineamientos son: transformación hacia economías de mercado, apertura comercial, reforma del sector público y privatización, desregulación y eliminación de subsidios que distorsionan la competencia. Para Nofal, *“la motivación estratégica de la integración es doble: primero, obtener mayor eficiencia y productividad con los recursos existentes y promover una reindustrialización competitiva (con reducción de costos por economías de especialización, escala, y mayor competencia, y con la internacionalización de las empresas), y segundo conformar un gran mercado (más de 180 millones de habitantes y un PBI sumado de u\$s 400 mil millones entre Argentina y Brasil solamente) con dimensión atractiva para la generación de comercio regional, para competir globalmente por inversiones, financiamiento y acceso a tecnología y para negociar con mayor peso en ámbitos internacionales”*

Consideramos que las empresas binacionales podrán ser un instrumento para concretar esas aspiraciones.

El estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas, celebrado en el marco de la integración entre los dos países, tiene el carácter de una norma de derecho internacional, y en consecuencia, es vinculante para los Estados que celebraron el tratado (Czar de Zalduendo 1991).

Se trata de un convenio internacional, que disciplina un área específica: la de ciertas empresas que cumpliendo con determinados requisitos, pueden obtener el carácter de binacionales, y con ello un tratamiento especial, pero no establece un régimen común de derecho comunitario, dado que no establece un órgano supranacional con atribución de competencias al respecto. Como señala uno de los autores del Anteproyecto del INTAL ⁽¹⁾ *“tampoco se han aprobado reglas uniformes que los dos países sancionarán, por sus mecanismos internos para regir una materia empresarial reformando sus legislaciones”* (Czar de Zalduendo, 1991).

El estatuto, es apenas un esfuerzo de coordinación: se ha buscado ordenar normas distintas de dos sistemas jurídicos, que pueden continuar siendo diferentes, para buscar un equilibrio entre ellas. Si bien para algunos autores esto sería suficiente, consideramos que la materia societaria, es una de aquellas que en nuestros países, a diferencia de la integración europea, no admiten la disparidad de las legislaciones. (Ver en tal sentido la opinión de Étienne Cerexhe, 1974) ⁽²⁾.

El estatuto de empresas binacionales argentino brasileñas no afecta al

1) Anteproyecto del INTAL, presentado por un grupo de trabajo integrado por Eduardo White, Susana C. de Zalduendo y Luis Olavo Baptista.

2) Étienne Cerexhe (1974) “Los aspectos jurídicos de la integración europea “ En Derecho de la Integración N° 16 jul. p. 85.

derecho societario interno de ambos países (Czar de Zalduendo 1991), por estar referido al concepto *empresa* (de naturaleza económica y no jurídica).

Tampoco crea una figura societaria común (M. H. de Ferrari Etcheberry 1990). La forma jurídica de las empresas binacionales serán las permitidas por las legislaciones internas de ambos países.

TRATAMIENTO ESPECIAL PARA LAS EMPRESAS BINACIONALES

Por servir a nuestro propósito crítico, nos limitaremos en este trabajo a señalar cuáles son las ventajas y beneficios que el estatuto otorga a las empresas binacionales. Trataremos de demostrar que tales ventajas y beneficios se hallan limitados por la total desarmonía de los derechos internos de ambos países.

1) Trato nacional

El Art. V del Tratado dice en su punto 1: "Las empresas binacionales tendrán en el país de su actuación, el mismo tratamiento establecido o que se establezca para las empresas de capital nacional en ese país, aun cuando la mayoría del capital social pertenezca a inversores del otro país, según lo establecido en el artículo 1 del presente Estatuto, en materia de:

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

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

El estatuto no transforma a una empresa binacional en una empresa nacional: simplemente equipara para ciertos aspectos a las binacionales con las nacionales⁽³⁾.

Sin embargo, las restricciones existentes en el Brasil, en el caso de ciertos sectores de actividad y también ciertas preferencias de raigambre constitucional a favor de las empresas brasileñas de capital nacional, hacen surgir serias dudas sobre la factibilidad de un verdadero trato nacional para las sociedades binacionales constituidas en la República Argentina, cuyo capital mayoritario sea argentino.

El art. 4 de la Constitución Política brasileña de 1988 dice que "La República

3) Czar de Zalduendo (1991): "El Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas". Revista de Derecho Industrial. Número titulado "Integración de Argentina-Brasil- MERCOSUR. Mayo-Agosto N°38. Ed. Depalma. Pág 329 .

Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural con los pueblos de América Latina, tendiendo a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

Por su parte el art. 171, dice que son consideradas: “I) empresa brasileña, a la constituida según las leyes brasileñas y que tienen su sede y su administración en el país. II) empresa brasileña de capital nacional, aquella cuyo control efectivo esté, con carácter permanente, bajo la titularidad directa o indirecta de personas físicas domiciliadas o residentes en el país, o de entidades de derecho público interno, entendiéndose por control efectivo de la empresa, la titularidad de la mayoría del capital votante, y el ejercicio de hecho o de derecho, del poder decisorio para dirigir sus actividades”.

Las empresas brasileñas de capital nacional, conforme al Párrafo 1 de este artículo, podrán obtener por ley, la concesión de protección y beneficios especiales temporarios para actividades estratégicas o de defensa nacional o imprescindibles para el desarrollo del país. Por el Párrafo 2, se dice que en la adquisición de bienes y servicios, el poder público dará tratamiento preferencial, en los términos de la ley, a las empresas brasileñas de capital nacional. Por otra parte existen ciertos sectores de actividad, que la Constitución brasileña, reserva a las empresas brasileñas de capital nacional, tales como la explotación y explotación de recursos mineros o el aprovechamiento energético de los cursos de agua (art. 176). Esas zonas de reservas también existen por ley como en el caso de la informática.

Algunos autores argumentan la inconstitucionalidad del tratado sobre empresas binacionales, al cotejar su Art. V con el art. 171 2º párrafo de la Constitución brasileña. Esa podría ser una de las causas de la falta de ratificación legislativa por parte del país vecino, a 22 meses de la firma del Tratado de Buenos Aires para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales. Luis Olavo Baptista (1991) ha sostenido que una interpretación sistemática de la Constitución brasileña de 1988, lleva por el contrario, a sostener la constitucionalidad.

Afirma, que por una parte, que los privilegios de la empresa brasileña de capital nacional, no son obligatorios, sino una facultad otorgada al legislador, y por la otra, que esa atribución debe ser ejercida en beneficio del desarrollo nacional o de la defensa nacional, ambos objetivos nacionales. Por otro lado, el objetivo de la integración mencionado en el art. 4 de la Constitución, se vería contradecido en forma inaceptable, si no se pudiese asegurar a las empresas de países integrados iguales derechos que los de las brasileñas.

El Estatuto parece partir del concepto expresado por María Beatriz Nofal (1991 pág. 46) de que *“mientras las subsidiarias de firmas multinacionales localizadas en la Argentina y Brasil, contaban con una ventaja inicial para un posicionamiento estratégico temprano, en el mercado ampliado, el Tratado de*

Empresas Binacionales ... "va a impulsar la asociación de firmas locales": Sin duda, dice Nofal *"la integración entre empresas de ambos países contribuirá a eliminar los obstáculos para la liberalización de los mercados y permitirá que estas empresas alcancen un mayor tamaño y compitan así en condiciones más favorables en el mercado internacional"*. Sin embargo, en la práctica, el tratamiento dado por el Art. I párrafo 6) del Tratado, puede llevar a privar a las empresas binacionales del aporte de inversores extranjeros, y es contrario al espíritu y a la letra de nuestra legislación vigente en la materia (Art. 16 Ley 23. 697 y Art. 2º Decreto N° 1225/89) que establece la igualdad de tratamiento al inversor extranjero respecto del inversor nacional. No creemos que ello pueda ser solucionado por vía de la reglamentación.

2) DERECHOS DE GIRO DE LOS INVERSORES

El art. VI del Tratado, párrafo 1, establece que "los inversores de cada uno de los dos países en una empresa binacional establecida en el otro país, tendrán derecho, luego del pago de los impuestos que corresponda, a transferir libremente a los respectivos países de origen las utilidades provenientes de su inversión, en la medida en que sean distribuidas entre sus inversores proporcionalmente de acuerdo a lo previsto en el Art. I párrafo 2 del presente Estatuto, y a repatriar sus participaciones en el capital social, observadas, en esta última hipótesis, las disposiciones legales aplicables en cada país.

En el párrafo 2 se dispone, que "aún en caso de dificultades en los pagos externos, los gobiernos de ambos países no aplicarán restricciones a los inversores en empresas binacionales para la libre transferencia de las utilidades netas que les correspondan".

Para la remesa de utilidades existen tres requisitos: 1) pago previo de los impuestos que correspondan; 2) que las utilidades se giren al país de origen de la inversión; 3) que la distribución se haga proporcionalmente a la participación obligatoria de los inversores nacionales.

En el primero de esos tres requisitos, aparece una vez más la remisión a legislaciones opuestas. Mientras la República Argentina, a partir del 1/1/90 por el art. 68 de la Ley 23. 760, se suprimió el impuesto especial a las utilidades en exceso al 12% del capital registrado que trafa el art. 16 de la Ley 21. 382, en el Brasil, permanece la tributación suplementaria a las utilidades que excedan, en promedio trianual del 12% del capital y reinversiones registradas. Según señala (Czar de Zalduendo, op. cit.) *"las tasas son elevadas y van del 40 al 60 por ciento según el exceso"*.

La repatriación de capitales, está sujeta a las regulaciones de cada país. En

nuestro país, según el art. 13 de la ley 21.382 (t. o. 1980) el capital externo puede ser repatriado sólo después de 3 años contados desde su ingreso.

Olavo Baptista (op cit.) señala que la gran novedad es la no aplicación de restricciones a las remesas en caso de dificultades en los pagos externos de cualquiera de los dos países y concluye afirmando que *"como las dificultades de balanza de pagos han sido crónicas en los dos países esto constituye una ventaja importante"* (4)

3) TRANSFERENCIAS DE PERSONAL

La libre circulación de trabajadores es una de las llamadas cinco libertades propias de todo mercado común (5).

El art. VII del Tratado insta a los dos gobiernos a tomar las medidas necesarias para facilitar la movilidad entre los dos países de los empleados de una binacional. Ello se refiere a dos aspectos principales:

- a) obtención de visa de residencia definitiva o temporaria;
- b) reconocimiento recíproco de títulos profesionales.

Tanto Csar de Zalduendo como Baptista (ops cites), remiten a las reglamentaciones especiales a dictarse. El último de los autores propone la modificación de la ley de extranjería brasileña, muy rigurosa en la materia de radicaciones, y sugiere el establecimiento de un régimen parecido al que se reconoce en Brasil a los portugueses (6).

En este aspecto, el Tratado no pasa de ser una mera expresión de deseos, y parece difícil que la reglamentación en cada país, pueda avanzar mucho más. En materia de equiparación de títulos profesionales, Baptista cree que habrá mas problemas en la Argentina que en Brasil, dado el mayor nivel promedio de la educación universitaria de nuestro país (7).

TEMAS DE POSIBLE REGLAMENTACION

Si bien en el tratado existen temas que pudieron haberse redactado más claramente, entendemos que algunos de los puntos oscuros, podrían solucionarse en la reglamentación. Descontamos que esa reglamentación deberá contener

4) Baptista Luis Olavo (1991) "Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas Revista de Derecho Industrial cit. en nota anterior. Pág. 367.

5) Baptista Luis Olavo. op. cit. . Pág. 361.

6) Baptista Luis Olavo. op. cit. Pág. 367.

7) Baptista Luis Olavo. op. cit. Pág. 367.

normas uniformes para ambos países. En especial, consideramos que se deberá poner especial atención a los siguientes aspectos:

1. Formas Jurídicas Admitidas

En nuestra opinión, no existen formas jurídicas excluidas, ya que como lo establece el art. III, párrafo 1 "revestirán una de las formas jurídicas admitidas por la legislación del país elegido para la Sede Social". Es por ello que coincidimos con R. A. Etcheverry, (1990 p. 572) y entendemos que podrían constituirse empresas binacionales que fueran Sociedades Civiles, Cooperativas y Uniones Transitorias de Empresas (UTE). Del texto del tratado no surge que una empresa binacional sea una Sociedad nacional, como entiende M. Hairus de Ferrari Etcheverry (1990 pág. 12) y parece coincidir Susana Csar de Zalduendo (op. cit pág. 336). Si bien esta última autora, destaca como fundamentación de esta teoría, las menciones que el Tratado hace de *integración del Capital Social, Contrato Social y Estatuto Social*, que parecen en principio, argumentos de peso, una lectura detenida del mismo, nos lleva a inferir que el Tratado utiliza esa terminología, para cuando como lo establece el art. III punto 2, la forma escogida fuese la de Sociedad Anónima.

Si lo que se desea es que la empresa binacional, tenga permanencia, ello podría salvarse en la reglamentación estableciendo por ej. un plazo mínimo de duración, con lo que se permitiría la utilización de la figura para obras importantes que necesariamente demandarán períodos de mediana o larga duración.

2. Definición de Inversores Nacionales

El requisito impuesto por el Art. I, párrafo 3 c) en cuanto requiere para las personas jurídicas privadas que detenten "el control administrativo y tecnológico efectivo. . ." para calificar como inversor nacional, nos parece francamente inapropiado. Ello porque en nuestro país, no existen definiciones doctrinarias o legales que impongan tales condiciones, y principalmente, porque ninguno de los dos países signatarios puede ser clasificado como proveedor de tecnología, en ningún aspecto sustancial del quehacer económico. Por tal razón, la reglamentación, debería dejar ese requisito reducido a que comprenda a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con una organización administrativa y conocimientos técnicos suficientes.

3. Consentimiento previo para las transferencias de las participaciones en la empresa binacional

El requisito establecido en el Art. VIII párrafo 3 sobre la necesidad de obtener

el consentimiento previo de la Autoridad de Aplicación para las transferencias de acciones o participaciones, puede desalentar este tipo de emprendimientos, habida cuenta de la experiencia en nuestro país, en materia de obtención de autorizaciones lo que nos lleva a pensar en trámites engorrosos y extremadamente lentos. Por tal razón, entendemos que la reglamentación debería, contrariamente a lo establecido en el Decreto Reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos, que el pedido deba efectuarse por nota simple, firmada por los interesados relatando la operación e información por parte de los nuevos adquirentes de los requisitos establecidos en el Art. 1 párrafos 2 y 3. Pasado un plazo muy breve, por ej. cinco días hábiles, sin que se expida la Autoridad de Aplicación, se tendrá por automáticamente aprobada la transferencia. Todo ello sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder a los responsables de las transferencias que no se ajustaren a derecho.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Aguinis Ana M. y Czar de Zalduendo Susana: (1990) "Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina. En Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones N°135 enero-julio .
- Baptista Luis Olavo:(1991) "Empresas Binacionales Brasil-Argentina. Revista de Derecho Industrial Nro 38 págs. 345 a 372 Ed. Depalma. Bs. As.
- Cerexhe Etienne: (1974) "Los aspectos jurídicos de la integración europea" Revista Derecho de la Integración Nro 16 Julio. Pág. 85.
- Czar de Zalduendo (1991) " El Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas Revista de Derecho Industrial N°38 págs 323 a 344. Ed. Depalma Buenos Aires.
- Etcheverry Raúl Enrique (1990):"Empresas binacionales Argentino-Brasileñas en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. N°136-138. julio-diciembre.
- Haines de Ferrari Etcheverry Marta, con Devoto Guillermo (1990) "Consideraciones acerca del régimen de empresas binacional.