

“ESTÁNDAR MÍNIMO COMÚN DEL ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL MERCOSUR”

ELIZABETH BULSON

CAPITULO I

INTRODUCCION

a. Importancia del estudio.

La armonización¹ de la legislación societaria sobre la constitución de la sociedad anónima en el MERCOSUR con un estándar mínimo de requerimientos, busca una forma práctica de circulación² de estas personas jurídicas, y el conocimiento previo del contenido mínimo. Pretende pautar con anticipación y uniformemente los elementos que deben cumplirse para constituir en cualesquiera de los países que se encuentran totalmente integrados al MERCOSUR, -es decir en la República Oriental del Uruguay, en la República Federativa de Brasil, en la República Argentina o en la República del Paraguay-, la persona jurídica denominada sociedad anónima, que ha sido la forma jurídica típicamente adoptada por la gran mayoría de las empresas³ y que tiene un régimen de responsabilidad prácticamente unívoco.

b. El problema

¿Cómo puede una Sociedad Anónima circular dinámicamente en forma ultrafronteriza en los Estados miembros del MERCOSUR?

La respuesta a mi criterio es, que el Estatuto o contrato social de la Sociedad Anónima, - constituida en cualquiera de los Estados miembros del MERCOSUR- debe ser hecho de acuerdo con un ESTANDAR MÍNIMO COMUN (en adelante EMC) de elementos necesarios para nacer a la vida jurídica como tal, dentro el MERCOSUR.

El conocimiento previo del estándar mínimo común requerido para la constitución de una sociedad anónima con ese alcance, da la certeza que una vez constituida de acuerdo con los parámetros del EMC, va a poder circular y desplegar sus actividades dentro del MERCOSUR, porque sus Estados miembros ya han aceptado a través de la armonización de su legislación interna una sociedad anónima con tales características.

c. Los objetivos generales y específicos.

El **objetivo general** consiste en buscar una forma de circulación ágil de esta clase de persona jurídicas dentro del MERCOSUR, de manera práctica, segura y lo menos onerosa posible, como así sucede con las personas físicas que circulan dentro del MERCOSUR, con su documento de identidad obtenido en el país de origen.

1 Se comparte la definición de Aguinis, Ana María M. de: en “Empresas e inversiones en el MERCOSUR”, para quien la armonización “implica ciertos cambios de esas normas o sistemas -las de los países parte de un Mercado Común- para crear, entre ellos, las similitudes necesarias a fin de obtener el resultado prefijado”, cfr. el trabajo doctrinario de Olivera Noemí L. “Actividad mercantil de las PYMES en el MERCOSUR”, publicado en Lexis Nexis On line N° 21/0046 año 2004.

2 Por circulación debe entenderse a los efectos de este trabajo, no solo el traslado de un lugar a otro, sino el funcionamiento y desarrollo de las actividades sociales en cualquiera de los Países Miembros.

3 Siguiendo a Otaegui, “empresa refiere a una organización de capital y trabajo para la producción o tráfico de bienes o la prestación de servicios, organización en la que el empresario provee el capital, tiene la dirección y asume el riesgo económico de la explotación”. Otaegui, Julio César: “Concentración societaria”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Bs.As. 1984 p.26.

El **objetivo específico** es realizar el estudio de las legislaciones vigentes que rigen en los países integrados totalmente al MERCOSUR, y que hoy son el marco legal para la constitución de un Estatuto o contrato social de una sociedad anónima por acto único, para poder así, sobre esa base proyectar la armonización, plantear un estándar mínimo común de elementos requeridos para constituir el contrato social o Estatuto de la Sociedad Anónima,⁴ y buscar además los mecanismos de comunicación entre dichos Estados, que posibiliten o hagan viable el conocimiento de la información necesaria para su aplicación, es decir saber si se ha cumplido con el EMC.

Una sociedad anónima de tales características, se encuentra entonces habilitada para actuar en el MERCOSUR. A raíz de ello, surge como elemento de seguridad jurídica en la contratación, la necesidad de constatar su vigencia, tomar conocimiento real de su existencia, y saber certeramente si mantiene las características constitutivas sin modificaciones del EMC, requisito indispensable para su circulación en forma simple y dinámica dentro de los Estados miembros .

La empresa que haya optado por esa forma jurídica así conformada, logrará agilidad frente a los operadores jurídicos y económicos del país al que vaya a desarrollar su actividad, aunque sea un país diferente al de origen.

Los operadores jurídicos, ayudados por los adelantos tecnológicos, que hoy día en esta época de globalización, proporcionan las herramientas y medios para obtener la información actualizada para el desarrollo ágil de las relaciones jurídicas, tendrán a través del sistema informático, la información necesaria requerida –registral-para lograr la aplicación de lo que propongo y desarrollaré en esta tesis.

d. Hipótesis a probar.

La hipótesis a probar es la utilidad de tener un EMC de elementos constitutivos de la Sociedad Anónima, que lleven rápidamente al despliegue de esta forma jurídica, elegida mayormente para desarrollar emprendimientos comerciales internacionales entre los países del MERCOSUR; en un momento donde tanto la globalización económica y tecnológica, lleva a las empresas cada vez más, a requerir soluciones jurídicas que proporcionen un mayor rendimiento en el menor tiempo posible, como forma de acompañar los cambios actuales.

e. Las limitaciones

La limitación fundamental, en la revisión y armonización del marco legal societario de los diferentes países, es el orden público internacional⁵ de los mismos, que no debe contrariarse en ninguno de los Estados Miembros del MERCOSUR.

f. Las delimitaciones

El objeto de aplicación del EMC, es exclusivamente el tipo social denominado sociedad anónima constituido por acto único, y el ámbito de aplicación o límite territorial se ciñe a los Estados Miembros o sea a los países integrados totalmente al MERCOSUR, que son los ya referidos: República Oriental del Uruguay, República Federativa de Brasil, República Argentina y República del Paraguay.

4 No se plantea como objetivo del tema darle el trato nacional a una sociedad extranjera, puesto que el objetivo es desarrollar un Estatuto o contrato social distinto, que requiere una resolución a nivel del Mercosur, por eso es necesaria la adaptación del derecho interno en cada uno de los países miembros, para permitir regular así este estándar mínimo común del Estatuto o contrato social hecho para circular dentro del MC, debiendo ser impulsado por políticas de gobierno integracionales que lleven a cabo las modificaciones legislativas que correspondan para su admisión. No se analiza el trato nacional porque en el esquema a desarrollar no hay sociedad extranjera es una sociedad del MERCOSUR.

5 “Este está constituido por el conjunto de normas y principios en que cada Estado asienta su individualidad y, que varía con la idiosincrasia particular de cada pueblo, su historia y sus ideas filosóficas y religiosas”. Cf. Alfonsín , “Curso de DIP”.T1 pág.1.

g. Antecedentes.

Se encuentra vigente un acuerdo binacional que refiere a la persona jurídica sociedad anónima, y que pauta los elementos que se deben cumplir para desarrollar una empresa de carácter binacional argentino-brasileña.

Esta Sociedad o contrato asociativo de capitales mayoritarios argentinos y brasileños, se aprobó de acuerdo al Estatuto por ley N° 23935/91 en Argentina y, decreto legislativo N° 26/72 en Brasil. Rige desde junio de 1992, fecha en que dichos países intercambiaron instrumentos de ratificación parlamentaria.

Cabe agregar que en la UNION EUROPEA, organismo que procura la integración de los Estados y que antecede al MERCOSUR, se visualiza como una desventaja la ausencia de un Estatuto jurídico de sociedad anónima, de asociación, de cooperativa mutua, europeas, que es fruto de la laguna del marco jurídico, y al cual se le atribuye restringir en gran medida las posibilidades efectivas de cooperación transfronteriza entre empresas europeas.⁶

h. Metodología.

Entiendo que a efectos del lograr los objetivos planteados en este trabajo, es necesario como metodología, el estudio de antecedentes, lograr el conocimiento de las diferentes legislaciones en la materia, a efectos de poder estructurar un régimen comparativo entre ellas, y acceder a la bibliografía que sea menester para estructurar el objeto de esta tesis.

La primera parte del estudio realizará una tarea específicamente descriptiva a través del análisis documental. Se intentará establecer en forma adecuada la situación actual de los países analizados, los caminos seleccionados para la incorporación de esta propuesta, el soporte legal utilizado en el proceso y las dificultades e inconvenientes que enfrentará en la etapa de implementación.

Se realizará entonces el estudio comparativo de la normativa aplicable a la constitución del Estatuto o contrato social de los países miembros del MERCOSUR, buscando los estándares internacionales.

En la segunda parte de este trabajo se intentará proyectar el estándar mínimo común y la forma de aplicación.

Cumplido este objetivo se analizará la factibilidad de la incorporación de estas modificaciones a la normativa nacional.

i. Ventajas e Inconvenientes del proyecto.

Dentro de las ventajas se puede enunciar las siguientes:

-Avance en el desarrollo integracional de los Países Partes del MERCOSUR, a través de un proyecto que plantea la armonización normativa para regular temas concretos.

-Lograr un proceso dinámico para desempeñar las funciones comprendidas dentro del objeto social del ente titular de una empresa, de manera de incrementar las actividades económicas dentro del MERCOSUR.

-Celeridad en el trámite para operar, plasmando en menor tiempo los requerimientos de los agentes económicos.

-Abaratamiento en los costos de la gestión, que implica el reconocimiento automático de la personería jurídica de una sociedad para funcionar dentro del MERCOSUR.

-Se eliminan etapas, que de lo contrario parecerían como dobles, por ya haberse realizado en el país de origen, como la aprobación administrativa de la sociedad anónima, puesto que la misma ha sido constituida para operar dentro del MERCOSUR de acuerdo con un estándar mínimo común. Cuando el ente realice actos u otorgue contratos en ejercicio de su objeto social, se evita un nuevo contralor administrativo y una nueva inscripción del Estatuto, puesto que el principio es que una vez inscripto un Estatuto de acuerdo con el EMC, solo se registrarán las declaraciones y modificaciones al mismo, así como su disolución y liquidación. Se evita realizar también nuevas publicaciones.

-No será necesaria la legalización del certificado de vigencia de la sociedad expedido en el país de origen.

⁶ Los intentos en lograr un Estatuto de Sociedad Anónima para la Unión Europea hasta la fecha no han prosperado, por lo cual no constituyen directamente un antecedente de mi trabajo.

-Se logra a través de la estructura de información ideada, aumentar la seguridad jurídica, con la obtención de la información registral inmediata, que acredita la vigencia de la sociedad anónima para el MC en el país receptor, de forma actualizada a la fecha de actuación, evitando así los riesgos que genera trabajar con información desactualizada.

- Se plantea un EMC a través de un espectro amplio de situaciones, que procura hacer posible la adaptación de sociedades ya constituidas, dejando atrás criterios restrictivos.

Los inconvenientes dependerán de las apreciaciones que se hagan por los Países Miembros a los cambios planteados en el proyecto.

Es de conocimiento general que todo cambio en la legislación necesita de voluntad política para lograrlo, aquí además se necesita voluntad política integracional, abierta a cambios en las estructuras normativas de la región del MC, aunque mínimos pero a mi entender convenientes. Dependerá del país que los recoja, que los cambios propuestos sean mínimos o grandes. Por ejemplo para ser adaptados a la normativa de la LSC de ROU, éstos cambios son mínimos y, parecen más bien soluciones de naturaleza práctica que legales. Sin embargo para otro país como Brasil, que aplica a las sociedades extranjeras criterios restrictivos y de gran contralor, pueden emerger como grandes cambios en materia de regulación de las referidas sociedades. Tal apreciación podría convertirse en inconveniente sino se antepone a la misma, el espíritu integrador que procura el MERCOSUR, que requiere como base una política de apertura integracional activa, abierta a cambios de cualquier tamaño, para llegar a los fines propuestos.

j. Definición de los términos usados en el tema a desarrollar.

ESTÁNDAR MÍNIMO COMUN (EMC): lo defino como los elementos mínimos comunes requeridos, y que deben cumplirse en la constitución por acto único del Estatuto o contrato social de la persona jurídica Sociedad Anónima, para su reconocimiento como tal, y su libre circulación dentro de los Estados Miembros, que se hayan totalmente integrados al Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

ESTATUTO lo asimilo de acuerdo con el art. 250 de la ley 16.060 de la ROU, al contrato social de constitución de las sociedades anónimas.

SOCIEDAD ANONIMA: tipo social que se caracteriza por tener el capital dividido en acciones, las que podrán representarse en títulos negociables, y en la cual la responsabilidad de los accionistas se limita a la integración de las acciones que se suscriban.

MERCADO COMUN DEL SUR: MERCOSUR ⁷ Los datos e ilustración de esta forma de integración regional han sido tomados de Wikipedia,⁸ y se transcriben en forma textual a continuación:

El **Mercado Común del Sur** o **Mercosur** (en portugués *Mercado Comum do Sul*, *Mercosul*) es un bloque comercial cuyos propósitos son promover el libre intercambio y movimiento de bienes, personas y capital entre los países que lo integran, y avanzar a una mayor integración política y cultural entre sus países miembros y asociados.

Sus estados miembros son *Argentina, Brasil, Paraguay, y Uruguay*. *Venezuela* firmó su adhesión el 17 de junio de 2006. Su estatus dentro del bloque no es claro: no ejerce los derechos propios de un estado miembro pleno pero está claro que es más que un mero estado asociado. *Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú* tienen estatus de estado asociado.

Los países miembros consideran que su fecha de creación fue el 30 de noviembre de 1985, fecha de la *Declaración de Foz de Iguazú* que puso en marcha el proceso. Sin embargo, el nombre le fue asignado el 26 de marzo de 1991 por el *Tratado de Asunción*, en tanto que su existencia como persona jurídica de Derecho Internacional fue decidida en el *Protocolo de Ouro Preto*, firmado el 16 de diciembre de 1994, pero que recién entró en vigencia el 15 de diciembre de 1995.

⁷ Cuando se realice en el presente trabajo una referencia a los Estados que integran el MERCOSUR, será exclusivamente a los países que lo integran como Estados miembros plenos, no asociados y ellos son: URUGUAY, ARGENTINA, BRASIL Y PARAGUAY.

⁸ Pág.web: "wikipedia.encyclopedia libre"

Mercado Común del Sur

	
Nombre oficial:	Mercado Común del Sur (español) Mercado Comum do Sul (portugués)
	
Idiomas oficiales	castellano y portugués ¹
Estados miembros	Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Estados en proceso de ser miembros, pero que aun son asociados	Bolivia, ² Venezuela ³
Estados asociados	Chile, Colombia, Ecuador y Perú
Estados observadores	México
Presidencia Pro Témpace	Cristina Fernández de Kirchner (Argentina)
Presidente de la CRPM	Carlos <i>Chacho</i> Álvarez
Sede Permanente	Montevideo, República Oriental del Uruguay
Superficie • Total	Puesto 2 ^o ¹ ca. 13.000.000 km ²
Población • Total (2007)	Puesto 4 ^o ¹ 263,4 millones
PIB a PPA • Total (2007)	Puesto 5 ^o ¹ U\$S 2.770.723 mill.
• Per cápita (2007)	U\$S 10.535
Formación Tratado de Asunción	<i>Firmado:</i> • 26 de marzo de 1991

CAPITULO II

I) ANTECEDENTES RELATIVOS AL TEMA PLANTEADO.

Dentro de los organismos de integración regional, tanto en la UNION EUROPEA⁹ como en el MERCOSUR, existe consenso dentro de los operadores jurídicos, como son los notarios o escribanos, -creadores o al menos parte interviniente en algunos de los momentos de la constitución del contrato social o Estatuto de la Sociedad Anónima-, en la necesidad de armonizar las legislaciones existentes a efectos de lograr la circulación de documentos entre los Estados miembros, ya sea de la Comunidad Económica Europea o del MERCOSUR. Considero importante exponer los argumentos que los llevaron e reflejar dicha voluntad.

“En el marco de los tratados de integración, que procuran facilitar la circulación de bienes y servicios, se ha discutido si el servicio que brinda el escribano público o notario puede trasladarse fuera del territorio donde está radicado a fin de facilitar la circulación y permitir la libre radicación. La respuesta, tanto del notariado americano como del continente europeo, ha sido negativa, por considerar que la función notarial debe ejercerse en un Estado en el cual se tiene la competencia territorial. Por el contrario, la respuesta positiva es para el documento notarial, resultado de la labor profesional.”¹⁰

Antecedentes jurídicos, jurisprudenciales e institucionales entre los que se encuentran el art. 55 del Tratado de Roma (Unión Europea), la Sentencia del Tribunal de Justicia de Estrasburgo de 21 de julio de 1974 (Sentencia Reyners), el Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notarios de la Comunidad Europea del 23 de marzo de 1990 (Declaración de Madrid), la Resolución del Parlamento Europeo del 18 de enero de 1994 (Situación y organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad Europea), y la Declaración de los Notarios del MERCOSUR (Buenos Aires, 20 de marzo de 1998), han hecho arribar a esa conclusión.

El punto de partida para la integración económica regional es la supresión de los derechos aduaneros y las trabas arancelarias con miras a lograr la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Estados miembros.

En el ámbito de la Unión Europea el Tratado de Roma, en su título III, se refiere a la libre circulación de las personas, de los servicios y de los capitales y, dentro de él, en su capítulo II, a el derecho de establecimiento. El artículo 55 del Tratado establece alguna excepción a las disposiciones de este capítulo II, al preceptuar: “Están excluidas de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, en lo que respecta al Estado miembro interesado, las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”. La profesión del notario o escribano público tiene esta característica por tanto es alcanzada por dicha excepción y así lo manifiesta el **Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea, del 23 de marzo de 1990 (Declaración de Madrid)**. El art. 55 del Tratado de Roma, sería aplicable a los notarios, quienes participan del ejercicio de la autoridad pública. Para la Unión Europea la profesión notarial está fuera del campo de aplicación de la directiva sobre el reconocimiento de diplomas, ya que si no hay libre circulación de la persona del notario, no se le puede aplicar una directiva que presupone tal libertad. Además, para el notario, el título académico no es suficiente, sino que se le exigen otros requisitos, entre ellos, la investidura habilitante. Se concluye entonces que **la libre circulación debe apuntar, en el caso del notario, a la circulación del documento notarial**.

Posteriormente la **Resolución del Parlamento Europeo del 18 de enero de 1994** también comparte esta posición y entonces pide a la Comisión y a los Estados Miembros que utilicen los instrumentos jurídicos del Tratado de la COMUNIDAD EUROPEA para garantizar el reconocimiento mutuo sin formalidades de los documentos notariales, en el marco de la subsidiariedad.

Dentro del marco integracional del MERCOSUR (MC), el **Tratado para la constitución de un Mercado Común, suscrito el 26 de marzo de 1991** en Asunción del Paraguay, contempla entre sus propósitos, en su

9 UNION EUROPEA.(UE) En 1957 se firma entre 6 Estados -Francia, Italia, República Federal De Alemania, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo- el Tratado de Roma que crea la COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA, ampliada actualmente a 27 naciones con la incorporación de Gran Bretaña, España, Portugal, Grecia, Dinamarca, Irlanda, Austria, Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Rumania y Suecia.

10 Así lo expresan Acquarone, Morel y Siri González en su trabajo “La función notarial y la libre circulación de los servicios profesionales en los tratados de integración”

Capítulo I Artículo 1º: *“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países [...] La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: [...] servicios [...] a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes; el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”*.

Posteriormente el **Protocolo de Montevideo sobre Comercio de servicios del MERCOSUR del 13 de diciembre de 1997**, que tuvo en cuenta el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC, a su vez establece en el artículo II que *“el término ‘servicio’ comprende todo servicio de cualquier sector excepto los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales”*. Se destaca pues respecto del MERCOSUR, la aplicación de igual excepción a la libre circulación de los servicios cuando se trata del ejercicio de una facultad emanada de la potestad del Estado, como lo es la fe pública notarial.

La **Declaración sobre el ejercicio del notariado dentro del MERCOSUR**, efectuada por los representantes de los notarios de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, reunidos en la ciudad de Buenos Aires, el 20 de marzo de 1998, manifestaron que el ejercicio de la función notarial, por las características propias que reviste dentro del ámbito del notariado latino, puede ser incluido dentro de las excepciones a las libertades de libre prestación de servicios y libre establecimiento, presupuesto básico del Mercado Común del Sur.

La función pública que desempeñan los escribanos debe ejercerse en un ámbito territorialmente delimitado, dentro del Estado que lo designó, por lo que se vuelve inviable la circulación de los notarios.

Asimismo se estima que el desarrollo de los objetivos propuestos para la integración de los países miembros del MERCOSUR, requiere el estudio de regulaciones que posibiliten la libre circulación de los documentos de origen notarial.

Por último, los representantes de los notarios, con motivo de las negociaciones que se realizan en materia de prestación de servicios profesionales en el MERCOSUR, **“DECLARAN:**

Que las características del notariado latino vigente en los cuatro países, en cuanto implican delegación parcial de la soberanía del Estado, tornan inaplicables a la función notarial los principios de libre establecimiento y de libre circulación.

Que se debe facilitar la circulación de los documentos notariales y su fuerza ejecutiva, incorporando a las respectivas legislaciones las normas que así lo permitan.

Y RESUELVEN:

Dar a conocer el presente documento a las Delegaciones Oficiales de cada país ante el Mercado Común del Sur”.

II) ANTECEDENTES DOCUMENTALES.

Como antecedente documental de acuerdos entre países que buscan integrar el desarrollo de la actividad empresarial, encontramos en Derecho Internacional Privado el Estatuto suscrito entre Argentina y Brasil para regular las Empresas Binacionales constituidas por ambos países.

La ley 23935 del 18 de abril de 1991 aprobó en Argentina y, el decreto legislativo 26/92 aprobó en Brasil, el Estatuto de Empresas Binacionales Argentino – Brasileñas (en adelante E.B.A.B.), celebrado entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, en la Ciudad de Buenos Aires el 6 de julio de 1991.

Este acuerdo refiere al Estatuto de las Empresas Binacionales Argentino - Brasileñas, y como se extrae del trabajo doctrinario argentino de Hugo LLobera¹¹ el art. I las define a través de características, como aquellas que reúnen simultáneamente determinados requisitos, referentes a la composición del capital social, a las mayorías de votos, a los órganos de administración y fiscalización. El art. II establece que el objeto de estas empresas podrá ser cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su “sede”, salvo las limitaciones establecidas por disposiciones constitucionales. El art. III.1 indica que tendrán una de las formas jurídicas admitidas por la legislación del país elegido para la “sede social”. El art. III.3 prevé que puedan establecer sucursales, filiales o subsidiarias en el país (Argentina o Brasil) en el cual no tengan su sede. El art. IV determina los requisitos que deben cumplir los aportes de capital. El art. VIII exige que el acuerdo que se presente ante la autoridad de aplicación del país de la sede, deberá indicar, entre otras cosas, la estructura del capital social, nombre, nacionalidad y domicilio de los socios; también exige a los mismos efectos de obtener el certificado provisorio de constitución, la presentación ante dicha autoridad de una copia del proyecto de Estatuto social o del contrato social. El mismo artículo requiere a los fines de que se extienda el certificado definitivo de constitución de la Empresa Binacional, una declaración jurada de los directores o

11 LLOBERA Hugo, “Nacionalidad o binacionalidad de la forma jurídica de la empresa binacional argentino-brasileña”, Fuente 1997, Lexis Nexis on line N° 0021/000058 o 0021/000059 año 2007.

socios gerentes respecto del capital social. Por los términos usados resulta claro que la forma jurídica que el Estatuto prevé es la de una sociedad.

El Estatuto requiere que en forma simultánea se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Por lo menos el 80 % del capital social y de los votos deben pertenecer a inversores nacionales de la República Argentina o de la República Federativa del Brasil.
- b) Esos inversores deben tener el control real y efectivo de la empresa.
- c) La participación de inversores de cada uno de los dos países debe ser de por lo menos el 30 % del capital.
- d) El conjunto de los inversores nacionales de cada uno de los dos países deben tener derecho a elegir, como mínimo, un miembro del órgano de administración y del órgano de fiscalización interna de la empresa.

Dentro de los requisitos formales exigidos están los siguientes:

- constituirse y tener su sede en alguno de los dos Estados contratantes, sin perjuicio de que puedan abrir sucursales o constituir filiales en el otro Estado.
- adoptar una de las formas jurídicas admitidas por la legislación de los Estados contratantes.
- adicionar a la razón social o a su denominación las palabras "Empresa Binacional Argentino - Brasileña" o las iniciales "E.B.A.B." o "E.B.B.A.".
- i la forma jurídica fuese la de sociedad anónima, las acciones deberán ser nominativas no trasferibles por endoso, como una forma de mantener la transparencia en el cumplimiento del requisito de propiedad conjunta y las proporciones establecidas para ello, ya que además es determinante el carácter de inversor nacional de Argentina o de Brasil de quienes tienen el efectivo y real control de la empresa.

Como expresa el antes nombrado doctrino en su trabajo ya citado, la Empresa Binacional Argentina - Brasileña (E.B.A.B.) va a recibir la forma jurídica de una sociedad argentina o brasilera, en cuanto a su constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Cualquier sociedad que se constituya en esos Estados y tenga su sede en ellos, y que además reúna los demás requisitos del Estatuto podrá ser considerada E.B.A.B., debiendo para ello observar ciertas etapas adicionales en su formación, indicadas en el art. VIII del mismo Estatuto.

Para la determinación de la ley aplicable a las distintas relaciones que son consecuencia de su actuación, el Estatuto remite a la ley del lugar elegido para la sede, naturalmente dentro de su ámbito de validez territorial y, a su vez, las legislaciones de ambos Estados remiten a la ley del lugar de constitución.

La legislación argentina como la brasileña establecen como ley aplicable la ley del lugar de constitución (en Argentina por el art. 118 de la L.S.C., 19550, y en Brasil por el arts. 171-I, Constitución del Brasil).

También dentro de la doctrina argentina Raúl Etcheverry¹² analiza el referido estatuto y, evalúa las ventajas de su aplicación, realizando las siguientes consideraciones:..." en julio de 1986 se suscribió entre la Argentina y el Brasil, entre muchos documentos, el Protocolo 5, referido a empresas binacionales a crearse entre los dos países. Éste fue el primer paso, porque el Protocolo sólo dejaba entrever ideas de gran vaguedad sobre las empresas binacionales argentino-brasileñas, pero que atesoraban el propósito común de dotar a los empresarios privados de un poderoso medio económico de integración... Del Protocolo 5 se podían extraer algunas ideas para interpretar la creación futura del instrumento de organización empresarial llamado empresa binacional.... Los emprendimientos binacionales no pudieron desarrollarse por vía típica en Europa, salvo la admisión del grupo de interés económico en la CEE, que como hemos consignado más arriba, sólo posibilita una asociación transitoria.... En América del Sur, el Brasil y la Argentina proponen el reconocimiento de emprendimientos binacionales privados, como una herramienta más en el camino a la integración.... El estatuto no obra a modo de las directivas europeas, ya que no ordena la modificación de ninguna norma interna de organización de las empresas. Apunta a directrices que conciernen expresamente al derecho económico, que condiciona con fuerza normativa singular la actuación de las organizaciones económicas en el mercado... Al comienzo, se pensó solamente en las sociedades anónimas, a lo que correspondió una observación nuestra, ya que no se veía obstáculo para que una empresa binacional pudiese ser cualquier estructura legal de los países firmantes, incluyendo las de conformación transitoria. Si prestamos atención a la voluntad con que los Estados parte suscribieron el acuerdo, podemos entender que la referencia a "formas jurídicas" de la empresa de cada país alude a la amplia gama de estructuras que permiten la articulación de una empresa económica. De ahí que afirmemos que, sin duda, el criterio es amplio y comprensivo de todas las organizaciones empresariales legalmente aceptadas. Nos parece que el solo hecho de cambiar su mercado nacional por otro regional de

12 ETCHEVERRY, Raúl A.: "Empresa binacional argentino-brasileña. Un nuevo instrumento de integración" Lexis Nexos on line N° 0021/000342 - año 2006.

grandes dimensiones bastaría para hacer apetecible esta herramienta jurídica. No obstante, son amplias las facilidades que se prometen en cuanto a movimiento de capital, aportes, disposición de las ganancias y doble imposición... Además, los bienes y servicios producidos por las empresas binacionales tendrán tratamiento prioritario equiparado a los de las empresas de capital nacional. La transferencia de utilidades y repatriación de participaciones es libre una vez pagados los impuestos... La mayor preocupación de quienes asesoramos empresas se da en el marcado interés por evitar litigios o inconvenientes a los creadores de negocios. De ahí que si el estatuto no ofrece, además de un camino, cierta seguridad jurídica, no servirá y caerá en desuso.... De este modo, los empresarios contarán con un mercado ampliado en el cual aplicar la economía de escala; los trabajadores, con más posibilidades y fuentes de trabajo, al igual que técnicos y profesionales... Mayores capitales serán destinados a los negocios, en una cooperación comercial, industrial y técnica real. De cada país, los empresarios podrán aprovechar sus ventajas (vgr., la experiencia y penetración del Brasil en trading internacional). Sumando diferencias positivas, se ampliarán las fuentes de suministros y se perfeccionará la competencia desmonopolizándose vastas áreas de negocios. Frente a terceros países, se competiría en mejores condiciones, porque se aprovecharán los recursos naturales, condiciones geográficas, infraestructura, clima y demás elementos humanos o naturales de cada uno de los socios del mercado común."

La Dra. Ana María Meirovich de Aguinis¹³ en su obra doctrinaria expresa que comparte lo expresado por el Dr. Raúl Etcheverry y agrega que "para la aprobación de este Estatuto Binacional, no se crea una autoridad administrativa supranacional, sino que se implementa la creación de un Comité Binacional Permanente de Implementación y Seguimiento, que tendrá a su cargo impulsar y supervisar la implementación de medidas que garanticen el pleno acceso de las empresas binacionales a los beneficios otorgados por el estatuto. Asimismo actuará como órgano de consulta y de interpretación del contenido y alcance de sus disposiciones."

Y la jurista brasileña Ligia Maura Costa refiriéndose a dicho estatuto binacional, considera que "sigue siendo una buena alternativa para usufructuar de las ventajas consagradas para las empresas brasileñas y argentinas establecidas como empresas binacionales, puesto que la duración del Estatuto es indeterminado."¹⁴

CAPITULO III

A) ENFOQUE JURIDICO DEL ESTANDAR MINIMO COMUN (EMC).

El enfoque jurídico planteado me lleva a considerar la armonización de las legislaciones internas, con miras a lograr la circulación de los documentos, específicamente del Estatuto o contrato social de la sociedad anónima, en este caso a través del desarrollo del EMC de elementos constitutivos para el MERCOSUR.

Las normas jurídicas resultantes serán compatibles con el derecho común de cada Estado. Las relaciones jurídicas que se creen en base a ellas, no violarán el orden público interno, -es decir la normativa jurídica elaborada en defensa del interés general-.

El planteo enfoca la incorporación al orden jurídico de cada Estado, del proyectado estándar mínimo común para la constitución del Estatuto de la Sociedad Anónima.

La armonización no se plantea por la ruta de creación de un orden jurídico comunitario supranacional. Esta vía sí podría funcionar para la UNION EUROPEA, ya que a diferencia del MERCOSUR, aquella cuenta con órganos no autoritarios, que tienen por función administrar y coordinar las normas resultantes de un ordenamiento jurídico supranacional, para que no entren en conflicto con los ordenamientos jurídicos propios de cada uno de los Estados Miembros. Los Estados que forman parte de ella, simplemente en una etapa de integración hoy superada, han delegado algunas competencias sin afectar sus soberanías. El MERCOSUR en cambio no tiene el grado de avance integracional que tiene la UNION EUROPEA, razón por la cual el camino elegido es otro. Este se asemeja a la política de las directivas, también usadas por la Unión Europea, que buscan la armonización legal entre sus Estados miembros, propiciando la incorporación jurídica al derecho

13 AGUINIS ANA MARIA M. de: "Empresas e inversiones en el Mercosur", Ed. Abeledo -Perrot. Bs.As. Argentina, año 1993.

14 COSTA, Ligia Maura: "A Coperacao entre empresas no Mercosul" (pág.21-38, "O Mercosul em movimento". Porto Alegre. Do Advogado, año 1995.

común de cada país, siempre y cuando no contraríe el orden público internacional, con el fin de configurar así la aproximación de las legislaciones.

B) MARCO JURIDICO DE LOS ESTADOS INTEGRANTES DEL MERCOSUR ANALIZADO PARA EL OBJETO DE ESTA TESIS:

ARGENTINA: Leyes 19550 del 3/4/1972 y 22903 del 9/9/1983.

BRASIL: Ley 6404 del año 1976, Código Civil ley 10.406 del año 2002.

PARAGUAY: Código Civil Ley 11183 del año 1985 y ley modificativa 388 del año 1994.

URUGUAY: Ley 16060 del año 1989 actualizada por leyes modificativas y concordantes, decreto reglamentario 335/90, ley 11073/48 modificada, ley 16170 de 1991, ley 17.243 del año 2000, ley 17.292 del año 2001, ley 17.904 del año 2004, leyes 18083, 18092 (modificada) y 18172 del año 2007.¹⁵

C) SINTESIS DE LOS REGIMENES SOCIETARIOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL MERCOSUR.¹⁶

III.C.1.BRASIL:

III.C.1.a. Características generales.

El Código Comercial de la República Federativa del Brasil data de 1850 y solo contempla cuatro tipos societarios, por lo que los restantes están regulados por leyes específicas como las sociedades por acciones, reguladas por la ley 6404 que reglamenta dos tipos societarios: las sociedades en comandita por acciones y la sociedad anónima. En el año 2002 se aprueba el nuevo Código civil que regula en forma genérica a las sociedades anónimas. En el artículo 1089 se remite a la regulación especial para este tipo social que es la contenida en la ley 6404 de 1976.

La personalidad jurídica de la sociedad se reconoce desde la inscripción, que es constitutiva, en el Registro de Comercio. El fin u objeto debe ser lícito, y todos los socios deben contribuir a la formación del capital ya sea con aportes de dinero o bienes de cualquier especie, trabajo o industria y deben realizarse en la forma y plazos establecidos en el contrato.

III.C.1.b. Forma y contenido:

Las sociedades comerciales pueden constituirse por escritura pública o instrumento privado; de acuerdo con el art. 302 del Código Comercial los requisitos son:

- 1) nombre, nacionalidad, y domicilio de los socios;
- 2) denominación social, el nombre por el que ha de ser conocida la sociedad,
- 3) los nombres de los socios que pueden usar la firma social. A falta de esta estipulación, se entiende que todos los socios pueden usar la firma social y girar en nombre de la sociedad;
- 4) designación específica del objeto, la cuota con que cada socio participa en el capital social, y la participación en las ganancias y en las pérdidas;

¹⁵ A los efectos del presente trabajo, se incluyen únicamente las normas vigentes a partir de la ley 16.060 que se consideran influyen en la confección de un estándar mínimo común de requisitos para el Estatuto o contrato social de una sociedad anónima para el MERCOSUR. Utilizando el mismo criterio para las normas que rigen y de forma específica para la constitución por acto único de las Sociedades Anónimas en los restantes países del MC considerados en esta tesis.

¹⁶ La fuente inspiradora del presente trabajo reestructurado y actualizado es UNION INTERAMERICANA DEL NOTARIADO LATINO (UINL), Comisión de Asuntos Americanos, Sección para el Estudio de la Integración (autores varios): "Régimen societario y Registro de Sociedades" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000

- 5) la forma de nombrar los árbitros para juicios producidos por conflictos sociales.
 6) No siendo la sociedad por tiempo indeterminado, la época en que ha de comenzar y acabar, y la forma de liquidación y participación.

Todas las demás cláusulas y condiciones necesarias para determinar los derechos y obligaciones de los socios entre sí, para con la sociedad y con los terceros.

Es nula toda cláusula o condición oculta, contraria a las cláusulas y condiciones contenidas en el documento.

III.C.1.c. Inscripción.

El contrato social debe inscribirse en el Registro Público de Comercio del domicilio social, también las sucursales en el Registro del lugar donde se establecerán.

III.C.1.d. Capital social.

Deberá expresarse en moneda nacional.

III.C.1.e. Plazo.

Se debe establecer en el contrato social y puede ser con plazo determinado o indeterminado.

III.C.1.f. Publicación.

Publicación en el Diario Oficial.

III.C.1.g. Socios.

Se requiere capacidad para ejercer el comercio

III.C.1.h. Aportes.

Puede ser en dinero, bienes de cualquier especie, trabajo o industria.

III.C.1.i. Administración y representación.

Los administradores obligan en principio a la sociedad por los actos realizados en uso de la firma social, dentro del objeto social, para actuar fuera del objeto fijado en el contrato social se requiere consentimiento unánime de todos los socios. Salvo prohibición contractual, los administradores que deberán ser personas físicas, pueden delegar la administración y la representación en otra persona sin escuchar a los demás asociados.

III.C.2.ARGENTINA:

III.C.2.a. Características generales.

La sociedad constituye un sujeto de derecho con el alcance fijado por la ley. Debe adecuarse a algún tipo social cumpliendo con las solemnidades requeridas, los socios están obligados a realizar aportes, a participar en las pérdidas y ganancias. Se exige la pluralidad de socios, al inicio y durante toda la vigencia del contrato.

III.C.2.b. Forma y contenido.

Se constituyen y se modifican por instrumento público o privado, que debe inscribirse previa publicación, en el Registro Público de Comercio del domicilio social. Las sociedades por acciones deben constituirse por documento público.

El art.11 que se transcribe a continuación, establece los requisitos del instrumento constitutivo, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad, y son los siguientes:

“1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios;

2) La razón social o la denominación, y el domicilio de la sociedad.

Si en el contrato constare solamente el domicilio, la dirección de su sede deberá inscribirse mediante petición por separado suscripta por el órgano de administración. Se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta;

- 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado;
 - 4) El capital social, que deberá ser expresado en moneda argentina, y la mención del aporte de cada socio;
 - 5) El plazo de duración, que debe ser determinado;
 - 6) La organización de la administración de su fiscalización y de las reuniones de socios;
 - 7) Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes.
Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa;
 - 8) Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros;
 - 9) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad.
- Modificaciones no inscriptas: Ineficacia para la sociedad y los terceros.”

III.C.2.c. Inscripción.

Se considera constituida regularmente a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio social. Las modificaciones del contrato social también requieren inscripción.

III.C.2.d. Capital social.

Moneda nacional.

III.C.2.e. Plazo.

Debe constituirse por un plazo determinado, y puede prorrogarse antes del vencimiento. No existe plazo legal máximo para su constitución.

III.C.2.f. Publicación.

Se requiere publicación en el Diario Oficial.

III.C.2.g. Socios.

Se requiere capacidad para ejercer el comercio.

III.C.2.h. Aportes.

Pueden consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo para el tipo social en que exige obligaciones de dar. En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte deberá hacerse en bienes susceptibles de ejecución forzada.

III.C.2.i. Administración y representación.

El administrador o representante que de acuerdo con el contrato o la ley, representen a la sociedad, la obligan en todos los actos dentro del objeto social. Estará a cargo de personas físicas y no se puede delegar. Toda designación y remoción de administradores debe inscribirse en el Registro correspondiente. En caso de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, es necesaria la publicación de edictos.

III.C.3.PARAGUAY:

III.C.3.a. Características generales.

En Paraguay la materia societaria está regulada en el Código Unificado de Obligaciones Civiles y Comerciales, modificado por la ley 388 del año 1994. A la sociedad se le reconoce la personería jurídica desde

la inscripción en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones creado por el art.345 de la ley 879 de 1981. Se trata de inscripción constitutiva.

III.C.3.b. Forma y contenido.

Podrá constituirse en documento público o privado, salvo en casos específicos como lo es la constitución de la sociedad anónima que requiere escritura pública.

III.C.3.c. Inscripción.

Toda sociedad mercantil deberá inscribirse en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones.

El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial verificará las condiciones exigidas por la ley para la constitución de las sociedades anónimas y ordenará la inscripción en el Registro correspondiente. Se inscribe el acto constitutivo, los Estatutos, la designación del primer directorio y del o de los primeros síndicos, en el Registro de las Personas Jurídicas y Asociaciones. La personalidad se adquiere con la inscripción en el Registro.

II.C.3.d. Capital Social.

Deberá ser en moneda nacional.

III.C.3.e. Plazo.

Debe constituirse por un plazo determinado.

III.C.3.f. Publicación.

Se requiere publicación en el Diario Oficial.

III.C.3.g. Socios.

Podrán ser socios quienes puedan ejercer el comercio.

III.C.3.h. Aportes.

Puede consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo para aquellos casos en que se exijan obligaciones de dar.

III.C.3.i. Administración y representación.

El administrador o representante que de acuerdo con el contrato o la ley representen a la sociedad y tengan el uso de la firma social, la obligan en todos los actos dentro del objeto social. La administración estará a cargo de personas físicas. La amplitud de los poderes de los administradores se determina por el objeto social y alcanza a los negocios ordinarios.

III.C.4.URUGUAY:

III.C.4.a. Características generales:

En ROU se considera a la sociedad sujeto de derecho desde la celebración de contrato social (art.2) y debe de adoptar algunos de los tipos sociales establecidos so pena de considerarse una sociedad irregular o de hecho

III.C.4.b. Forma y contenido:

Puede constituirse por escritura pública o documento privado con firmas certificadas. El documento deberá contener los siguientes elementos:

- 1) Datos completos de los socios,
- 2) Tipo social adoptado
- 3) Denominación
- 4) Domicilio
- 5) Objeto o actividad social
- 6) Capital
- 7) Aportes
- 8) Forma de distribuir las ganancias y soportar las pérdidas
- 9) Administración
- 10) Plazo de duración

Además de los requisitos propios de cada tipo societario.

III.C.4.c. Inscripción.

El contrato social se inscribirá en el Registro de Personas Jurídicas, sección Comercio del domicilio social, dentro de los 30 días a contar desde el siguiente a la fecha de su otorgamiento, (art.7). Con la inscripción se considerará regularmente constituida salvo para el caso de la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada que deberán cumplir para ello con las publicaciones prescriptas en la ley.

III.C.4.d. Capital social.

Al igual que en los casos anteriores debe ser en moneda nacional.

III.C.4.e. Plazo.

El plazo máximo es de 30 años (sin perjuicio de lo establecido para cada tipo social, y de las cláusulas automáticas, -como se verá más adelante el plazo de la S.A. puede ser mayor-).

III.C.4.f. Publicación.

Se requiere también al igual que en los Estados anteriores, publicación en el Diario Oficial, (para determinados tipos sociales, como es el caso de la sociedad anónima, se requiere también publicación en otro diario de circulación en el domicilio de la sociedad).

III.C.4.g. Socios.

Para ser socio se requiera capacidad para ejercer el comercio, salvo las excepciones establecidas en la ley.

III.C.4.h. Aportes.

Cada socio será deudor frente a la sociedad de lo que se haya comprometido a aportar. Los aportes podrán consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo que el tipo social exija solo obligaciones de dar. En caso de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas y en comanditas por acciones -respecto del capital comanditario- el capital deberá ser en bienes determinados susceptibles de ejecución forzada. Se presume que el socio transmite la propiedad de los bienes aportados, salvo estipulación en contrario. El contrato será título hábil para la transmisión de los bienes que aporten en el momento de la suscripción, sin perjuicio de

que se pueda instrumentar por separado. El socio incumplidor incurrirá en mora y deberá intereses y resarcir daños y perjuicios. La sociedad podrá exigir el cumplimiento del aporte a través del juicio ejecutivo.

III.C.4.i. Administración y representación.

Los administradores tienen a cargo la gestión de los negocios sociales, y representan a la sociedad, salvo que la ley o el contrato atribuyan representación a alguno de los socios o establezca un sistema de actuación frente a terceros. Se incluyen dentro de los actos de gestión el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de los bienes sociales. Las restricciones a las facultades de los administradores y los representantes serán inoponibles a los terceros, pero tendrán eficacia interna. La sociedad quedará obligada por los representantes en todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

El representante puede ser una persona física o jurídica, socia o no. Se requiere capacidad para ejercer el comercio, sin tener prohibición de comerciar. No podrá delegar sus funciones sin consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario.(art.81 LSC).

La persona jurídica administrará a través de una persona física que designará y a la cual podrá reemplazar cuando lo considere conveniente. El administrador persona jurídica será solidariamente responsable con la persona física designada, por las obligaciones asumidas en nombre y representación de la sociedad.

Los administradores o representantes podrán celebrar con la sociedad contratos que se relacionen con su actividad normal, en las mismas condiciones que los terceros, y deberán comunicarlo a los socios. Los contratos fuera de la actividad normal requieren autorización previa de los socios so pena de nulidad (art.84 LSC).

Todo nombramiento de administrador o representante por acto diferente al contrato social, o cese o renovación, se deberá comunicar al Registro de la Personas Jurídicas sección Comercio.

D) CUADRO COMPARATIVO DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN LOS PAISES MIEMBROS DEL MERCOSUR.¹⁷

1. CONSTITUCIÓN POR ACTO ÚNICO, MODALIDADES Y FORMA.

Paraguay: se constituye por escritura pública.

Argentina: por instrumento público.

Brasil y Uruguay: por escritura pública o documento privado.

2. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN.

Argentina. La **sociedad anónima** se encuentra regulada por los arts. 163 a 314, es considerada una sociedad comercial que puede ser abierta o cerrada, con personalidad jurídica. Se requieren dos accionistas como mínimo para constituir la (arts. 2 y 94, inc. 8). **La inscripción no otorga la personería jurídica**, sino que le otorga regularidad a la sociedad. Deja de ser sociedad en formación y pasa a ser sociedad anónima. La autoridad administrativa verifica el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales. Se inscribe en el Registro de Comercio del domicilio y ésta no tiene efectos saneatorios.

Brasil. La SOCIEDAD ANÓNIMA también llamada COMPAÑÍA, es la sociedad comercial o mercantil, cuyo capital es dividido en partes iguales (acciones), sujeta a una administración escogida periódicamente por los socios (accionistas) los cuales serán según la ley un mínimo de dos, y deberán suscribir la totalidad de las acciones en que se divida el capital social fijado en el Estatuto. Los accionistas tienen como límite de su responsabilidad en los negocios sociales, el monto del capital suscrito.

Los socios fundadores deberán integrar el 10% del valor de emisión de las acciones, y aportarlo en dinero, como entrada, que deberá ser depositado en el plazo de 5 días en el Banco del Brasil S.A., o en otro establecimiento bancario autorizado por la Comisión de Valores Mobiliarios, a nombre de la sociedad en organización, la cual podrá retirarlo solo después de haber adquirido personalidad jurídica.

¹⁷ La fuente inspiradora del presente trabajo reestructurado y actualizado es UNION INTERAMERICANA DEL NOTARIADO LATINO (UINL), Comisión de Asuntos Americanos, Sección para el Estudio de la Integración (autores varios): "Régimen societario y Registro de Sociedades" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000.

En la hipótesis de que la sociedad no se constituya dentro del plazo de 6 meses de la fecha del depósito, el banco restituirá los montos depositados, directamente a los suscriptores.

Ninguna compañía podrá funcionar sin que sean archivados y publicados sus actos constitutivos. Con la inscripción que es constitutiva nace la personalidad jurídica. Para el caso de que haya sido constituida por deliberación en Asamblea General, en el Registro del Comercio (Junta Comercial) del lugar de la sede deberán ser archivados:

- 1) Un ejemplar del Estatuto social firmado por todos los suscriptores o, si la suscripción hubiese sido pública, los originales del Estatuto y del proyecto, firmados por los fundadores, así como el del periódico en que hubiesen sido publicados.
- 2) La relación completa, autenticada por los fundadores o por el Presidente de la Asamblea, de los suscriptores del capital social, con la calificación, número de las acciones, y el total de entrada de cada suscriptor;
- 3) El recibo de depósito a que se refiere el art.80 de la ley 6404/76;
- 4) Duplicado de las actas de las asambleas realizadas para evaluación de bienes, cuando sea el caso; y
- 5) Duplicado del acta de la asamblea general de los suscriptores que haya deliberado la constitución de la Compañía.
- 6) Si la sociedad hubiere sido constituida por escritura pública, bastará el registro del certificado del instrumento.

La creación de sucursales, filiales o agencias de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto, será archivada en el Registro del Comercio.

En resumen **la inscripción otorga personería jurídica**. Antes de la inscripción no hay sociedad. (art.94 de la ley 6404/76). El Registro controla las formalidades legales y las cláusulas del contrato.

Paraguay. La **sociedad anónima** está regulada en los arts. 1048 a 1159 del Código Civil, puede ser abierta o cerrada. Para su constitución se necesitan dos accionistas como mínimo (art. 959 código Civil).

La inscripción en el Registro al igual que en Brasil otorga personería jurídica no regularidad. De acuerdo con el art. 967 del Cód. Civil la falta de registración no anula el contrato, pero la sociedad no adquiere la propiedad de los bienes transferidos o aportados, por lo que se beneficia a los acreedores del socio sobre los acreedores de la sociedad.

Uruguay. La **personalidad jurídica se adquiere desde la celebración del contrato** (art.2 de la ley 16060). Este tipo social se considera regularmente constituida no solo con la inscripción en el Registro, sino a partir de sus publicaciones legales.

La sociedad anónima es una sociedad comercial, con personalidad jurídica, que puede ser abierta o cerrada (arts. 244 a 473). El decreto reglamentario 335/990 (art. 10) declara que el capital accionario puede pertenecer a una sola persona física o jurídica.

3. NÚMERO DE SOCIOS.

Argentina: dos o más socios

Brasil: Dos o más socios excepto la subsidiaria integral, que se conforma con un socio, persona jurídica brasileña, titular del 100% del paquete accionario.

Paraguay. Dos o más socios.

Uruguay. Por la ley 16.060 de 1989 se requieren dos o más socios, luego por el decreto reglamentario 335/90, se autoriza a la sociedad a continuar con un solo socio que puede ser persona física o jurídica, y ser titular del total del capital accionario.

4. CAPITAL SOCIAL: EXPRESIÓN DE LA MONEDA.

Argentina. En moneda nacional

Brasil. En moneda nacional.

-En la sociedad anónima BINACIONAL que se constituye entre *Argentina y Brasil*

Por la ley 23.935 se autoriza a realizar aportes de capital en moneda local del país de origen de las inversiones o en moneda de libre convertibilidad.

Paraguay. Debe ser expresado en moneda nacional.

Uruguay. En moneda nacional. Con excepción de la sociedad anónima de inversión (Offshore) regulada por la ley 11.073 del 24/6/48 que, generalmente expresa su capital en dólares estadounidenses, y tiene como objeto efectuar inversiones en el exterior. Posteriormente la ley 16.170 en su art. 635 amplía el objeto a toda actividad relacionada con la industria, los servicios y el comercio, siempre a realizarse en el exterior de Uruguay.

5. CONFORMACIÓN DEL CAPITAL.

En los cuatro Estados, el capital en las sociedades anónimas se compone de acciones, y hay capital suscrito e integrado.

Argentina. No hay distinción entre capital autorizado, suscrito e integrado, sí se distinguen los dos últimos. Se permite el aumento de capital hasta el quintuplo, sin necesidad de reforma estatutaria, si fue previsto en el Estatuto.

Brasil. Hay capital suscrito, integrado y autorizado. El capital autorizado funciona como un tope estatutario al Consejo de Administración para aumentar el capital sin conformidad de la Asamblea.

Paraguay. No hay diferencia entre capital autorizado y suscrito. Es necesario que se haya suscrito por entero el capital social emitido.

Uruguay. El capital autorizado o contractual es el incluido en el contrato social o Estatuto, es el límite máximo hasta el cual la sociedad puede suscribir e integrar capital sin reforma de Estatuto. No existe en el balance de la sociedad, no tiene ningún contenido económico en la misma, es un techo para operar sin reforma contractual. En el acto único de constitución se debe integrar por lo menos el 25% del capital social y suscribir lo que falta hasta completar como mínimo el 50%, (art.280). En la antes referida S.A. financiera de inversión (Offshore), la ley que la rige deja librado a los órganos sociales el momento en el cual debe ser integrado el capital suscrito, no hay plazo legal.

6. PLAZO.

Argentina. Debe tener un plazo, pero no se establece duración mínima ni máxima.

Brasil. El contrato debe contener un plazo determinado o indeterminado (art.302 inc.6 Código de Comercio).

Uruguay. Debe tener un plazo de duración, pero no se establece para este tipo social ningún plazo mínimo ni máximo.

Es una excepción a la regla general del art. 15 de la ley 16060, que impone un plazo máximo de 30 años para las sociedades, salvo las cláusulas de prórroga automáticas.

Paraguay. Al igual que Argentina y Uruguay, tiene que tener un plazo determinado, pero no está fijado plazo mínimo ni máximo.

7. REGIMEN DE ADMINISTRACIÓN, REPRESENTACIÓN, Y EXPRESIÓN VOLUNTIVA.-

Argentina.

- La administración de este tipo social se encuentra a cargo de un Directorio uni o pluripersonal, salvo en las sociedades abiertas (art.299 L.S.C), que deben tener como mínimo tres directores.

- La mayoría absoluta debe tener domicilio real en Argentina, y todos deben tener constituido domicilio especial. Duración: 3 años como máximo y son reelegibles.

- La expresión de voluntad la tiene el Presidente o uno o más Directores.

- La jurisprudencia mayoritaria y doctrina de la Inspección general de Justicia-órgano de contralor de las sociedades por acciones de la ciudad de Buenos Aires-, entiende que se puede limitar la actuación del Presidente, haciéndolo actuar en forma conjunta con otro director. Las limitaciones estatutarias no son oponibles a terceros, aunque estén inscriptas en el Registro Público de Comercio, salvo que el tercero las conozca (art. 58 L.S.C)

- El Estatuto puede organizar un comité ejecutivo para la gestión de los negocios ordinarios, integrado por directores, así como designarse gerente, directores o no, para ambas funciones.

Brasil.

- La administración en la sociedad anónima es ejercida por el Consejo de Administración o el Directorio. El Consejo de Administración es facultativo en las sociedades cerradas- en las que puede haber sólo Directorio o ambos órganos-y obligatorio para las abiertas. El Consejo de Administración es un órgano de deliberación colegiado, integrado forzosamente por personas físicas, que deben ser accionistas, residentes en el país, se compone de 3 miembros electos en Asamblea General. Su materia de competencia está definida en el art. 142 de la ley 6.404/76.
- La expresión de voluntad societaria queda a cargo de cualquier director indistintamente (art. 144), salvo modificación del Estatuto o del Consejo de Administración. Aunque exista Consejo de administración, la expresión de voluntad societaria es ejercida siempre por los directores, (art.138).
- Las resoluciones de asamblea que restrinjan la representación deben inscribirse en el Registro Público de Comercio y, son oponibles a terceros.
- Los directores pueden nombrar apoderados especificándose los actos que podrán practicar y su duración (arts. 143 y 144).
- Para ser administrador de sociedades anónimas, es necesario ser residente en Brasil (art.146).

Paraguay.

- La regulación de las sociedades surge del Código Civil, y se establece con carácter general que salvo disposiciones expresas en contrario, cualquiera de los socios podrá administrar la sociedad, y que en defecto de limitación expresa, lo que hiciera cualquiera de los socios en nombre de la sociedad, obliga a la misma, (art. 974).
- No hay representación orgánica.
- Las actuaciones de los administradores se rige por las reglas del mandato, por lo tanto, la designación es revocable aún si proviniera del contrato social.
- En caso de administración conjunta, uno de los administradores podrá asumir personalmente la representación cuando haya urgencia, para evitar un daño grave a la sociedad.
- El Código Civil paraguayo cuando refiere específicamente a las sociedades anónimas, establece que la administración queda cargo de uno o más directores que pueden o no ser accionistas, y son reelegibles. No hay establecido un número mínimo o máximo de directores, lo fija el Estatuto. En la escritura de constitución se debe indicar el número de administradores y sus poderes, con indicación de cuales de ellos tienen la representación de la sociedad (art. 1050). Si no se prevé, la duración en el cargo es por un año. Los directores son designados por la asamblea ordinaria, (arts. 1079 y 1102). El director que no fuera removido con justa causa tendrá derecho a un resarcimiento por daños y perjuicios. Si es unipersonal, se lo denomina Administrador. Los pactos que limiten la representación no pueden ser opuestos a terceros, a menos que los terceros tengan conocimiento de ello, y esto sea probado fehacientemente.

Uruguay.

- La administración está a cargo de un Administrador o un Directorio, el que desarrolla la gestión de los negocios sociales, es decir la expresión de la voluntad de la sociedad.
- Se entienden comprendidos en éstos actos, el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de los bienes sociales.
- La legitimación respecto de la actuación que se manifiesta muy amplia, comprende todos los actos que "no sean notoriamente extraños al objeto social" (art.79).
- Específicamente de los arts. 375 y ss de la sección V, sub sección X, Capítulo 11 de la ley 16.060, que rigen para las sociedades anónimas, surge que la administración y expresión de la voluntad social funcionan de la siguiente manera:
 - "La administración de las sociedades anónimas estará a cargo de un administrador o de un directorio. El contrato social podrá delegar en la asamblea de accionistas la determinación de una u otra forma de administración y del número de miembros del directorio." (art. 375). Tratándose de sociedades anónimas abiertas, el órgano de administración será necesariamente un directorio.
 - "El administrador o el presidente del directorio representará a la sociedad, salvo pacto en contrario."(art. 376).
 - "El administrador o los directores serán designados en la asamblea de accionistas" (art.377).
 - Pueden ser socios o no, pueden ser personas físicas o jurídicas, y son reelegibles. No hay plazo máximo de duración y, sino se prevé, es un año en sus funciones. No se requiere domicilio en la República Oriental del Uruguay.

- La representación de la sociedad, estará a cargo del administrador o presidente del directorio, salvo pacto en contrario. Las restricciones son inoponibles a terceros, pero tendrán eficacia interna, (art.79).

8. CLASES DE ASAMBLEAS.

Argentina.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- documentos contables y cuestiones relacionadas con la gestión,
- designación, remoción y responsabilidad de los miembros de los órganos sociales,
- aumentos de capital dentro del quíntuplo previsto en el Estatuto,
- emisión de obligaciones negociables,

Extraordinarias:

- reforma de Estatutos,
- y todas las demás cuestiones que no sean competencia de la asamblea ordinaria.

Especiales:

- los temas que afectan a una determinada clase de acciones.

Brasil.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- cuentas de los administradores, estados y cuestiones relativas a la gestión;
- elección de administradores y miembros del consejo fiscal,
- aprobar la corrección de la expresión monetaria del capital social,
- deliberar sobre el destino de la utilidad y la distribución de dividendos.

Extraordinarias:

Todo tema que no corresponda a la ordinaria.

Especiales.

Comprende una asamblea de accionistas titulares de una o más especie reacciones, a las cuales estatutariamente se han subordinado determinadas materias, tal como la modificación del Estatuto.

Paraguay.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- documentos contables y cuestiones relacionadas con la gestión,
- designación, remoción y responsabilidad de los miembros de los órganos sociales,
- aumentos de capital dentro del capital autorizado.

Extraordinarias.

- reforma de Estatutos y todas las demás cuestiones, y en especial fusión, transformación y escisión, limitaciones o suspensiones al derecho de preferencia, disolución de la sociedad, rescate, reembolso y amortización de acciones.

Especiales

Los temas que afectan a una determinada clase de acciones.

Uruguay.

Ordinarias, extraordinarias, y especiales.

Ordinarias. Temas a tratar:

- documentos contables y cuestiones relacionadas con la gestión,
- designación, remoción y responsabilidad de los miembros de los órganos sociales,
- aumentos de capital dentro del quíntuplo previsto en el Estatuto.

Extraordinarias.

- reforma de Estatutos y todas las demás cuestiones que no sean competencia de la asamblea ordinaria, y en especial fusión, transformación y escisión, limitaciones o suspensiones al derecho de preferencia, disolución de la sociedad, rescate, reembolso y amortización de acciones.

Especiales

Los temas que afectan a una determinada clase de acciones

9. REPRESENTACIÓN EN LAS ASAMBLEAS.

Argentina.

Los accionistas pueden actuar a través de un mandatario.

No pueden serlo los directores, síndicos, miembros del Consejo de vigilancia, gerentes ni empleados. El mandato puede otorgarse en instrumento público o privado con firmas certificadas.

Brasil.

Los accionistas pueden ser representados por un mandatario que sea accionista, administrador de la compañía, o abogado. El mandato dura un año. En la sociedad abierta el mandatario también puede ser una institución financiera, y está sometido a formalidades especiales. Los accionistas extranjeros deben designar un apoderado residente en el Brasil, con facultades suficientes para recibir citaciones.

Paraguay.

Los accionistas pueden estar representados en la asamblea por mandatarios mediante carta poder con firmas certificadas, o registrada en la sociedad. No pueden ser mandatarios los directores, síndicos, gerentes ni empleados de sociedad.

Uruguay.

Los accionistas pueden actuar a través de un mandatario. No pueden serlo los directores, síndicos, miembros de la comisión fiscal, gerentes ni empleados. El mandato puede ser conferido en documento público o privado con firma certificada.

10. FISCALIZACIÓN INTERNA.

Argentina.

Esta a cargo de la sindicatura y el consejo de vigilancia. Se puede prescindir de ellos, en las sociedades no incluidas en el art.299, o si está previsto en el Estatuto, en cuyo caso la fiscalización está a cargo de los socios.

Brasil.

Es optativo (art. 161 de la ley 6404/76). En las sociedades abiertas, las funciones de fiscalización están a cargo del Consejo de Administración en forma obligatoria.

Paraguay.

Hay sindicatura obligatoria. Puede estar formada por accionistas o no. No es obligatorio que sean profesionales, lo que se requiere es idoneidad (art. 1118).

Uruguay.

Está a cargo de uno o más síndicos o de una comisión fiscal. Es obligatoria si la sociedad es abierta. En la cerrada es facultativa.

11. FISCALIZACIÓN ESTATAL.

Según los casos, puede tratarse de una fiscalización permanente o limitada.

Argentina.

Es permanente en los casos del art. 299¹⁸ de la ley 19.550.

Y también es limitada, porque se restringe al control de los actos fundamentales de la sociedad. Sin perjuicio de ello, la autoridad de control podrá ejercer funciones de vigilancia a pedido de accionistas que representen el 10% del capital suscrito, o a pedido del síndico, ejerciéndola sobre los actos solicitados.

Brasil.

Permanente es en las sociedades anónimas abiertas, a cargo de la Comisión de Valores Mobiliarios. En las sociedades cerradas no está previsto.

Limitada es en los actos que pueden afectar a los socios y terceros, restricciones y actuación de administradores.

Paraguay.

No surge diferencias entre la inspección y fiscalización de las sociedades cerradas o abiertas. Puede inspeccionarse anualmente para estudiar los balances, el cumplimiento de las formalidades contables, el monto del capital social, la existencia de títulos emitidos por la sociedad, etc.

Uruguay.

Permanente: en las sociedades anónimas abiertas (art. 247 L.S.C.), se realizará el control estatal durante su funcionamiento y liquidación.

Limitada: las sociedades cerradas se encuentran sometidas al contralor estatal, para los actos fundamentales de su vida social y de los terceros. Además estará sometida a contralor cuando así lo requieran accionistas que representen el 10% del capital suscrito, ejerciendo la función de vigilancia sobre el acto o hecho requerido.

12. ÓRGANO DE CONTRALOR COMPETENTE.**Argentina.**

Es ejercida por órganos locales, dado que es un país con estructura federativa, En Capital Federal es realizada por la Inspección General de Justicia. Las sociedades abiertas que cotizan en bolsa, están sujetas al contralor de la Comisión Nacional de Valores.

18 ARTICULO 299.- Las asociaciones anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures;
- 2) Tengan capital social superior a DIEZ MILLONES DE AUSTRALES (A 10.000.000), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario;
- 3) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI;
- 4) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros;
- 5) Exploten concesiones o servicios públicos;
- 6) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores." N°19.550 Ley de Sociedad Comerciales de la República Argentina

Brasil.

Según la ley 8.934, el Registro Público de Empresas Mercantiles y Actividades Afines, es ejercido por el Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantiles (SINREM), que se compone en el ámbito nacional por el Departamento Nacional del Registro de Comercio, y en el ámbito provincial, por las Juntas Comerciales, que tienen función ejecutora y administradora de los Servicios del Registro (Ley 8.934 y dec. reglamentario 1800 de 1996).

Paraguay.

La fiscalización estatal es ejercida por un organismo dependiente del Poder Ejecutivo. Se rige por el decreto 37.269/30. Es ejercido por la Inspección Gral. de Hacienda o Inspección de Sociedades Anónimas, dependiente del Ministerio de Hacienda. Y en caso de las sociedades cerradas por la Comisión Nacional de Valores.

Uruguay.

Las funciones del órgano estatal de control son ejercidas por la Auditoría Interna de la Nación dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas (dec.335/90- art.1°)

E) TRATAMIENTO JURIDICO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN EL MERCOSUR.

Según lo ha expresado en nuestra doctrina entre otros el Prof. Esc. Ruben Santos Belandro¹⁹, para el tránsito jurídico de una sociedad creada en un Estado miembro hacia otro Estado miembro del MERCOSUR se aplican las normas del **Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1889** (art.5° inc.2) que vincula a Argentina, Paraguay, Perú y Uruguay en sus relaciones con Bolivia y Colombia, y la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles de 1979, en adelante CIDIP II** (arts. 4 y 5). Esta última ha desplazado al Tratado del Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, ha sido ratificada por ARGENTINA, PARAGUAY, Perú, México, Guatemala, URUGUAY, Venezuela y BRASIL. Como se ve rige para los cuatro países fundadores del MERCOSUR, y si bien regulan el conflictos de leyes, designan la legislación aplicable para la actuación de las sociedades extranjeras entre dichos países, remitiéndose a pesar de no ser idénticos, a los textos legales nacionales, o los hace aplicable por falta de regulación. Se determina entonces en forma indirecta la aplicación de las normas nacionales de cada país a cualquier sociedad extranjera constituida en dichos países.

III. E. 1) TRATADO DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO DE 1889.

El elemento escogido en dicho Tratado para reputar aplicables las reglas de un ordenamiento jurídico nacional concreto, es el domicilio comercial de la sociedad (art. 4°, reiterado en el art. 5°), sometiéndose a la ley de ubicación del mismo todo lo relativo a la sociedad: las relaciones de los socios entre sí, de los socios con la sociedad, y de ésta con los terceros. En cuanto al reconocimiento de la existencia, la condición de persona jurídica de las sociedades comerciales constituidas en cualquiera de los países del Tratado, es reconocida de pleno derecho en el territorio de los restantes Estados, a los solos efectos de "ejercitar derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales" (art. 5°, inc. 1°). Este reconocimiento, en realidad, carece de utilidad práctica, limitándose a la comparecencia en juicio. La posibilidad de ejercer "derechos civiles" no pasa de tener un efecto limitado, ya que cualquier acto comprendido en el objeto social es regido por la ley del Estado receptor (art.5°, inc.2°).

Se debe considerar entonces, que el reconocimiento de la existencia de la sociedad que realiza el Tratado de 1889 no tiene consecuencia práctica alguna, salvo la posibilidad de estar en juicio, y la realización de los trámites y gestiones necesarios para poder actuar en el Estado receptor requeridos por la ley interna de éste. La ley del lugar del domicilio de la sociedad se aplica extraterritorialmente, en el Estado receptor de la persona jurídica, pero sólo de manera parcial y muy limitada, a los efectos de determinar la existencia de la misma.

19 SANTOS BELANDRO, Ruben en "Circulación de las sociedades en el MERCOSUR" (pág.68-85), publicado en Seminario ALADI sobre La dimensión jurídica de la Integración, en diciembre de 1996 R.O.U.

A la hora de realizar “actos comprendidos en el objeto de su institución”, la sociedad queda sometida a la normativa del Estado receptor (art. 5º, inc. 2º).

El criterio para determinar cuándo debe aplicarse la ley del país receptor es cualitativo: no interesa si la actuación de la sociedad extranjera es aislada o habitual, basta con que realice un acto comprendido en su objeto para que se le repunte sometida al ordenamiento del Estado donde lo efectúa.

El Tratado contiene una solución especial para los casos en que la sociedad constituida en el extranjero, se instala en el país receptor en forma permanente a través de una sucursal o agencia. En estos casos de establecimiento permanente también queda sometida a la ley del Estado receptor, con el agregado de que se la reputa domiciliada en él.

En cambio, cuando no cuenta con establecimiento permanente, su domicilio sigue siendo en el extranjero, y allí debe ser citada para el caso de controversias. Asimismo regula la jurisdicción internacional en materia societaria, reputando competentes a los jueces del lugar de su domicilio, para conocer en todas las contiendas que se planteen entre los socios o contra la sociedad (art. 7º, inc. 1º). Además, y sin perjuicio de lo anterior, también son competentes para demandar a la sociedad, los tribunales del país donde ésta actúe (art. 7º, inc. 2º), creándose un *forum* en favor del demandante.

III. E. 2) CIDIP II SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES de 1979.

Las normas de esta Convención, al igual que el Tratado de 1889, también responden a la técnica de solución de conflictos de leyes, no contiene derecho sustantivo común, o disposiciones materiales que sean directamente aplicables. Carece de normas sobre fusión o transferencia de sede social, situaciones ambas que favorecen el tráfico jurídico internacional en un mercado de integración económica.

El sistema creado se aplica a las sociedades comerciales constituidas en cualquiera de los Estados Partes (art.1º), y siguiendo el desarrollo que hace en doctrina Daniel Hargain,²⁰ se basa en tres reglas:

a) El reconocimiento de la existencia de las sociedades constituidas en alguno de Estados Partes, es de pleno derecho por los demás Estados Miembros (art.3º inc. 1º).

La Convención se adhirió a la teoría de la incorporación, que vincula a la sociedad al Estado donde se cumplieron las formalidades necesarias para que la misma adquiera la personalidad moral. Aunque el país receptor puede exigir que se acredite la debida constitución en el país de origen (art.3º inc.2º).

Asimismo, si la sociedad constituida en un Estado Parte, quiere establecer la sede de su administración en el territorio de otro Estado Miembro, éste también queda facultado para exigirle que cumpla con los requisitos de constitución establecidos por su ley interna (art.5º). De esta forma se pueden evitar prácticas en fraude a la ley, cuando la constitución de la sociedad se verifica en un país, a los solos efectos de acogerse a su sistema jurídico beneficioso, pero pensando en desarrollar el objeto social en otro Estado, cuya ley es eludida a través de esa maniobra.

b) La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades extranjeras son regidas por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose por tal el país donde se cumplieron los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de la sociedad (art.2º). Esto se debe extender a cualquier modificación del contrato social.

A esta regla la Convención le impone a texto expreso la excepción de orden público (art.7º). El reconocimiento de pleno derecho, es decir de forma automática de la existencia y personalidad moral del ente, no imposibilita el estudio de los Estatutos con la finalidad de examinar su eventual colisión con el orden público internacional.

Además, con relación a la capacidad de la sociedad extranjera, se aclara que la misma no podrá ser mayor a la capacidad que tengan las sociedades del país de reconocimiento, donde la primera pretende actuar (art.3º inc.3º). La comparación entre la capacidad de sociedad extranjera y la nacional se debe medir entre los mismos tipos sociales. Si la sociedad extranjera cuenta con mayor capacidad que la reconocida a las sociedades nacionales del país receptor, se limita la misma hasta colocarla en igualdad de condiciones con las sociedades nacionales. Pero si la capacidad de la sociedad extranjera fuera menor a las nacionales, va a tener que aceptar ese límite.

20 HARGAIN, Daniel: “Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero”, Lexis Nexis on line N°0021/000242, año 2004.

c) Ejercicio de actos en el territorio de otro Estado Parte. Cuando la sociedad constituida en un Estado Parte ejercita actos directa o indirectamente comprendidos en su objeto social, en el territorio de otro Estado Miembro, queda sometida a las leyes de este último (art.4º) así como a su jurisdicción (art. 6º).

En el Tratado de 1889, y también en la CIDIP II se optó por un criterio cualitativo, ya que alcanza con que la sociedad realice actos comprendidos en su objeto, para que le sea aplicada la ley del país receptor. No importa si son actos aislados o habituales, si instala o no una sucursal o establecimiento permanente, si los actos están directamente vinculados al objeto social o se relacionan indirectamente con el mismo. Se abarca todo campo de actuación posible, sin dejar ninguna posibilidad de actuación extraterritorial exenta de la aplicación de la ley del país receptor, salvo la comparecencia en juicio.

También se aplica la ley del Estado receptor cuando la sociedad extranjera tiene la calidad de controlante de una sociedad nacional (art. 4º inc.2º). Para determinar el concepto de "control" debe consultarse la normativa del país anfitrión.

De todas formas, como la participación de una sociedad en otra es una vía indirecta de desarrollar el objeto de la primera, aunque no se tratara de una hipótesis de control, igualmente deberá aplicarse la ley interna del país receptor (art.4º).

La Convención en su artículo 2º adopta el criterio de la extraterritorialidad parcial, no toma en cuenta si la actuación extraterritorial de la sociedad se limita a una operación aislada, o reviste la calidad de habitual, si es realizada en forma directa o indirecta, si cuenta o no con representación permanente. En tanto realice actos comprendidos en su objeto social fuera del Estado donde se constituyó, queda sometida parcialmente a la normativa del país anfitrión, aunque su existencia, capacidad, funcionamiento, disolución y fusión continuarán rigiéndose por la ley del lugar de constitución.

Si bien la "lex societatis" tiene una aplicación mucho mayor en la CIDIP II que en el Tratado de 1889, igualmente se mantiene un territorialismo moderado, se reconoce un doble régimen jurídico a aplicar cuando la sociedad comercial ultrapase con sus actividades el lugar de origen.

El Tratado de 1940 había introducido un criterio cualitativo - cuantitativo para someter la sociedad a la ley del Estado receptor, exigiendo la realización habitual de actos relativos al objeto social. Pero en la CIDIP II se retornó al criterio cualitativo estricto de 1889, es decir si la sociedad extranjera realiza cualquier acto, salvo comparecer en juicio, queda sujeta a la ley del país receptor, aunque no sea en forma total.

Como se vera a continuación la influencia que han tenido las normas convencionales sobre las legislaciones internas de los Estados miembros del MERCOSUR ha sido muy importante. Estos han actualizado sus disposiciones en materia societaria tratando de asimilar su regulación. Sin perjuicio de ello, se ve reflejada la actitud política y económica de los países, al momento de decidir restringir o extender, los derechos acordados a las sociedades extranjeras por las normas convencionales.

III. E. 3) REGIMEN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN LOS PAISES MIEMBROS.

III.E.3.1. Argentina. Ley 19550, arts.118,123,124.

La doctrina mayoritaria sostiene que la legislación argentina no reconoce nacionalidad alguna a las sociedades. Entienden que "la nacionalidad es un atributo exclusivo de las personas físicas que responde al concepto del Derecho Público, y describe el vínculo político existente entre el individuo y el Estado al cual pertenece. Las expresiones "sociedades nacionales" y "sociedades extranjeras" tiene un significado distinto, aluden al lugar de constitución o al domicilio de las sociedades pero no a la "nacionalidad"²¹

El art. 118 inciso 1º de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 establece: "la sociedad se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución". La ley adoptó un sistema por el cual el solo hecho de haber sido constituida en el extranjero, le confiere capacidad y se remite a dicha ley respecto de los requisitos de forma y existencia de la sociedad. Esto es, si en el país donde se constituyó se le atribuyó personalidad jurídica, en Argentina también la tiene. Al respecto, la doctrina sostiene que el art. 118 de la ley 19.550 alude a un concepto amplio, como es el del lugar de adquisición de la personalidad jurídica, que además es simple porque depende de un dato objetivo, la registración del contrato, y no de otro concepto que

21 Morel, Josefina -"Régimen societario y Registro de Sociedades"; "Sociedades Constituidas en el extranjero" Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000.

necesite ser evaluado, como la actividad o la sede de los negocios. En la Argentina el "lugar de constitución" es el lugar donde se ha registrado. No rige, por lo tanto, la normativa de donde tiene constituida su sede, ni donde realiza la actividad o los actos comprendidos dentro del objeto. Difiere del sistema adoptado por Europa continental, en donde la ley aplicable a una sociedad está determinada por la sede efectiva que posee esa sociedad, acercándose el criterio al que sostiene el derecho internacional privado inglés. Sin embargo, debe destacarse que al momento de establecerse una pauta de distinción entre las sociedades extranjeras que se rigen por la ley aplicable en el territorio de constitución, y las que, a pesar de haberse constituido en el extranjero, requieren el cumplimiento de formalidades de constitución, reforma y control administrativo y fiscal, con el consiguiente sometimiento a la normativa local; es justamente el lugar donde la misma resuelve establecer su sede y/o el lugar de cumplimiento de su principal objeto, según surge expresamente de la norma contenida en el art. 124 de la citada Ley de Sociedades Comerciales, perdiendo importancia el lugar donde se haya constituido la sociedad.

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550 toma en cuenta dos modalidades de actuación de la sociedad extranjera, y legisla de conformidad, estableciendo los siguientes criterios:

1) El art. 118 inciso 2do, establece que la sociedad extranjera "*se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio*". Para ello no se exige a texto expreso acreditar la existencia de la sociedad de acuerdo con el país de origen, sólo debe comprobar que es extranjera.

2) Del mismo artículo en el inciso siguiente surge que cuando se trate del "*ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente*" será necesario de acuerdo con dicho artículo y el art. 124 cumplir determinados requisitos:

- acreditar la existencia de la sociedad de acuerdo con las leyes de su constitución,
- fijar domicilio en la República Argentina, cumpliendo con la publicación e inscripción y designar a la persona a cuyo cargo estará la sociedad.

- En caso de tratarse de una sucursal se debe determinar el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.

El art. 124 dispone: "La sociedad constituida en el extranjero que *tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma*, será considerada como sociedad local a efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento".

Por último cuando una sociedad extranjera participa de una sociedad argentina, por el art.123 se dispone que para constituir una sociedad en la República Argentina deberá previamente acreditar ante el Juez de Registro que se ha constituido de acuerdo con las leyes de su país, y deberá inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales en el Registro Público de Comercio, y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, si fuese el caso.

III.E.3.2. **Brasil.** La regulación de las sociedades extranjeras no se encuentra organizada, y resulta de diferentes normas: Constitución Federativa del Brasil y Decreto 2627/40, cuyas normas pertinentes se mantuvieron vigentes por el art.300 de la Ley de Sociedades Anónimas de 15/12/1976, que deroga el Decreto ley 2627 de 1940, con excepción precisamente de los artículos 59 a 73 que regulan las sociedades extranjeras. Posteriormente en el año 2002, en el nuevo Código Civil se incluye el contenido de los referidos artículos, según surge del Capítulo XI, Sección III De las Sociedades Extranjeras, artículos 1134 a 1141 del Código Civil brasileiro, (ley 10.406).

En la antigua legislación brasileña se admitía el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera. La Introducción al Código Civil de 1916 disponía expresamente el reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras en su art.19. Posteriormente, con la aprobación en 1942 de la Ley de Introducción al Código Civil (LICC), el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera dejó de estar expresamente previsto debido a que no fue reproducido. La doctrina brasileña reconoce que a pesar de no estar expresamente declarado en la actual LICC el principio contenido en el art. 19 de la Introducción de 1916, permanece en el ordenamiento jurídico brasileño el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera. Algunos autores han sostenido que no habría necesidad de que el mencionado reconocimiento estuviese contemplado expresamente en la LICC, porque el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera en el derecho brasileño resulta de la equiparación constitucional entre nacionales y extranjeros, de acuerdo al art.51 de la Constitución Federal de 1988.²²

²² Según lo citan NURDEO, Fabio- PUCCI, Adriana: en "Actuación Transitoria de las sociedades extranjeras en Brasil", Lexis Nexis on line N° 0021/000243 - año 2007; el doctrino brasileño Profesor Valladao, considera que el reconocimiento de pleno derecho de la persona jurídica extranjera en el derecho brasileño, es un corolario de la equiparación constitu-

El art.44 del nuevo Código Civil establece que son personas jurídicas entre otras las sociedades. El art.45 establece que comienza la existencia legal de las personas jurídicas del derecho privado con la inscripción del acto constitutivo en el respectivo registro, precedida, cuando fuera necesaria de la autorización o aprobación del Poder Ejecutivo.

El art.1134 del citado Código, establece la necesidad de una autorización del Poder Ejecutivo Federal, previa al funcionamiento en el país de las sociedades constituidas en el extranjero.

La ley de Introducción al Código Civil (LICC) no contiene normas sobre la capacidad de la sociedad extranjera. La doctrina interpreta que la capacidad está determinada por la ley de origen, pero que la misma no puede ser inferior a la reconocida a las sociedades brasileñas.

La sociedad extranjera se regula por la ley del lugar de constitución, y de acuerdo con el art.171 inc.1º de la Constitución del Brasil, y del art.1126 de la ley 10406 la sociedad para ser considerada brasileña no sólo debe haber sido constituida según las leyes brasileñas, sino además tener su sede en Brasil.

La legislación brasileña tampoco hace referencia a la actuación de las sociedades extranjeras en un acto aislado, refiere sí a los requerimientos para que una sociedad anónima pueda funcionar, o como dijimos cuando cualquier tipo social se vaya a establecer o instalar filiales. De ahí que se puede deducir que todo acto aislado que no supone funcionamiento no necesita autorización del Poder Ejecutivo Federal para realizarlo.

De acuerdo con el citado Código Civil (art. 1123) las Sociedades Anónimas para funcionar en Brasil requieren de una autorización del Poder Ejecutivo Federal. Dicha autorización debe solicitarse con la prueba de constitución de la sociedad de acuerdo con la ley del lugar de origen, Estatutos, nómina de los accionistas, que incluya profesión, domicilio, número de acciones que cada uno posee (a menos que sean al portador), copia del Acta de la Asamblea que autorizó el funcionamiento en Brasil, y estableció el capital destinado a las operaciones en el territorio brasileño, prueba de la designación de representante en Brasil, con facultades suficientes para aceptar las condiciones en que sea otorgada la autorización, último balance (art.1134).

Debe archivarse en el Registro de Comercio del lugar de la sede social, el documento que comprueba el depósito del capital destinado a las operaciones en Brasil, cuyo monto fue determinado por el Gobierno Federal en el Decreto de autorización.

Las sociedades anónimas constituidas en el extranjero que funcionen en Brasil, deben agregar a su razón social la palabra "do Brasil" o "para o Brasil", (art.1137 del Código Civil).

Cualquier alteración que sufran los Estatutos para producir efectos en territorio brasileño, dependerá de su autorización por el Gobierno Federal (art.1139).

Para funcionar además la sociedad anónima deberá publicar el decreto de autorización, y efectuar la publicación en el diario oficial. Luego un ejemplar de esta publicación, con el documento probatorio del depósito de capital obligatorio destinado a operaciones en Brasil, debe ser archivado en el Registro de Comercio del lugar en que se establezca la sociedad. La constancia del archivo también debe ser publicada (art. 1136).

Otro requisito para funcionar, es la designación de un representante con facultades para aceptar las condiciones en que sea otorgada la autorización, con plenos poderes para tratar cualquier problema y resolverlo definitivamente, pudiendo ser demandado o recibir citación por la sociedad, (art.1138).

Por el nuevo Código Civil art.1124 a falta de plazo fijado por ley o por el acto del poder público, será considerada caduca la autorización del Poder Ejecutivo para funcionar, si la sociedad no comienza a hacerlo, en el plazo de doce meses contados a partir de la respectiva publicación.

De acuerdo con el art.1137 de la Ley de Introducción al Código Civil 10406, la sociedad extranjera autorizada a funcionar, quedará sujeta a las leyes y a los tribunales brasileros, en cuanto a los actos y operaciones realizados en Brasil.

Según así lo mencionan en su ya citado trabajo doctrinario Nurdeo y Pucci,²³ existe en la legislación brasilerá, algunas áreas de la economía cuya explotación está reservada a los ciudadanos brasileños, por lo cual se limita la actuación de las sociedades extranjeras, y alguno de estos casos son los siguientes:

1. La adquisición de inmuebles en zona de frontera. La ley 6634 del 2/5/1979 establece que está prohibido a sociedades extranjeras adquirir participación en sociedades locales que sean propietarias o que tengan derechos reales sobre inmuebles rurales localizados en la faja de zona de frontera, delimitada en 150 km de ancho.
2. La adquisición de inmuebles en zona rural. La adquisición de inmueble en la zona rural por parte de una sociedad local en la cual el 50% de su capital social esté en manos de sociedades extranjeras

cional entre nacionales y extranjeros, por lo tanto, y según el entendimiento de este autor, no habría necesidad de que el mencionado reconocimiento estuviese contemplado expresamente en la LICC.

23 NURDEO, Fabio-PUCCI, Adriana, "Actuación transitoria de las sociedades extranjeras en Brasil", Lexis Nexis on line N° 0021/000243 - año 2007.

sólo podrá efectuarse cuando la compra se destine a la implantación de proyectos agropecuarios, de industrialización o de colonización, aprobados previamente por el Ministerio de Agricultura o el Ministerio de Industria y Comercio, según corresponda.

3. La adquisición de empresas de publicación de periódicos y de medios de radiodifusión. La Constitución Federal, en su art. 222, establece que sólo brasileños o naturalizados, con más de diez años, podrán ser titulares de empresas que publiquen periódicos y empresas de radiodifusión.

III.E.3.3. **Paraguay.** La legislación paraguaya no distingue trato entre sociedades nacionales y extranjeras. Se ocupa de las sociedades constituidas en el extranjero en el Código Civil Paraguayo de 1985, que regula las sociedades extranjeras en el Libro Tercero, Título II, Capítulo XI, Sección IX, en los artículos 1196 a 1201.

Según lo expone en su trabajo doctrinario Roberto Ruiz Díaz Labrano, la ley que regula la sociedad extranjera es la ley del domicilio (C.Civ., arts. 101 y 1196, inc. 1º) que dispone: art. 101: *“La existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas extranjeras, se rigen por las leyes de su domicilio.* El carácter que revisten como tales, las habilita para ejercer en la República todos los derechos que les corresponden para los fines de su institución, en la misma medida establecida por este Código para las personas privadas nacionales. Para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en las leyes de la República”.

Artículo 1196, inc. 1º: *“Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, por las leyes del país de su domicilio”.* El inc. 4º del art. 1196 determina que: **“Las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios”** (que puede o no coincidir con el de la constitución).

Es por ello que, para acreditar la misma, deben tenerse en cuenta los requisitos exigidos por la ley respectiva, cuyo estudio será necesario realizar.

Para la legislación paraguaya, las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios. En cuanto a los establecimientos, agencias o sucursales constituidos en la República se consideran domiciliados en ella en lo que concierne a los actos que allí practiquen, debiendo cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución (art. 1196 C. Civ.).

En cuanto a los actos aislados, de acuerdo con el inc. 2º del art. 1196, las sociedades constituidas en el extranjero están habilitadas *“plenamente para ejercer en la República las acciones y derechos que le correspondan”.* Esto coincide con el art. 101 ya transcripto, del que resulta igual tratamiento que para las personas jurídicas nacionales

Ahora bien, las sociedades extranjeras para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, se deberán ajustar a las prescripciones establecidas en la República, dando cumplimiento con el art.1197: ... toda sociedad constituida en el extranjero que desee ejercer su actividad en el territorio nacional debe:

- establecer una representación con domicilio en el país, además de los domicilios particulares que resulten de otras causas legales;
- acreditar que la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; y
- justificar en igual forma el acuerdo o decisión de crear sucursal o representación, el capital que se le asigne, en su caso, y la designación de los representantes.”

Tales disposiciones se aplicarán a las sociedades o corporaciones constituidas en otros Estados aunque el tipo de sociedad no esté previsto por dicha legislación. El Juez competente para la inscripción determinará las formalidades a cumplir en cada caso (art. 1198 C.Civ.).

La sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República, o cuyo principal objeto esté destinado a cumplirse en ella, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, o de su reforma y fiscalización, en su caso (art. 1199 C.Civ.).

La participación de sociedades extranjeras en sociedades paraguayas no está regulada, y la doctrina esta dividida, algunos consideran que es un acto aislado y no requiere cumplir con los requisitos del citado art.1197, y otra parte entiende lo contrario.

La legislación paraguaya al establecer que las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, *“por las leyes del país de su domicilio”*, introduce un criterio legal que se aparta de las disposiciones legislativas de los otros Estados Partes del MERCOSUR.

III.E.3.4. **Uruguay.** La regulación surge de los arts.193 a 198 de la ley de sociedades comerciales 16.060 del año 1989.

En la ROU se regula de manera diferente la actuación de la sociedad extranjera, dependiendo de la modalidad de actuación, a saber:

- 1) Si se trata de un acto aislado, rige el art.193 que dispone el reconocimiento de pleno derecho en el país de las sociedades constituidas en el extranjero, previa comprobación de su existencia, "podrán celebrar actos aislados y estar en juicio" (art.193 inc.2º). La existencia de la sociedad de acuerdo con el art. 192 se regula por la ley del lugar de constitución, o sea el lugar donde se cumplieron los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación. Se deberá estudiar entonces las normativas del país de origen para saber cuales son los requisitos necesarios para su constitución, a vía de ejemplo inscripción en determinado Registro, publicación, etc.

La capacidad admitida a la sociedad extranjera para adquirir derechos y contraer obligaciones será la del país de origen y no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas sociedades creadas en Uruguay.

Es importante aclarar que para la legislación uruguaya el acto aislado no es lo mismo que acto único, ya que no se define por la cantidad de actos que realiza la sociedad extranjera, sino por oposición al ejercicio de la actividad social en forma permanente y organizada como sucursal o cualquiera otra representación.

- 2) Para ejercer el derecho de establecimiento de manera permanente ya sea por la instalación del establecimiento principal o secundarios como agencias, sucursales o filiales deberá cumplir de acuerdo con el art. 193 con los siguientes requisitos:

- inscribir en el Registro de las Personas Jurídicas, Sección Comercio el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley.

- Efectuar las publicaciones que la ley exija para las sociedades constituidas en el país, según el tipo social.

El art. 198 para el caso de sociedades con sede principal u objeto principal en el país establece que los requisitos de validez del contrato social se sujeten a la ley nacional. Esta disposición tiene por finalidad evitar el fraude y encuentra su fuente en la CIDIP II art.5º.

La LSC no regula de forma expresa la participación de una sociedad extranjera en una sociedad uruguaya. La doctrina mayoritaria entiende que pueda considerarse un acto aislado puesto que no tiene que cumplir con los requisitos del art.193 inc.3º, cuando pretenda adquirir cuotas partes o acciones de una sociedad uruguaya, ya que no se trata de establecer una sucursal ni de una representación permanente.

CAPITULO IV

IV.1 Definción.

ESTÁNDAR MÍNIMO COMÚN (EMC): lo defino como los elementos mínimos comunes requeridos y, que deben cumplirse en la constitución por acto único del Estatuto o contrato social de la persona jurídica Sociedad Anónima, para su reconocimiento como tal, su libre circulación, funcionamiento y desarrollo de actividades sociales dentro de los Estados Miembros del MERCOSUR.

IV.2.CRITERIO DE DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS ELEGIDOS, PARA ENCUADRARLOS EN UN ESTÁNDAR MÍNIMO A REQUERIR EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA DEL MERCOSUR, (en adelante S.A. del MC).-

La forma de determinar el estándar mínimo común surge del cotejo del marco legal de los Países Miembros del MERCOSUR, y el criterio a seguir para la elección del estándar mínimo, es básicamente la extracción de aquellos elementos que se encuadren en la forma más práctica de creación del Estatuto o contrato social, la más generalizada o la más aceptada en la mayoría de los países, buscando de esta forma no solo la constitución de un Estatuto o contrato social con estas características sino también la posible adaptación de las sociedades anónimas ya constituidas. Esta determinación buscará la forma de no contrariar las normas de orden público internacional, pero es parte de la propuesta la necesaria adaptación del derecho interno de cada país en su medida, a efectos de lograr la similitud deseada en la materia, que como se vio no tiene diferencias insalvables o que al menos no puedan desaparecer, si se agrega a la voluntad de los operadores jurídicos del MERCOSUR, una verdadera política integracional, bien desarrollada a través de las correspondientes modificaciones legislativas.

IV.3.PROYECTO DEL ESTÁNDAR MÍNIMO COMÚN DEL ESTATUTO DE SOCIEDAD ANÓNIMA DEL MERCOSUR.

Creo conveniente anticipar a la presentación del proyecto del EMC, las definiciones legales donde se expresa, lo que cada uno de los Países Miembros del MERCOSUR, entiende por SOCIEDAD ANÓNIMA, (S.A.).

Argentina. Art.163 ley 19.550/1972. *“El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas.”*

Brasil. Art.1088 LICC N° 10406/2002. *“En una sociedad anónima o compañía, el capital se divide en acciones, obligándose cada socio o accionista solamente por el precio de emisión de las acciones suscriptas o adquiridas”.*

Paraguay. Art.1048 Código Civil- ley N° 1183/1985. *“La sociedad anónima responde de las obligaciones sociales solo con su patrimonio. Las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones.”*

Uruguay. Art. 244 ley 16.060/1989. *“En la sociedad anónima el capital se dividirá en acciones, las que podrán representarse en títulos negociables. La responsabilidad de los accionistas se limitará a la integración de las acciones que suscriban.”*

IV.3.1. CARACTERÍSTICAS DEL EMC.

1.a. Constitución. Forma y Modalidad.

La constitución por acto único de la sociedad anónima para el MERCOSUR se podrá realizar por escritura pública o por documento privado, debiendo en este último caso protocolizarse el Acta de Constitución a efectos de preservar en el tiempo la matriz del Estatuto.

1.b. Requisitos.

Para constituir dicha sociedad comercial, se requerirá como mínimo dos accionistas para otorgar el Estatuto o contrato social, con capacidad para ejercer el comercio de acuerdo con el régimen legal vigente del país de constitución. Dichos accionistas serán los socios fundadores. Se deberá dejar constancia como mínimo de los siguientes datos personales:

- . nombre,
- . mayoría de edad,
- . estado civil,
- . nacionalidad,
- . domicilio,
- . número del documento de identificación personal.

1.c. Registración.

Será obligatoria la inscripción en el Registro de las Personas Jurídicas, Sección sociedades del MERCOSUR, que se creará a tales efectos en cada País Miembro, y tendrá competencia nacional.

- La inscripción tendrá carácter constitutiva como Sociedad Anónima para el MERCOSUR. Tendrá como efecto inmediato el reconocimiento de la personería jurídica en el país de constitución y en los restantes Países Miembros en que desarrolle su objeto social. El reconocimiento de su existencia la habilita a circular de un país a otro, funcionar y desarrollar sus actividades sociales y empresariales, para lo cual solo deberá acreditar que la misma se encuentra vigente mediante información registral, -en la forma que más adelante se expondrá- actualizada al momento de operar o contratar en el país en que desarrolle sus actividades sociales. Sin perjuicio de lo expuesto deberá cumplir con los requerimientos fiscales exigidos para funcionar en cada caso por el País Miembro receptor.

- Los actos declarativos, modificativos, de disolución y liquidación de las referidas S.A. del MC, deberán ser inscriptos en el Registro en el cual se haya registrado el ejemplar del Estatuto o contrato social constitutivo.

- El hecho de constituirse de acuerdo con el EMC e inscribirse en la sección del Registro de las Personas Jurídicas (o de Comercio o del que tenga dicho cometido según cada país) Sección Sociedades del MERCOSUR, supone la voluntad tácita de la sociedad de funcionar dentro de cualquiera de los Países Miembros del MERCOSUR.

La inscripción registral que otorga el reconocimiento de pleno derecho para actuar en el MERCOSUR, podrá ser cancelada de oficio judicialmente, cuando se compruebe que la sociedad ha actuado en fraude a la ley en cualquiera de los Países Miembros.

1.d. Contralor y autorización administrativa.

La autoridad administrativa, designada por las normas aplicables en el país de origen para el contralor de este tipo social, tendrá a su cargo en forma previa a la inscripción registral, la aprobación del Estatuto o contrato social, controlando el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales exigidos y, del estándar mínimo común.

El acta de aprobación expedida por la autoridad administrativa, se deberá inscribir conjuntamente con el Estatuto o contrato social de la S.A. del MERCOSUR en el Registro respectivo, antes mencionado.

En caso de tratarse de una sociedad ya constituida, es decir ya aprobada por la autoridad administrativa y registrada que cumpla con el EMC, se podrá inscribir en la nueva Sección de Sociedades del MERCOSUR, acompañando un informe técnico suscrito por Abogado o Escribano. En dicho informe se dejará constancia de haberse realizado el contralor del contenido del Estatuto y, del cumplimiento con EMC exigido para operar como S.A. del MC., bajo responsabilidad profesional.

IV.3.2.ELEMENTOS DEL ESTANDAR MINIMO COMUN.

1) Denominación social.

La denominación social, de cualquier modo que esté formada, debe contener la indicación de ser sociedad anónima, ya sea en forma extensa o abreviada. La omisión de esa indicación hará responsables individual y solidariamente al o los administradores, representantes, o firmantes, según el conocimiento o participación de cada uno de ellos en el acto realizado.

2) Objeto social.

Debe ser lícito y no contrariar el orden público internacional.

3) Capital social.

Debe ser expresado en moneda nacional del país de origen. Podrá dejarse constancia de su equivalencia en las monedas de los restantes Países Miembros del MERCOSUR, utilizando la cotización oficial tipo comprador del día anterior al acto constitutivo.

El capital estará dividido en partes iguales denominadas acciones, que podrán ser nominativas o al portador, salvo que por exigencia legal específica de alguno de los Países Miembros para desarrollar el objeto social, se requiera que las acciones sean únicamente nominativas, o así lo exijan leyes especiales para determinados actos, que se encuentran dentro del objeto social, (v.g. intermediación financiera).

Se dejará constancia de la forma de integración y suscripción del capital, del número de acciones a emitir, de la naturaleza o clase de las mismas, monto, condiciones de creación y de la forma de emisión en su caso y, de las demás características de las acciones.

Se deberá suscribir por entero el capital social, y se deberá integrar por lo menos el 50% del capital social emitido en acciones. Se establecerá la forma de pago del saldo no integrado, en un plazo que no podrá exceder de dos años.

Se podrá prever aumento de capital social sin necesidad de reforma estatutaria

4) Aportes.

Los aportes para integrar el capital social, podrán hacerse en dinero, títulos o valores negociables, bienes susceptibles de ejecución forzada, o en combinación de algunos de ellos.

El contrato será título hábil para la transmisión de los bienes que aporten en el momento de la suscripción, sin perjuicio de que se pueda instrumentar por separado.

5) Domicilio.

En el Estatuto o contrato social se deberá establecer el domicilio, y la sede principal. Podrá tener una o varias sedes sociales. El domicilio de la sociedad será el departamento, ciudad o localidad donde se establezca la administración de la sociedad, y la sede será la ubicación precisa de la administración dentro del domicilio.

Se dejará constancia si la sociedad tiene facultades de establecer sucursales dentro y fuera del país de constitución, las que podrán tener su propio domicilio y sede a determinar con posterioridad al acto constitutivo.

Siguiendo el principio que toda alteración o modificación debe registrarse, la resolución social que modifique el domicilio o la sede social deberá inscribirse en el Registro correspondiente.

6) Plazo.

Debe tener un plazo determinado, pero no se establece duración mínima ni máxima.

7) Administración.

La administración es la encargada de desarrollar la gestión de los negocios sociales y expresar la voluntad de la sociedad.

La administración estará a cargo de un Administrador o un Directorio uni o pluripersonal, quienes pueden ser o no accionistas. El administrador o directores podrán ser personas físicas o jurídicas.

Se podrá delegar en la asamblea de accionistas, la elección de una u otra forma de administración y del número de miembros del directorio.

Salvo estipulación en contrario, durarán en el cargo como mínimo un año y, serán reelegibles.

8) Representación.

La representación de la sociedad la tendrá el Administrador, o en caso de Directorio el Presidente del mismo, o uno o más Directores según se establezca.

Se deberá determinar la forma de actuación para ejercer la representación.

Se entenderá que el o los representantes están facultados a firmar por la sociedad en la forma estipulada.

9) Asambleas.

El Estatuto o contrato social deberá determinar:

- . qué clases de asambleas funcionarán,
- . los cometidos de cada una de ellas,
- . la forma de convocarlas,
- . el quórum necesario para funcionar,
- . la forma de tomar las decisiones,
- . la forma de representación en las asambleas.

10) Fiscalización.

Es facultativo establecer la fiscalización interna a través de un Síndico o una Comisión Fiscal.

IV.3.3. REGULACIÓN Y LEY APLICABLE A LAS S.A. DEL MC CONSTITUIDAS DE ACUERDO CON EL EMC.²⁴

3.1. La ley que regulará las relaciones internas entre los socios, las relaciones con terceros y los aspectos relativos al funcionamiento de la sociedad, será la ley del lugar de constitución de la sociedad anónima.

3.2. La Sociedad Anónima del MERCOSUR que establezca su sede principal, agencias o sucursales²⁵ en otro País Miembro del MC que no sea el de su constitución, deberá:

a) Nombrar representante permanente con domicilio en dicho país, con poderes para resolver cualquier cuestión y recibir citación judicial por la sociedad. En tal caso se regulará en cuanto a los actos y contratos que realice, por las leyes del país anfitrión.

b) Deberá además llevar contabilidad separada a la del país de origen y en el idioma del país receptor.

c) Deberá cumplir con las exigencias fiscales y tributarias exigidas por el país receptor, y las especiales que correspondan de acuerdo con el régimen tributario específico para la actividad que desarrolle, por tanto será obligatorio realizar las inscripciones necesarias en los organismos pertinentes, (por ejemplo si fuese en la ROU sería inscripción en el RUT de la DGI, en el B.P.S, en el M.T.S.S. y en el B.S.E).

Los actos de resolución de la sociedad para establecer una representación permanente, la sede principal de administración, agencias o sucursales, determinación de domicilio en el país anfitrión, designación de la o las personas que la administrarán o la representarán en dicho país, se inscribirán en el Registro de las Personas Jurídicas Sección Sociedades del MERCOSUR, o en el Registro al cual se le haya asignado tal cometido en el país de origen; este comunicará dicha inscripción por vía informática o tecnológica habilitada, al Registro del país de receptor, a efectos de incorporar la registración de dichos actos.

Las limitaciones impuestas a las sociedades extranjeras por leyes especiales para desarrollar determinadas áreas de la economía dentro del país receptor, o por la exigencia de ser ciudadano natural del país para ejercer cierta actividad, alcanzarán a las sociedades anónimas para el MC constituidas de acuerdo con el EMC.

IV.4 APLICACIÓN.

Partiendo de la base de contar con el apoyo político para armonizar las legislaciones en el MERCOSUR, el paso siguiente es estructurar la forma de llevar a cabo el proyecto, de manera práctica, ágil y abatiendo gastos.

La forma ideada para que el proyecto del EMC para la constitución por acto único del Estatuto o contrato social de una sociedad anónima, pueda operar dentro de los Países Miembros del MERCOSUR, se basa en el avance informático o tecnológico que se utiliza y se procura actualizar constantemente en la expedición de la información de los actos inscriptos en los Registros, dependientes en nuestro caso de la Dirección General de Registros que procura tener una estructura informática a la cual ha denominado de "gobierno electrónico". Esta postura abierta a cambios ayuda a hacer factible que la información que brinda el Registro de las Personas Jurídicas – sección Comercio de la ROU pueda a través de la obtención de la calidad de ente certificador emitir un certificado con firma digital que vuelque la información existente, registrada en Uruguay, al país receptor de los actos de constitución de sociedades anónimas para el MERCOSUR, inscripta en la sección sociedades de MERCOSUR que se creará por la autoridad competente a tales efectos, y viceversa.

Esta es la idea de aplicación práctica del proyecto, expuesta a grandes rasgos, y que tiene varios puntos a desarrollar.

Del estudio de la legislación existente en los Países Miembros del MERCOSUR surge un elemento en común que es tomado como punto de partida para desarrollar la aplicación de la propuesta. Este elemento es la obligación de registración de las sociedades anónimas en el Registro de Comercio u otro organismo con diferente denominación según el país, pero que cumple el mismo cometido.

Años atrás cada vez que en doctrina se manejaba el tema de armonización legislativa, surgía el inconveniente de la aplicación práctica de la circulación de la información entre los países.

²⁴ No se analiza el trato nacional porque su regulación deriva de un documento internacional.

²⁵ Se entiende a la sucursal como un tipo de representación permanente de la matriz. Caracterizada además por la doctrina, por contener cierta estructura técnica-administrativa u organización, asentada en un establecimiento o sede, a cuyo frente se encuentra un representante, gerente o encargado con amplios poderes de representación. Se diferencia de la filial que es una sociedad nueva, nacional, jurídicamente independiente, y que sólo tiene con la sociedad principal, dependencia o contralor de carácter económico.

Hoy debido al gran avance en materia informática, que se incrementa día a día, van surgiendo medios tecnológicos que se pueden captar a efectos de estructurar soluciones a muchos problemas.

Ya no es problema la distancia, pues ésta no parece tal, cuando tenemos información a cada instante de lo que sucede ya no solo en el MERCOSUR sino en el mundo, en lugares que están muy lejos físicamente, pero hoy con los medios tecnológicos desarrollados, no lo parecen tanto.

Así sucede con esos Registros que inscriben las sociedades anónimas en los Estados Miembros del MERCOSUR, cuando la información expedida por ellos en soporte papel, transita de un país a otro con su correspondiente tiempo de traslado, y con el necesario trámite de legalización. Sin embargo se puede constatar que toda esta demora resultado de la ejecución de varios trámites, hoy puede brindarse de otra manera, en forma ágil y dinámica utilizando medios informáticos. Es así que esa información se puede enviar de forma remota, vía Internet, dirigida a un organismo o ente certificador de la firma digital asignada, como puede ser nuestro Registro de Personas Jurídicas. En síntesis, se hace perceptible que la distancia deja de ser un problema en virtud de la tecnología aplicada, y también todos los contratiempos derivados de ella.

Otro punto para destacar, es que siempre se advirtió el riesgo en la seguridad jurídica que se corre al manejar certificados de vigencia de sociedades cuya existencia se acredita con el mismo, cuando por el transcurso de los días necesarios para el trámite de legalización, se va perdiendo la vigencia de esa información, con el correspondiente riesgo en la actuación ya sea para los operadores jurídicos o agentes económicos que actúen o contraten con la sociedad extranjera. La forma de aplicación estructurada, proporciona por su natural agilidad en la información solución a tal problema, brindando la seguridad requerida en la actuación o contratación con la S.A. del MC.

A vía de información cabe exponer aunque sea brevemente que se entiende por el sistema informático registral que se pretende utilizar, para aplicar el proyecto de esta tesis.

“En el ámbito nacional el artículo 2º del Decreto 382/003 del 17 de setiembre de 2003, establece:

“Firma Digital – es el resultado de aplicar a un documento un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, de manera tal que dicha verificación permita, simultáneamente, identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.”

El concepto de firma digital no se deriva de la noción tradicional de firma, ya que si bien posee ciertos atributos de ella, contiene a su vez marcadas diferencias con ésta. Sustancialmente en lo referente a su validez, esta no deriva de su forma, sino de su registro en terceros especialmente autorizados y de su validación con estos registros.

La firma digital en esencia se basa en criptografía, algoritmos matemáticos que funcionan a través de claves – públicas y privadas – propios de cada titular.

La mayoría de leyes o reglamentaciones vigentes sobre firma digital en el mundo, establecen que la misma genera presunciones de autoría e integridad del mensaje, y generan una inversión de la prueba en cargo de la persona que pretenda desconocer su validez y efectos jurídicos, sea este el emisor o el receptor del documento.

LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA AUTORIDAD DE APROBACIÓN DE POLÍTICAS DE CERTIFICACIÓN

Esta autoridad es la encargada de la determinación de las políticas mínimas de certificación, teniendo en cuenta tanto los estándares nacionales como internacionales.

En general dicta normas a través de circulares o comunicaciones a las que deben adaptarse las entidades de certificación, regulando el funcionamiento del sistema. Dentro de los aspectos que reglamenta se encuentran, las políticas de revocación o suspensión, los controles a los que se somete el sistema, las pautas de publicidad, las multas de incumplimiento.

Es normalmente un rol ejercido por un órgano dentro de la estructura gubernamental.

Autoridad de acreditación

Este órgano del Sistema, es quien entrega, revoca o deniega la inscripción de licencias habilitantes para las autoridades de certificación. Otro rol normalmente asignado a estas entidades es llevar el registro de las autoridades de certificación

Autoridad auditante

La autoridad auditante, tiene a su cargo el control y fiscalización del sistema, verificando si las autoridades de certificación se ajustan a los estándares tecnológicos y contienen sistemas seguros. En general informa sobre el cumplimiento de las políticas de certificación, la seguridad de la tecnología utilizada y la capacidad técnica y operativa de las autoridades de certificación.

Autoridades de certificación

Las autoridades de certificación son entidades, tanto públicas como privadas, que cumplen el rol de tercero de confianza del sistema. El proveedor del servicio de certificación es el que permite la verificación de la identidad de una persona o entidad que utiliza una firma electrónica. Dentro de sus roles se encuentran expedir los certificados digitales, controlar la identidad de los solicitantes, publicitar las claves públicas, informar de las causales de revocación o modificación de las claves públicas.

Autoridades de registro

Dependiendo del Sistema en el que nos encontremos, es posible que alguno de los roles de las entidades de certificación, sean trasladados a entidades de registro. Su rol es intermediar entre entidades de certificación y usuarios en las tareas de recepción de solicitudes, entrega de certificados y verificación de identidad de los solicitantes.

Usuarios

Los usuarios del Sistema son aquellas personas físicas o jurídicas e incluso computadoras o servidores, que solicitan por si o por sus titulares, la emisión de certificados de firma digital, a efectos de relacionarse con garantías con otros usuarios. Su principal deber es la conservación de la integridad de la clave entregada, ya que de su preservación depende toda la seguridad del Sistema.

PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DE LA FIRMA DIGITAL

Integridad

Se establece la presunción que los datos no han sido alterados desde el momento en que la firma fue agregada a los mismos. De esta forma por ejemplo los elementos que pueden resultar de la información registral en la inscripción de una sociedad anónima que acredita haber cumplido con los elementos constitutivos del estándar mínimo común requeridos para la registración en la Sección Sociedades del MERCOSUR, o de cualquier otro acto que modifique la inscripción original, se consideran válidos si no se prueba que han sido alterados. Esta presunción es en general aceptada en las legislaciones para aquellos documentos firmados digitalmente, en los casos en que esta firma surja de certificados emitidos por autoridades de certificación acreditadas. El agregado de las técnicas hash o del time-stamping fue expresamente desarrollado a efectos de garantizar la inalterabilidad de los mensajes transmitidos. Esta presunción válida para la firma digital, no se extiende por la ausencia de formalidades a la firma electrónica.

Autenticidad

En segunda instancia se incorpora la presunción de que la firma digital pertenece efectivamente a la persona que creó el mensaje. El funcionamiento de la infraestructura de firma digital y la consecuente expedición de certificados, tiene como objetivo sustantivo garantizar la identidad de la persona que firma el

documento en forma digital. Las entidades de certificación, como consecuencia de su cumplimiento de las reglas establecidas por las autoridades fijadoras de políticas de certificación, requieren al usuario todos los datos necesarios para acreditar su identidad. El funcionamiento del sistema sobre estas políticas, invierte la carga de la prueba sobre la autenticidad del documento firmado digitalmente.

No repudio

Finalmente, la presunción de autenticidad, implica a su vez la no posibilidad de rechazar las obligaciones emergentes del documento firmado digitalmente. Siguiendo a Ramos Suárez ²⁶ “la figura del no repudio puede ser tanto definida como una cualidad o una característica de una determinada comunicación, a través de la cual se protege a las partes de la comunicación frente a la negación de que dicha comunicación haya ocurrido. El no repudio consiste en la capacidad de probar a una tercera parte que una específica comunicación ha sido realizada, admitida y enviada a una determinada persona” El objetivo del no repudio no es obligar a aceptar un mensaje, sino simplemente otorgarle la necesaria protección para su validez jurídica, de manera que la negativa de aceptación se derive de los vicios de consentimiento normales, y no del hecho de encontrarse en formato digital.

La firma digital en Uruguay

En nuestro país la firma digital aparece mencionada por primera vez en el art. 129 de la Ley 16002 del 24 de noviembre de 1988, pero solamente para su utilización en el ámbito público. Sin embargo luego de su temprana irrupción en el ámbito jurídico, los avatares de la política legislativa, no han hecho posible que el país cuente con una ley específica sobre firma digital o electrónica, quedando su exigencia o validez restringida a ciertos ámbitos específicos.

Leyes 16002, 16736 y 17243

Como se señala precedentemente la primera mención en la legislación nacional a la transmisión de información por medios electrónicos se realiza en el art. 129 de la Ley N° 16002 del 24 de noviembre de 1988 el que establece:

“Artículo 129.- La documentación emergente de la transmisión a distancia, por medios electrónicos, entre dependencias oficiales, constituirá, de por sí, documentación auténtica y hará plena fe a todos sus efectos en cuanto a la existencia del original transmitido”

Independientemente de este artículo, el impulso más sustantivo para la utilización de tecnologías electrónicas en la Administración surge como consecuencia de los artículos 694 a 698 de la ley N° 16736 del 5 de enero de 1996. Esta Ley busca la incorporación de los procedimientos electrónicos en el ámbito estatal y establece en sus aspectos sustantivos lo siguiente:

“Artículo 694.- Las administraciones públicas impulsarán el empleo y aplicación de medios informáticos y telemáticos para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus competencias, garantizando a los administrados el pleno acceso a las informaciones de su interés.

Artículo 695.- Los trámites y actuaciones que conforman el procedimiento administrativo así como los actos administrativos podrán realizarse por medios informáticos. Su validez jurídica y valor probatorio serán idénticos a los de las actuaciones administrativas que se tramiten por medios convencionales. La firma autógrafa podrá ser sustituida por contraseñas o signos informáticos adecuados.

Artículo 696.- La notificación personal de los trámites y actos administrativos podrá realizarse válidamente por correo electrónico u otros medios informáticos o telemáticos, los cuales tendrán plena validez a todos los efectos siempre que proporcionen seguridad en cuanto a la efectiva realización de la diligencia y a su fecha.

26 RAMOS SUAREZ – Eficacia jurídica de un transacción electrónica. La figura del no repudio, <http://legalia.com/dti/general/articulos/artcom3.htm>

Artículo 697.- La documentación emergente de la transmisión por medios informáticos o telemáticos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe, a todos sus efectos, en cuanto a la existencia del original transmitido. El que voluntariamente transmitiere un texto del que resulte un documento infiel, adultere o destruya un documento almacenado en soporte magnético, o su respaldo, incurrirá en los delitos previstos por los artículos 236 a 239 del Código Penal, según corresponda.”

Finalmente en una intención primaria de extender el ámbito de aplicación de los procedimientos de firma digital y electrónica, el primer inciso del art. 25 de la Ley N° 17243 del 29 de junio de 2000, estableció:

“ Artículo 25.- Autorízase en todo caso la firma electrónica y la firma digital, las que tendrán idéntica validez y eficacia a la firma autógrafa, siempre que estén debidamente autenticadas por *claves u otros procedimientos seguros, de acuerdo a la tecnología informática.*”

Decreto 65/1998

El Decreto 65 del 18 de marzo de 1998, reglamenta los artículos 694 a 698 de la Ley 16736, ya citada, dedicando sustancialmente su articulado a la consolidación del expediente electrónico y la mejora de la eficiencia y transparencia de la Administración

Este decreto, inserto al igual del Ley 16736 en el proceso de reforma del Estado, se limita a la reglamentación de la utilización de documentos electrónicos en el ámbito de la Administración, e incursiona en algunas definiciones sobre firma electrónica, firma digital y mecanismos de protección criptográfica, acordes con los conceptos sustantivos que las diferencian en cuanto a su validez y eficacia jurídica.

Decreto 382/003

Más recientemente el Decreto 382/003 del 17 de setiembre de 2003, amplía algunos de los conceptos previamente definidos en el Dec 65/998 y establece con mayor precisión el procedimiento para la expedición de certificados digitales, y algunas de las obligaciones propias de los prestadores de servicios de certificación.

De acuerdo a lo establecido en el propio art. 25 de la ley 17243, la prestación de servicios de certificación no está sujeta a inscripción previa y se realiza en un régimen de libre concurrencia. El mantenimiento de este principio de libertad, no debe confundirse con la falta de cumplimiento de formalidades tanto en el funcionamiento de estas entidades, como en los mecanismos para la expedición de certificados.

La ausencia de algunas de estas formalidades, y la necesaria armonización normativa con los restantes países del Mercosur son elementos sustantivos para la aprobación de una ley general en esta materia.

Anteproyecto de Ley

El 10 de marzo del año 2004, el Poder Ejecutivo, envía a la Asamblea General un Anteproyecto de Ley sobre Firma Digital y Prestadores de Servicios de Certificación, a efectos de armonizar la normativa nacional, con la existente en los restantes países del Mercosur.

La propia exposición de motivos de este Anteproyecto, exige de mayores comentarios al establecer:

“La falta de una ley como la que se propone coloca a nuestro país, pese a haber sido uno de los primeros en el mundo en prever el valor jurídico de la documentación transmitida por métodos electrónicos o informáticos, en situación de desventaja frente a otros países integrantes del MERCOSUR. Cabe señalar que la República Argentina dictó con fecha 14 de noviembre de 2001 una ley sobre la materia y Brasil tiene un régimen federal totalmente Integrado, originado en decretos y resoluciones del Gobierno Federal.

La necesidad de una ley que regule la prestación de servicios de certificación de firma digital, se hace aún más evidente ante la existencia de algún proyecto, a nivel del MERCOSUR, de establecer una entidad de certificación supranacional, que relegarla a un plano totalmente secundario las certificaciones otorgadas por entidades nacionales públicas y privadas.”

Este Anteproyecto establece en forma consistente con la legislación comparada la validez de las firmas electrónica y digital, sus valores probatorios amplio y restringido respectivamente, reglamenta la prestación de servicios de certificación y la obligación de registro de estas entidades.²⁷

A través de lo expresado surge que los medios a utilizar para la implementación del proyecto, a nivel de la Administración Pública están regulados, y puede entonces adaptarse a los fines que en esta tesis se propone, máxime cuando la Dirección General de Registros dependiente del Ministerio de Educación y Cultura, como ya he mencionado ha expresado su voluntad de desarrollar un gobierno electrónico en el funcionamiento registral. Y todavía más, cuando en los Países Miembros del MERCOSUR este tema no ha sido ajeno a su tratamiento, y por las Comisiones Técnicas se ha expresado la voluntad de regular sobre esta materia y, su coordinación para ser usada en la búsqueda de la información necesaria, y de trámites administrativos en la región.

El “**gobierno electrónico**”, es definido por “AGESIC”²⁸ como:

“El uso de las **TECNICAS DE INFORMACION Y EL CONOCIMIENTO (TIC)**, por parte de las instituciones de gobierno para mejorar cualitativamente los servicios e informaciones ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y de la participación ciudadana”.

Lo importante es que el marco legal para el desarrollo del gobierno electrónico a nivel nacional son las **RESOLUCIONES DEL MERCOSUR N° 34 Y N° 37/2006**, que demuestran que ya existe a través de las Comisiones Técnicas la voluntad en el MC del reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada o firma digital para la región.

- Resumiendo en mi proyecto la información se envía de forma remota, vía Internet, dirigida a un organismo o ente certificador de la firma digital asignada, como puede ser nuestro Registro de Personas Jurídicas, sección Sociedades del MC.

- Este ente certificador **brinda al usuario una información vigente** que es la requerida por todos los operadores jurídicos y económicos **para actuar con agilidad y seguridad en la contratación con una sociedad del Mercosur.**

Es decir que, para poner en práctica y poder aplicar este proyecto basado en la armonización normativa sobre este tema en la región del MERCOSUR, se requiere una estructura apoyada en nuevas modalidades, que son resultado de logros y avances tecnológicos.

La estructura registral de apoyo sería la siguiente:

1) La creación de una sección en el Registro de Comercio de cada país miembro,- o en el que según la ley del país de constitución de la sociedad, tenga competencia en la materia-, a efectos de inscribir las sociedades anónimas constituidas por acto único de acuerdo con el Estándar Mínimo Común.

2) Esa nueva sección se denominará Sociedades del MERCOSUR y, tendrá competencia nacional con el propósito de centralizar la emisión de la información.

3) Se inscribirán en ella los actos constitutivos, declarativos, modificativos, designación de administrador o directores y la disolución y liquidación de la Sociedad Anónima del MC, y las cancelaciones judiciales de oficio.

4) Se implementará una minuta con los datos requeridos por el Registro para la inscripción de cada acto, a efectos de realizar el asiento registral de manera que pueda ser escaneado y enviado en forma remota vía Internet, con el fin de brindar la información registral de dicho asiento a cualquiera de los Estados Parte.

5) La información relativa a las sociedades anónimas del MERCOSUR podrá solicitarse en el Registro de Comercio de cualquiera de los países miembros, el que a su vez solicitará la información al Registro del país de origen de la sociedad por la que se consulta, mediante la aplicación de los certificados electrónicos con firma digital, actuando el Registro solicitante como ente certificador.

En síntesis, partiendo hipotéticamente de que los Países Miembros del MERCOSUR, suscriban un Protocolo donde por Acuerdo deciden emitir directivas para incorporar el proyecto contenido en esta tesis en

27 Lo expuesto sobre firma digital surge de la monografía realizada por autores varios, incluyendo a la suscrita, denominado “Contratación Electrónica” para el Curso de Contratación Administrativa del Prof. Carlos Delpiazzo, del Master en Derecho de la Empresa, año 2007.-

28 “AGESIC”:Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y el Conocimiento, creada por el art. 72 de la ley 17930 como unidad ejecutora del Poder Ejecutivo para poner en práctica el gobierno electrónico a nivel nacional.

el derecho interno de cada país, a efectos de armonizar la normativa en la región sobre este tema, se abriría el camino esperado por muchos de los agentes empresariales para operar en forma ágil en un gran espectro de situaciones, algunas como las que se plantean a continuación a vía de ejemplo, y que se resolverían de la siguiente manera:

I) Una sociedad anónima argentina, resuelve abrir una cuenta bancaria en Uruguay, alquilar un inmueble y contratar a un grupo de investigadores de mercado que estudiarán la factibilidad de desarrollar actividades empresariales en ROU.

Esta sociedad anónima del MC, constituida de acuerdo con el EMC, aprobada e inscrita en el país de constitución, se presentará ante los operadores jurídicos que intervengan en cualesquiera de los actos y contratos mencionados, acreditando su existencia de acuerdo con el certificado electrónico expedido por el ente certificador de R.O.U., que certifica a solicitud del usuario la vigencia de la S.A. del MC al momento de actuar o contratar, y con el testimonio registral de la minuta conteniendo los datos establecidos en el asiento registral actualizado de acuerdo con el EMC, información necesaria por ejemplo para determinar quien representa a la sociedad a la fecha.

II) La referida sociedad argentina, decide solicitar un préstamo para efectuar un depósito en garantía de arrendamiento en B.H.U., y para instalar en dicho inmueble una sucursal designando un gerente al frente de la misma.

La sociedad deberá entonces inscribir previamente en el Registro de las Personas Jurídicas- Sección Sociedades del MC- del lugar de su constitución, la resolución de establecer una sucursal en ROU, su domicilio, la designación del representante de la misma, y la forma en que va a llevar la contabilidad. Esta inscripción en el país de constitución de la sociedad se enviará vía remota al Registro del país en que se instalará la sucursal (país anfitrión) a efectos de incorporar la registración de dichos actos.

La sociedad argentina deberá además realizar las inscripciones tributarias requeridas para desarrollar su actividad empresarial, (D.G.I., B.P.S., M.T.S.S. y B.S.E), exigidas por las leyes uruguayas.

CAPITULO V

CONSIDERACIONES FINALES

A través del tiempo, el avance tecnológico va brindando la posibilidad de proponer o realizar proyectos, cuya viabilidad se apoya en los medios informáticos, que proporcionan nuevas técnicas de información, comunicación más ágil, y otras formas de contratación, como es la electrónica.

Este avance tecnológico debe aplicarse también para desarrollar otras áreas, como es la integración regional. Es pues con la ayuda de esas nuevas técnicas dinámicas y seguras que se ideó este proyecto, dirigido a una determinada materia como es la societaria, y especialmente a una forma jurídica o tipo social como es la sociedad anónima, la cual desde su inicio ha sido adoptada por la mayoría de las empresas que despliegan su actividad económica dentro del MERCOSUR.

Por otro lado, si bien percibimos que estos avances son importantísimos, esto solo no alcanza, como ya se expresó, para lograr cambios en la legislación, se necesita de voluntad política, y aquí además se necesita de voluntad política integracional, abierta a cambios, convenientes que tiendan a armonizar las normas con la finalidad de integrar cada vez más a los Países Miembros del MERCOSUR.

Considero, que sería importante para lograr un avance significativo para las relaciones que se crean constantemente entre los países, ir adecuando la armonización normativa con los adelantos tecnológicos, aunque para lograrlo haya que efectuar cambios de importancia. La protección de los agentes económicos nacionales no se logra solo por el hecho de tener una regulación restrictiva en el funcionamiento de las sociedades extranjeras. El verdadero desarrollo del espíritu integracional consagrado por el MERCOSUR para lograr el bienestar económico para toda la región, se va a conseguir con políticas de apertura, buscando una armonización legislativa cada vez mayor, y regulando también en forma integracional aspectos vinculados al desarrollo económico-social como son la competencia desleal y los derechos de los consumidores.

El objetivo planteado para desarrollar este tema, fue el de modernizar, buscar la forma de facilitar las actividades entre los agentes empresariales que actúan en la región, agilizar los trámites a través de la información dinámica, abaratar costos y lograr mayor seguridad jurídica para quienes interactúan en dichas relaciones jurídicas y económicas.

Concluyendo, estimo que la aplicación de un Estándar Mínimo Común para la constitución del Estatuto o contrato social de una Sociedad Anónima para el MERCOSUR, con la finalidad que aquí se plantea,

colabora fomentando la integración regional que pretende el MERCOSUR, y con el desarrollo fluido de las actividades económicas en la región.

BIBLIOGRAFÍA

AGUINIS ANA MARIA M. de: "Empresas e inversiones en el Mercosur", Ed. Abeledo -Perrot. Bs.As. Argentina, año 1993.

ACQUARONE, María T., NARDELLI MOREIRA, Virginia: " Actuación aislada en la Argentina de las sociedades constituidas en el extranjero", Lexis Nexis on line N°0021/000239 – año 2007.-

ACUÑA, M. del C.: "Registro de Sociedades en la República Oriental del Uruguay", Comité Notarial del MERCOSUR-Uruguay. Bs. As. Año 1999.

BERDAGUER, Jaime: "Sociedades Extranjeras" XXXVIII JORNADA NOTARIAL URUGUAYA, Año 1997.

Boletín Informativo N° 3, Ciudad del Este- Colegio de Escribano de Paraguay- "La constitución de sociedades mercantiles en el marco de la integración regional" año 1995.-

BRITO, José Alberto de Rocha: "Registros societarios en Brasil" Año 1996.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: "Aproximación de la legislación interna entre estados que integran una comunidad regional. El MERCOSUR y la Comunidad Europea". Publicado en la "LA LEY S.A". año 1992.

Carlos Eduardo López Rodríguez, Nury Rodríguez Olivera y Viginia Bado, página: www.derechocomercial.edu.uy- año 2008

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE PARAGUAY: "Régimen de sociedades Comerciales" año 2000
COMITÉ NOTARIAL DEL MERCOSUR: "Expresión volitiva de las sociedades" Bs.As. Año 1999.

COSTA, Ligia Maura: "A Coperacao entre empresas no Mercosul" (pág.21-38, "O MERCOSUR em movimento". Porto Alegre. Do Advogado, año 1995.

ETCHEVERRY, Raúl A.: "Empresa binacional argentino-brasileña. Un nuevo instrumento de integración" Lexis Nexos on line N° 0021/000342 - año 2006.

FERNANDEZ DIETZE, María Isabel y otra: "Requisitos de las sociedades Comerciales en el MERCOSUR" (pág 140-183) año 2003.

FIRPO, Orlando: artículo de la REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, Vol. 83 N° 1-12 de ene.-dic. Año 1997 páginas 107-128.

GAGLIARDO, Mariano: "Sociedades en el MERCOSUR", (págs.110 y ss.) año 1996.

HARGAIN, Daniel: " Actuación en Uruguay de sociedades comerciales constituidas en el extranjero", Lexis Nexis on line N°0021/000242, año 2004.

JORNADAS NOTARIALES DEL CONO SUR: "Sociedades comerciales, anónimas y de responsabilidad limitada" Montevideo- R.O.U A.E.U. año 1998 – Régimen societario en los países miembros del MERCOSUR.

LLOBERA Hugo, "Nacionalidad o binacionalidad de la forma jurídica de la empresa binacional argentino-brasileña", Fuente 1997, Lexis Nexis on line N° 0021/000058 o 0021/000059 año 2007.

MATTEO TERRA, Vivian: "Sociedades extranjeras: de las consecuencias de la omisión de registrar un sociedad en nuestro país por parte de una sociedad extranjera", en *Registro de Sociedades* Ed. Consejo Federal del Notariado Argentino, Año 2000.

MOREL, JOSEFINA: en Comisión de Asuntos Americanos UINL- "Sociedades constituidas en el extranjero. Su problemática y regulación legal en la Argentina". Año 1999.

NURDEO, Fabio- PUCCI, Adriana: "Actuación transitoria de las sociedades extranjeras en Brasil", Lexis Nexis on line N° 0021/000243 - año 2007.

OLIVERA, Noemí L. " Actuación mercantil de las Pymes en el MERCOSUR", Lexis Nexis on line N° 0021/000046 - año 2004.

OLIVERA, Ricardo: "Estudio de Derecho Societario" (págs.145-148;155-158) Edición año 2005.

PALAO, Moreno Y OTROS: "ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA EMPRESA (págs.247-280)

PIAGGI, Ana: " Relaciones interempresariales en el MERCOSUR", Lexis Nexis on line N° 0021/000102 - año 2004.

ROVIRA, Carolina "Régimen comparativo de la regulación societaria en los países miembros del MERCOSUR" (págs.31-52), año 2000.

RUIZ DIAZ LABRANO, Roberto: "Actuación Internacional de las sociedades constituidas en la legislación paraguaya", Lexis Nexis on line N°0021/000244, año 2004.

SANTOS BELANDRO, Ruben: "Circulación de las Sociedades Comerciales en el MERCOSUR" (PÁGS.68-85), Seminario ALADI, R.O.U., año 1996

UNION INTERAMERICANA DEL NOTARIADO LATINO (UINL), Comisión de Asuntos Americanos, Sección para el Estudio de la Integración (autores varios): "Régimen societario y SUSENA, Emilio: "Registro de Sociedades" VIII REUNION DEL COMITÉ NOTARIAL DEL MERCOSUR. Año 2000.

VELASCO SAN PEDRO "MERCOSUR Y UNION EUROPEA" (pág.147-149)Valladolid- Lex Nova año 1998.

WONSIK DE HASKEL, María; en Comisión de Asuntos Americanos UINL- "Requisitos de actuación de las sociedades extranjeras en los países de MERCOSUR", Año 1999.