

EL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL MERCADO COMÚN DEL SUR

María Celia Marsili

1. Es necesario que la comunidad jurídica argentina elabore los criterios básicos de armonización en materia de regímenes societarios, con vistas a la integración normativa prevista por el Tratado de Asunción.

2. En este orden de ideas, las directivas de la Comunidad Europea pueden ser fuente para la determinación de los tópicos cuya regulación integrada es básica para el efectivo funcionamiento del mercado común.

3. Lo anotado no obsta al progreso de las nuevas tendencias que vienen manifestándose en el derecho societario argentino, que acompañan al reordenamiento económico y que se manifiestan en un espíritu desregulatorio que deberá trascender al derecho comunitario al que se aspira.

I. ALCANCES DEL TRATADO DE ASUNCIÓN

El Tratado de Asunción, cuyos objetivos y propuestas son conocidos, no autoriza, al menos por ahora, el funcionamiento de órganos supranacionales hábiles para la creación y aplicación del derecho comunitario a incorporarse en los regímenes locales.

El compromiso de los países signatarios, durante el período de transición - que se extiende hasta el 31 de diciembre de 1994- ha quedado acotado a "armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración", (Tratado de Asunción, arts. 1^º y 3^º).

Si bien tal armonización ha sido encarada por los organismos del Estado con competencia para actuar en la puesta en marcha del Mercosur ⁽¹⁾ es, a mi juicio,

1) En el ámbito del Ministerio de Justicia la Dirección de Derecho Comunitario (Decreto No. 1570/91). Asimismo, la Comisión técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del Mercosur (Resolución conjunta de los Ministerios de Justicia: No. 227/92 y de Relaciones Exteriores y Culto No. 420/92).

deber de la comunidad toda colaborar con sus objetivos y, en este sentido y, en la materia de que se trata, es este Congreso el ámbito apropiado para desarrollar y discutir las ideas que habrán de elaborarse en torno el tema de las sociedades comerciales.

Los comentarios surgidos con motivo de la celebración del Tratado de Asunción han puesto especial énfasis en que "la integración latinoamericana depende de la actividad empresarial dirigida a satisfacer las necesidades del mercado regional"⁽²⁾.

Ello nos conduce ineludiblemente al tratamiento de las sociedades comerciales, en tanto conforman la investidura jurídica de la actividad empresarial. Y es en estos aspectos en que debemos detenernos para tratar de establecer la posición de nuestra legislación ante la creación del Mercosur.

Desde el punto de vista exclusivamente de la tarea técnica legislativa, el cumplimiento de los objetivos, sería mucho más sencillo si el Tratado de Asunción hubiera adoptado la instauración de una regulación supranacional y el consecuente funcionamiento de los órganos que tal regulación supone. En este marco podrá concebirse, como algunos lo han postulado⁽³⁾ la elaboración de estatutos tipo para las distintas formas societarias admitidas por las legislaciones y, en especial, para las sociedades anónimas, atento a que ella se orientarán las preferencias de los constituyentes.

La salvedad de la opinión responde a dejar sentado que no se ignoran las dificultades que el sistema de regulación supranacional comporta en su concreción e instrumentación (como lo ha demostrado la experiencia europea), y los obstáculos que, en el marco de las normas de orden constitucional y atendiendo a las particularidades del sistema federal de Argentina se han invocado⁽⁴⁾.

Mas esta no es la realidad con la que, en este momento, debemos trabajar, por cuanto, se reitera, el Tratado de Asunción sólo prevé la armonización de la legislación.

Se impone entonces preguntarnos ¿qué significa armonizar? Si nos atenemos al significado del vocablo, armonización significa la acción y efectos de armonizar, o sea "poner en armonía o hacer que no discuerden o se rechacen, dos o más partes de un todo o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin".

2) SALERNO, Marcelo V. "Treinta años de integración latinoamericana: perspectiva jurídica y empresarial" en la Ley 12/9/91

3) PALMERO, Juan Carlos "Unificación y armonización de la legislación latinoamericana en el campo de las empresas multinacionales" en R.D.C.O. 1977 pág. 393.

4) Ello ha sido puesto de manifiesto, entre otros, en los trabajos de DASSO, Ariel G. Mercosur. Problemática jurídica" en La Ley 22/XI/91, GAMBIER BELTRAN "El federalismo argentino frente al Mercosur" en E D 4/3/92.

La labor de armonización no responde a un objetivo de uniformidad legislativa y ello es absolutamente razonable en el marco de los acuerdos internacionales, tal y como han sido concebidos y durante el llamado período de transición.

Así las cosas, del compromiso resulta:

a) que los países signatarios no tiene por ahora obligación de unificar sus legislaciones;

b) que los miembros del Mercosur pueden celebrar acuerdos binacionales o multinacionales de regulación de sociedades multinacionales desde su constitución, calidad que se mantiene a lo largo de su existencia o sea sociedades internacionales por su naturaleza (a la manera del Tratado para el establecimiento de un estatuto de empresas binacionales argentino - brasileñas aprobado por ley Nº 23.935).

c) que pueden, en el futuro, celebrarse convenios que prevean la participación de personas de los distintos estados que pertenecen a la integración, configurándose en tal caso una categoría que ha sido denominada *Sociedades multinacionales regionales* ⁽⁵⁾.

d) que en tanto transcurre el período transicional, que puede llegar a concluir con la adopción de un compromiso de uniformación legislativa, es preciso acometer la tarea de armonizar las legislaciones.

e) que ello no implica para los países signatarios la paralización de su dinámica legislativa; mas es aconsejable que las reformas que se proyecten tomen en cuenta las políticas legislativas de la región a fin de no entorpecer el desarrollo del proceso de armonización.

La validez de lo antedicho tiene razón de ser en la circunstancia de que el derecho societario se encuentra, en nuestro país, en una etapa de posible mutación.

Al momento de redactar esta ponencia está a consideración del Congreso de la Nación un proyecto de modificación al régimen de fiscalización estatal de las sociedades comerciales que, engarzado en una política de desregulación, modifica sustancialmente el sistema tradicional que, en la materia, adoptó la legislación argentina ⁽⁶⁾. Asimismo, una Comisión de Juristas designada por el Ministerio de Justicia está elaborando un proyecto de modificación integral del régimen legal de

5) RADZYMINSKI, Alejandro P. "Sociedades multinacionales y procesos de integración económica". *"El abandono mutuo de concepciones nacionales en procura de nuevas valoraciones comunes no importa una resignación de la soberanía estatal, sino antes bien el hallazgo de una forma de justicia más elevada realizable solamente mediante su adopción uniforme y no existe argumento más convincente para justificar una conducta"*. En R D C O No. 121/3 págs. 101 a 103.

6) Senado de la Nación D.A.E. Año VII No. 118 p. 1257 Mensaje 2022/91

las sociedades comerciales ⁽⁷⁾.

Ello está indicando la posibilidad de reformas profundas que alterarán las pautas que rigieron los modelos legislativos adoptados por los países de la región.

No es novedoso que nuestro país haya tomado la iniciativa en la materia, así como han de observarse como valiosas las políticas que fundan la orientación en el tema societario.

Es más y, ello se sostiene teniendo en cuenta el proyecto ya sometido al Congreso, el espíritu que lo informa y sus concretas soluciones de facilitar, simplificar y desburocratizar el régimen de constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales, sólo puede considerarse como beneficioso y estimulante en orden a la concreción de las políticas de integración regional ⁽⁸⁾. Ello, sin embargo, no empuja a la necesidad de elaborar criterios normativos sincronizados que habrán de encontrar cauce instrumental en el momento apropiado y, es en este punto que considero útil, a tales fines, la elaboración de la nómina de temas de tratamiento ineludible para los fines de la integración futura y cuyo primer paso es la armonización.

En tal sentido, la experiencia europea puede ser provechosa, desde luego sin desoir las particularidades de los países que han asumido el compromiso de integrarse en América del Sur.

Como portada general, va de suyo que ha de atenderse a los modos de regulación de la actuación extraterritorial de sociedades en los países de la región, en la legislación local de cada uno de ellos y en los compromisos internacionales que sobre la materia hubieren asumido ⁽⁹⁾.

Obvio es destacar, en tal sentido, la tarea antecedente de estudio comparativo de las legislaciones locales que ello requiere, para establecer el grado de armonización ya existente, así como el que es posible y necesario lograr ⁽¹⁰⁾.

La armonización que se logre y aún la eventual uniformidad legislativa, requiere, sin embargo, el establecimiento del modo de resolver controversias resultantes de la aplicación de aquellas, atento a que la interpretación unívoca es el modo de asegurar aquella coordinación y promover la integración normativa ⁽¹¹⁾.

7) Resolución Ministerio de Justicia No. 379/91

8) Al respecto me remito a las opiniones vertidas en "Fiscalización estatal societaria", en colaboración con el Dr. Carlos SAN MILLAN, en Revista de Derecho Económico, Año II, No. 14 y "Hacia un nuevo régimen jurídico de la fiscalización estatal societaria", en la misma revista Año II, No. 18.

9) V.G. la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles suscripta por los Estados miembros de la O E A ratificada por la República Argentina por Ley No. 22.921.

10) Sobre la cuestión, el trabajo de AGUINIS, Ana María: "La libertad para establecer sociedades en los países del Mercosur". Revista "La Información" T.LXV pág. 337.

11) En este sentido las reflexiones de RADZYMINSKI, a. op. cit. pág. 104 y sig. Se tiene

II. PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN

Considero necesario atender, en esta etapa, al proceso de armonización de las legislaciones locales, situación que requiere la identificación preliminar de las cuestiones a armonizar y la definición de la orientación que se imprimirá a las normas.

Si bien es cierto que las legislaciones de los países del Mercosur aseguran el reconocimiento de la sociedad constituida en el extranjero y su razonable actuación extraterritorial, es deseable la equiparación de estas posibilidades, para la concreción del objetivo previsto en las llamadas cinco libertades del Tratado de Asunción.

Ello no se obtendrá tan solo a través de las normas específicas de derecho internacional privado. En tanto no se acoplen las normativas locales proveyendo regímenes si no uniformes, de equivalencia, no se creará el clima que nos conducirá a aquellas libertades.

Ha de tomarse en consideración que, en el ámbito del Mercosur, el trabajo de armonización va a presentar, en algún sentido, mayor complejidad que el llevado a cabo en la Comunidad Europea, atento las técnicas previstas por ella. En esta última los países debieron adaptar sus legislaciones a las directivas comunitarias en una relación uno a uno. En el ámbito regional del Mercosur son cuatro las legislaciones que se han de conciliar.

Lo anteriormente expuesto conduce a encarar las propuestas para determinación de las bases para la armonización y la consiguiente individualización de los problemas de política legislativa nacionales y en su interrelación regional.

En el esquema precedente, se propone la elaboración de un listado de temas que se consideran de ineludible armonización, a partir de las legislaciones locales y que se inspira en las directrices de la Comunidad Económica Europea.

Determinación tipológica y caracterización armónica

Se impone una revalorización de los clásicos tipos societarios a fin de resolver la subsistencia de algunos que puedan considerarse superfluos, atento su falta de utilización.

Con respecto a la sociedad anónima, en particular, la definición sobre su llamada *neutralidad*⁽¹²⁾; es decir la posibilidad de escoger esta forma para cualquier

conocimiento que la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia está trabajando en la solución de controversias.

12) Así la denominada Rojo Angel en "Los problemas de adopción del derecho español al derecho comunitario en materia de sociedades anónimas" (R D C O Año No. 121-23).

clase de emprendimiento, o bien su reserva para los de magnitud relevante a través de sistemas, en su caso, de capital mínimo.

Establecida la definición tipológica, corresponde la caracterización armónica de las especies seleccionadas, a los fines de la equivalencia de todos o sólo algunos tipos.

Armonización de las reglas relativas a la registración de las sociedades

La armonización, en este caso, podrá ser parcial (como ocurrió en la Comunidad Europea) en el sentido de concernir sólo aquellos tipos societarios que se consideran susceptibles de actuar fuera de los confines de los territorios nacionales.

Cabe señalar, que en punto a este tópico, la posición rectora que en la correcta tarea de armonización, cabe a nuestro país, atento la orientación propuesta en el proyecto de modificación al régimen de fiscalización estatal de las sociedades comerciales, que afecta los aspectos registrales, con las modalidades genéricas expuestas *ut supra*.

Determinación de criterios sobre la documentación y contabilidad

Considerado de extraordinaria importancia en el seno de la Comunidad Europea⁽¹³⁾, el problema presenta múltiples complejidades. En primer lugar se observa disparidad de criterios en el tratamiento legal de la cuestión en los países del Mercosur.

Otra cuestión es la relativa a la coherencia interna del régimen a armonizar, cuya aplicación no está limitada exclusivamente al sujeto sociedad.

Por último ha de atenderse al valor normativo de que, en ocasiones, se ha revestido a las reglas técnicas para la formulación de estados contables, hecho éste que puede operar como un factor de perturbación para la armonización.

Representación, administración y fiscalización de la sociedad

Es imprescindible, al efectuar la tarea de armonización contemplar los concretos supuestos que presentará el tránsito de las sociedades entre los países que integran el mercado y proponer soluciones que facilitan la actuación extraterritorial y garanticen la tutela de acreedores y terceros. Ello puede importar la revisión del régimen de publicidad y otros aspectos de la función orgánica.

13) Es la opinión Rojo Angel en el valioso estudio mencionado en (12).

Agrupamientos empresarios y de colaboración

El estudio alonomológico⁽¹⁴⁾ del tema, revela diferencias en su tratamiento legislativo por los países del Mercosur, si bien puede señalarse una preferencia por el modelo contractual.

Así la cuestión es considerada en forma autónoma y pormenorizada por la legislación argentina (art. 367 a 383 de la Ley No. 19.550) y por la legislación brasileña que regula la constitución de grupos y consorcios con referencia a las sociedades por acciones.

La Ley de Sociedades Comerciales uruguaya No. 16.060 por su parte, prevé (art. No. 489 a 509) la posibilidad de constitución por personas físicas y jurídicas de grupos de interés económico (que no responden al estricto modelo contractual) y consorcios (como uniones transitorias).

En la legislación paraguaya unificada en el Código Civil de 1986 no hay disposiciones expresas para los agrupamientos. Cabe sin embargo la posibilidad de aplicarles las reglas sobre contratos innominados prevista en el art. 670 del nombrado Código.

Hay varias cuestiones a definir en el plano de la armonización: sujetos posibles de los agrupamientos, su tratamiento cuando reviste naturaleza bi o multinacional, elección del modelo normativo, etc.

Una primera evaluación conduce a señalar la conveniencia de proyectar, en este aspecto, soluciones legales ágiles y abiertas que proporcionen opciones flexibles para satisfacer los requerimientos de que se trata, que aparecen como uno de los más importantes propulsores de la futura integración.

IV. CONSIDERACIÓN FINAL

Es propósito de esta ponencia promover la elaboración de propuestas de armonización de las legislaciones societarias de los países del Mercosur y determinar la orientación con que, desde una óptica comunitaria, ha de encararse cada una de ellas.

Los comentarios que acompañan las propuestas se han acotado a lo esencial, en la convicción de que en la riqueza del debate y en las orientaciones que de él resulten se hallarán las fuentes que informarán la futura integración.

14) Es la terminología empleada por GOLDSCHMIDT, WERNER en "La Anomología (alias Ciencia del Derecho Comparado) en E.D. T. 77 pág. 861 y sig.