

PAUTAS PARA LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DE LAS REORGANIZACIONES SOCIETARIAS TRANSNACIONALES EN EL MERCOSUR

*Cátedra de Derecho Comercial. Dr. A. Daniel Vergara del Carril:
Juán Esteban Fernández, Jorge Bazán, Esteban Daireaux y Victoria Zöldi*

Ponencia

Se propone la adopción de un Protocolo por parte de los Estados integrantes del Mercosur que facilite la viabilidad de reorganizaciones (fusiones y escisiones) entre sociedades domiciliadas en distintos países miembros.

El Protocolo debe contemplar no solamente las normas societarias aplicables a los procesos de fusión y escisión sino también aquellas que se refieren a las incidencias impositivas.

En cada jurisdicción societaria el íter de la reorganización respetará las modalidades del derecho interno del país. Las reglas de creación de la nueva sociedad, reforma estatutaria y aumento de capital en la sociedad fusionaria o escisionaria, en su caso, como así también las de registro de las sociedades continuadoras del proceso de reorganización, se conformarán de acuerdo a los lineamientos legales del país donde la sociedad fusionaria o escisionaria actuará.

Los órganos de control de los países involucrados no deberán poner obstáculos a la aprobación de los procesos de reorganización que se basen en distintos procedimientos del íter reorganizatorio de una fusionante o escidente domiciliada en otro país miembro.

Deberá buscarse la máxima coincidencia en la aproximación de los regímenes impositivos, priorizando la plena aplicación del principio de la neutralidad fiscal propia de estas reorganizaciones.

FUNDAMENTOS

Las fusiones y escisiones transnacionales o transfronterizas -como también se las ha dado en llamar- son aquellas que tienen por objeto la reorganización empresarial de sociedades que estando situadas o sometidas a la legislación nacional de Estados diferentes, conformarán un proceso de reorganización internacional.

La escasa doctrina local que se ha ocupado del tema ha reconocido que las fusiones internacionales son posibles dentro de aquellas legislaciones que las aceptan o que no las prohíben expresamente (Osvaldo Solari Costa, en VI Congreso Argentino de Derecho Societario, Tº II, pág. 537), como en el caso de Alemania que sólo las admitía si todas las sociedades fusionantes tenían su sede en el país (mismo autor, "Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades", pág. 637). La factibilidad teórica de la fusión transnacional no despeja las dificultades prácticas provenientes de la falta de regulación comunitaria.

Enumeremos sólo algunas de ellas, para demostrar la necesidad del Protocolo que se reclama en esta ponencia, a efectos de hacer viables las fusiones entre sociedades constituidas en los países firmantes del Tratado de Asunción.

Asumiendo que la legislación de un país miembro regula el proceso de fusión interna de sociedades y no prohíbe la fusión internacional, se presenta un primer interrogante sobre cuál es la normativa aplicable para concretar el proceso de fusión de dos sociedades que se encuentran sometidas a legislaciones distintas.

Cuanto mayor sea la similitud entre los regímenes internos regulatorios de los procesos de fusión y del funcionamiento de las sociedades, menores serán los inconvenientes. Como se verá al analizar los antecedentes del Mercado Común Europeo, si hay divergencias, resulta conveniente previamente homogeneizar las distintas legislaciones, antes de reglamentar un régimen común para las fusiones.

Se ha propugnado también la aplicación del régimen de máxima rigurosidad, cuando haya diferencias, por ejemplo, en los plazos de publicación, o en los derechos de los acreedores o en las pautas o criterios de valuación de los bienes para determinar las relaciones de cambio, de tal forma que si la fusión resulta analizada por las “leges societatis” comprendidas, no quede incumplido alguno de los requisitos mínimos por ellas exigidos (Boggiano, Antonio, “Derecho Internacional Privado, T° I, pág. 639, nota 659).

Las desarmonías en el tratamiento fiscal son también una traba que es necesario apartar. Se ha llegado a decir que “no serviría de nada levantar los obstáculos de este orden que se oponen a las fusiones de sociedades de Estados miembros diferentes, si el obstáculo fiscal que representa el costo de la operación subsiste” (José Sánchez Oliván, “La fusión de sociedades. Estudio económico, jurídico y fiscal”). Y ello es así cuando las normas de neutralidad fiscal aplicables a las fusiones internas de cada país no se extiendan a las fusiones internacionales, otorgando los beneficios o ventajas establecidos para los procesos de reorganización de sociedades locales.

De ahí que si bien se puede concluir que las fusiones internacionales son posibles en el plano teórico, en la práctica no se exteriorizan ante la inexistencia de convenios o tratados internacionales que contemplen la armonización fiscal en base a un régimen impositivo apropiado.

Las experiencias del Mercado Común Europeo (MCE) son antecedentes válidos a tener en cuenta para el Mercosur y, en tal sentido, resulta útil analizar lo ocurrido en el ámbito de las fusiones internacionales.

El Tratado de Roma, en su artículo 220, preveía que los Estados miembros debían arbitrar los medios para asegurar las fusiones de sociedades procedentes de legislaciones locales diferentes y se obligan a “el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de su sede de un país a otro y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones diferentes”.

Si bien las tratativas se llevaron a cabo durante largo tiempo y aún no han concluido, la mayor dificultad estaba dada por las profundas diferencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros, especialmente en el régimen de coparticipación de los trabajadores en los órganos de administración de la sociedad existente en Alemania, diferencias que como se verá no se presentan en las legislaciones de los países signatarios del Tratado de Asunción.

Ello llevó a procurar previamente la armonización de los derechos internos de los Estados miembros. Si bien la armonización y unificación de las normas internas no ha concluido, está muy próxima y se puede hablar de un derecho sobre fusión de sociedades armonizado en el ámbito comunitario, con lo que se ha cu-

bierto el presupuesto para que las fusiones transfronterizas sean posibles una vez que se apruebe la 10^o Directiva, todavía en fase de propuesta (Largo Gil, Rita, “La fusión de sociedades mercantiles”, Civitas, Madrid, pág. 128).

Esta 10^o Directiva del 8 de enero de 1985 recomienda a los países miembros la regulación de las fusiones transfronterizas, como lo había dispuesto el artículo 220 del Tratado de Roma.

Como señala Solari Costa, una reciente modificación a la 10^o Directiva “es una muestra cabal de que el legislador comunitario tiene una renovada preocupación en obtener una Directiva que permita la concreción de las FI dentro del territorio europeo” (obra citada, pág. 645).

Si en el MCE la regulación de las fusiones internacionales está supeditada a la adaptación de las legislaciones de los Estados miembros, ello no ocurre en el Mercosur, por la semejanza de las regulaciones internas de los cuatro países firmantes del Tratado.

En lo que se refiere al segundo de los aspectos señalado al plantear el problema, es decir el fiscal, la Directiva del Consejo de Comunidad Europea del 23 de julio de 1990 ha fijado las pautas del régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros, teniendo en cuenta, tal como se puede leer en sus considerandos, que “el régimen fiscal común debe evitar una imposición con ocasión de una fusión, de una escisión o de un canje de acciones, al tiempo que salvaguarde los intereses financieros del Estado de la sociedad transmitente o dominada” (Asorey, Rubén E., “Reorganizaciones Empresariales”, pág. 260).

“El objetivo de la Directiva de 1990 -se ha dicho- consiste en establecer un marco de neutralidad fiscal, tanto para la imposición directa como indirecta, en virtud del cual determinadas operaciones de reestructuración de grupos empresariales no impliquen, por su mera ejecución, la actualización de valores patrimoniales y, por lo tanto, tributación alguna para las sociedades implicadas en el proceso, ni para sus accionistas” (Girbau Pedragosa, Ramón; “Apuntes sobre el proceso de armonización del derecho societario en la Unión Europea y la regulación de las fusiones transfronterizas”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, T^o IV, pág. 133).

No es del caso analizar aquí el régimen común fiscal sancionado, sino solo resaltar que el mismo tiende, como se ha dicho, a que los Estados miembros adopten regulaciones acordes con el principio de neutralidad tributaria que deben tener las fusiones en sus distintos tipos, de tal forma que no resulte una contribución directa sobre las sociedades objeto de la fusión o indirecta sobre los socios o accionistas de ellas.

Si en el Tratado de Asunción las partes se comprometieron a “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (art. 1), no puede excluirse la posibilidad de que las sociedades que allí funcionen, puedan recorrer los caminos asociativos que las respectivas legislaciones internas otorgan al reglar el proceso de reorganización empresarial.

A diferencia de lo acontecido en el MCE, las legislaciones de los cuatro países firmantes del Tratado de Asunción -Argentina, Uruguay, Paraguay y Brasil- regulan tanto el proceso de fusión por absorción, como la fusión por creación de una

nueva sociedad, con una normativa bastante similar y si bien no prevén la fusión internacional, tampoco la prohíben en forma expresa. Son también similares las disposiciones sobre resoluciones sociales, publicidad, derecho de receso, acuerdo definitivo de fusión e inscripción. Solamente hay algunas diferencias con el plazo.

Para evitar divergencias, el Protocolo que proponemos debería establecer que en el íter de la reorganización se procurará aplicar, en lo pertinente, los pasos normativos de la ley del domicilio de la fusionante o escidente en proceso de reorganización. Así, por ejemplo, en el caso de las sociedades que se disuelvan se aplicarán las normas relacionadas con los derechos de los accionistas y los terceros que rigen en la jurisdicción de la sociedad disuelta. Similar criterio se seguirá con relación a la normativa aplicable a las sociedades escisionarias o fusionarias, donde será la legislación de su jurisdicción la que se aplicará.

Las normas relativas a la inscripción, redacción de estatutos y aumento de capital seguirán las pautas de la legislación de la jurisdicción de las sociedades resultantes del proceso de reorganización. En los supuestos en que converjan puntos de conexión, se aplicará el régimen de mayor severidad o plazos.

En ningún caso los órganos de control societario deberán poner obstáculos derivados de la extranjería de alguna de las sociedades involucradas o del distinto procedimiento aplicable en su jurisdicción para los actos societarios que le son propios.

Es preciso lograr la armonización del derecho fiscal aplicable a efectos de que se respete el principio de neutralidad fiscal que es característico de las transferencias patrimoniales y del canje de acciones, propios de estos procesos de reorganización societaria.