

# **ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE SOCIEDADES: LEGITIMACIÓN DE REPRESENTACIÓN EN SEDE NOTARIAL DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO. ACTUACIÓN DE SOCIEDADES EN EL MERCOSUR**

SILVIA MARCELA WINDERHOLLER

## **PONENCIAS**

1. La ley de Sociedades admite la extraterritorialidad en la actuación societaria, parcialmente, ya que la habilita solamente a practicar actos aislados y comparecer en juicio.
2. Establece como punto de contacto para determinar la ley aplicable, en cuanto a la existencia y forma de la sociedad, las leyes del lugar de constitución. Este criterio implica la consagración del sistema de "incorporación" aunque no de manera absoluta, ya que no se aplica ante la instalación en la República o el ejercicio en ésta de su principal objeto.
3. El ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social, es establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, genera la obligación de someterse a

las disposiciones allí contenidas, debiendo cumplimentar las obligaciones atinentes a la publicidad y registración que la ley exige para las sociedades formadas en la República. La omisión en el cumplimiento convierte a la sociedad en irregular, con todos los efectos y responsabilidades que tal situación origina, según el derecho nacional.

4. Las sociedades de tipo desconocido tienen acogida dentro del régimen legal argentino. El art. 119 L.S. da la posibilidad no sólo de ejercer actos aislados, sino también operar habitualmente, establecer sucursal, asiento o cualquier representación de carácter permanente.
5. Respecto del "acto aislado" y su interpretación, debemos evitar que una amplitud de criterio vulnere el real fundamento que inspira su aceptación.
6. Debe ser una aspiración permanente de los países integrantes del Mercosur la obtención de la armonización o aproximación legislativa tendiente a eliminar los obstáculos que desalientan e inciden negativamente en las áreas de inversión e integración regional. La aludida armonización posibilitará la consagración de institutos novedosos como la fusión internacional de sociedades o la creación de sociedades comunitarias acordes con un avanzado estado de desarrollo e integración regional.

## SÍNTESIS DE LAS CONCLUSIONES

El crecimiento del comercio internacional y la proliferación de empresas multinacionales, sumadas a los incentivos que algunos países otorgan a sus empresas, y si a su vez tenemos en cuenta el proceso de integración que estamos construyendo, todo ello trae aparejado la instalación de numerosas empresas extranjeras en los distintos países de los Estados Miembros, y ha dado lugar consecuentemente a la preocupación respecto a la actuación en nuestro ámbito por parte de dichas sociedades. El fundamento para poder regular las inversiones extranjeras debe encontrarse en la necesidad de dotar de un cuadro normativo estable, y razonable, que garantice al inversor de los avatares propios de los cambios políticos pues él toma a cargo los riesgos económicos.

La regulación de las legislaciones deberá contemplar un régimen coherente de seguridades jurídicas, que le permitan sentir el necesario clima de estabilidad, que todo inversor que actúe fuera de las fronteras de su país de origen requiere al colocar su capital a riesgo.

Creo que resulta necesario comenzar sin más con el estudio del

derecho internacional de fusión, ello dependerá en cuanto a su oportunidad de los estudios económicos y del estado de integración de los países del Cono Sur. Es posible que sea una solución alternativa, que puede dar a las sociedades extranjeras y a las nacionales la posibilidad de una unión jurídica que permita desarrollar, ampliamente, una actividad más productiva dirigida a un desarrollo más apto de una región en la que se tenga especial interés.

La aplicación de este instituto sería factible sin modificar las actuales legislaciones locales, pero entendemos que se deben adoptar por separado otras medidas de carácter interno (legislación tributaria, aduanera, etc.) y otras de tipo internacional como ser: los tratados de reconocimiento. Estas sociedades de tipo comunitario resuelven con mayor amplitud los problemas, pero llevan un tiempo mayor para su concreción. Los acuerdos que consagran este instituto deberán contemplar especialmente: 1) Fusiones de sociedad de distinta nacionalidad; 2) Establecimiento de sucursales comunes por sociedades de distinta nacionalidad; 3) Establecimiento de filiales comunes en iguales circunstancias; 4) Regulación de sociedades holding.<sup>1</sup>

## **Fundamento y desarrollo de la primera parte:**

### **ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE SOCIEDADES: LEGITIMACIÓN DE REPRESENTACIÓN EN SEDE NOTARIAL DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRAJERO**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Es la pretensión de este trabajo que se presenta en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario - IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, la de facilitar una reseña de la legislación argentina en referencia al Tema 4 específicamente respecto de la "ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE SOCIEDADES: Legitimación de las sociedades constituidas en el extranjero para actuar en el país". Todo ello fundamentado en que la diversidad de dimensiones jurídicas y conocimientos lingüísticos son los elementos que más resaltan en este mundo de mercados comunitarios. Los profesionales del derecho que centren su actividad en torno a la empresa y limiten su horizonte al derecho nacional quedan aislados de este proceso de evolución y cambio permanente que se vive en los procesos de integración.

El rol que desempeña el Derecho en esta etapa de transforma-

<sup>1</sup> BENSEÑOR, NORBERTO R., PÉREZ LOZANO, NÉSTOR, "Régimen legal y actuación de las Sociedades Extranjeras, Revista Notarial N° 834, pág. 1509.-

ción es fundamental, por lo tanto las legislaciones de los países comprometidos en el proceso deben ofrecer una adecuada protección a las sociedades extranjeras que decidan producir e invertir más allá de sus fronteras. Si es nuestra decisión la integración debemos tener la legislación y las soluciones oportunas a los problemas que se suscitarán.

La sociedad representa la exteriorización jurídica más importante de la empresa, y la regulación debe provenir de ordenamientos específicos, que de modo claro y preciso, asignen una u otra calificación, procurando certeza, estabilidad y seguridad jurídicas.

Las inversiones y las actividades viajan y se comportan como si no hubiera fronteras. Es esa actividad que desarrollan fuera del país en que se han constituido o tienen su domicilio, asiento principal de sus negocios, o su registración, la que denominamos "extraterritorialidad". Y consiste ésta en el reconocimiento o la negación a las sociedades de la calidad de sujetos de derecho y de la facultad de actuar conforme a las leyes fijadas al efecto en un país distinto de aquél en el cual se constituyeron, se registraron o tienen su domicilio.

En la segunda parte del trabajo que a continuación se desarrolla, se efectuará un breve análisis y reflexiones útiles del marco del Derecho Societario que se construye en el Mercosur, a fin de ampliar nuestro panorama del conocimiento de la materia y su aplicación en las soluciones prácticas.

Debemos profundizar el estudio sobre las sociedades de tipo comunitario, la necesidad de activar la producción en esta parte del continente requiere imaginación pero abordada con criterio realista, proponiendo nuevas soluciones a un mercado regional adormecido.

Intentaré luego de lo expuesto y con las limitaciones expresadas, y las propias de la autora, dar respuesta a la interesante problemática del tema propuesto.

## **II. ETAPAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

En Argentina el régimen jurídico tuvo diversas etapas, conforme a las influencias políticas y económicas de diferentes momentos históricos.

En una primera etapa, 1852-1942, bajo la doctrina de Irigoyen, se negó la nacionalidad a las sociedades extranjeras, y se aceptó el principio de la extraterritorialidad. Se ha señalado que la legislación hasta el año 1942, además de considerar diversamente a las sociedades nacionales o extranjeras, fijándoles regímenes distintos, adoptaba una orientación que, en algunos supuestos, colocaba a las últimas en situa-

ción favorable respecto de las primeras.<sup>2</sup>

La segunda etapa -1942 a 1945- consagró el sistema del "control económico". Ello se debió a la declaración de guerra de nuestro país al Japón y a Alemania, así como también a la adhesión al Acta de Chapultepec. El origen lo encontramos en los decretos 7032 y 10935/45. Además el decreto 11599/46 ofrece una clara aplicación de la teoría del "control" en materia de propiedad enemiga.

La tercera etapa -1946-1963- se abandona el sistema de "control económico" y se retorna al "liberalismo económico" del siglo XIX, afirmándose el principio de la extraterritorialidad.

La cuarta etapa comienza en el año 1963, con el decreto 744/63 en el cual se calificó a las sociedades en "argentinas" y "extranjeras". En el año 1963 se volvió a aplicar el sistema del "control económico", así se observa en el régimen de compañías de seguros (decreto ley 6697); sociedades de radiodifusión y televisión (decreto 5490/65 y ley 17282/67); Código aeronáutico (ley 17285/67); ley de entidades financieras (ley 18061/69); concursos internacionales para la instalación de industrias.

Se concluye así en el régimen actual legislado en la ley 19.550 del año 1972. Este nuevo contexto legislativo, como lo señala Benseñor<sup>3</sup> ha pretendido quitar toda connotación política, y consiste en llegar a un punto intermedio entre las posiciones extremas, evitando identificar a la nacionalidad como atributo de la personalidad de las sociedades, sino reconociendo la nacionalidad de las mismas, pero centrando el verdadero interés de la calificación en la obtención de determinados efectos.

En la exposición de motivos de la ley 19.550 se resalta la trascendencia de la materia, la necesidad de conjugar los intereses en juego y de poner en un pie de paridad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo, ni en un trato preferencial que contradiga el precepto constitucional de igualdad ante la ley.-

La ley 19550 ha evitado tomar posición, limitándose a determinar en qué medida le es aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero el régimen legal argentino, cuando desarrollan su actividad en el ámbito de nuestro país.

<sup>2</sup> ZALDIVAR, ENRIQUE, "Régimen de las empresas extranjeras en el República Argentina", Edifor, Buenos Aires, 1972.-

<sup>3</sup> BENSEÑOR NORBERTO R., PÉREZ LOZANO, NÉSTOR, "Régimen legal y actuación de las Sociedades Extranjeras", Revista Notarial N° 834.-

### III. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ACTUAL DE LA LEY 19.550

El reconocimiento de la extraterritorialidad de las sociedades mercantiles, implica la necesidad de establecer los puntos de conexión que servirán para determinar la ley aplicable a las distintas situaciones posibles. Se conocen dos sistemas denominados: de incorporación, que considera ley aplicable la que rija en el lugar de constitución de la sociedad; y domiciliario, que se inserta en la legislación imperante en el lugar de la sede social.

El ordenamiento jurídico argentino: a) garantiza, por el art. 20 de la Constitución Nacional, la actividad empresarial extranjera, al igual que la nacional; b) confiere plena personalidad jurídica a la sociedad constituida en el extranjero, para actuar en el país art. 34 del Código Civil y 118 a 124 de la ley 19.550); la Constitución Nacional refiere al tema en el art. 75 inc.

El sistema vigente se encuentra en el Capítulo I, Sección XV de la L.S.C. que contempla a las Sociedades constituidas en el extranjero, estructurado en los artículos 118 al 124, reemplazando en algunos aspectos y complementando en otros el antiguo régimen de los artículos 285 a 287 del Código de Comercio y sus leyes modificatorias 3528 y 8867.

La Exposición de Motivos informa que el legislador ha tenido en mira, poner en "pie de paridad" a las sociedades constituidas en la República con las constituidas en el extranjero, evitando crear regímenes preferenciales o peyorativos, que en todo caso contradicen el precepto constitucional de igualdad ante la ley, agregando que no resulta aconsejable en este tipo de leyes (reguladoras en forma genérica), emplear tales recursos que se reservan para los casos específicos, tratados en la forma excepcional que cabe hacer lugar.

Según el art. 118 LSC, se somete la existencia y forma de las sociedades constituidas en el extranjero al derecho del lugar de su constitución, es decir, al país en que la entidad ha cumplimentado las formalidades prescriptas por las leyes para obtener su reconocimiento como persona jurídica o sujeto de derecho. Por lo tanto, en lo que se refiere a su formalidad, capacidad, personalidad y tipicidad, el art. 118 determina que se rigen por las leyes del lugar de constitución, siempre y cuando la sociedad extranjera no haya sido constituida con el único fin de burlar derechos de terceros o sea un mero instrumento para burlar la ley argentina, en cuyo caso, la aplicación de los art. 2 y 54 in fine LSC es indiscutible.

El criterio genérico del art. 118 ha sido duramente criticado por

Winizky y Grigera Naón<sup>4</sup> quienes aducen que en ciertos casos la ley del lugar de constitución deviene menos rigurosa que la domiciliaria, en cuanto a los recaudos o al tratamiento fiscal, y si bien ese supuesto no se aplicará si la sede se encuentra en Argentina (art. 124), no debe olvidarse que el ente social puede cumplir en la república actos aislados, tal vez de importancia, cerrándose los ojos, no sólo al fraude de una ley nacional, sino al de una ley extranjera, inadmisibles en un estadio de evolución como el presente, que exige solidaridad y cooperación internacional.

Halperín<sup>5</sup> reconoce que adoptar el sistema de lugar de constitución puede prestarse a burlar la ley del país donde el ente funciona realmente, pero a continuación comenta que éste no es el criterio adoptado por la ley de sociedades que según los arts. 5 y 11 inc.2 la sociedad debe constituirse en el lugar del domicilio, que también fija el lugar de inscripción.

Por su parte Favier Dubois (h)<sup>6</sup> considera que la ley aplicable al ente extranjero es la del "domicilio" por lo dispuesto en los art. 5 y 11 inc. 2 en cuanto vinculan la constitución al lugar del domicilio, vinculación que es también regla en el derecho comparado. Boggiano,<sup>7</sup> si bien adhiere a la ley de constitución, admite la aludida vinculación, y por sobre ello, por cuanto el art. 124 LSC aplica la ley argentina a la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede (domicilio efectivo) en el país.

#### **A) DIVERSOS SUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS**

El art. 118 LSC contempla cuatro supuestos de actuación territorial de la sociedad extranjera, y les otorga un tratamiento diferenciado e independiente, a saber:

- a. La realización por parte de la sociedad extranjera de actos aislados y comparendo en juicio, en cuyo caso no necesita cumplimentar formalidad alguna, bastando en tal sentido acreditar su existencia en legal forma, mediante documento auténtico y legalizado.
- b. El ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecimiento de sucursal, asiento o cualquier especie de repre-

<sup>4</sup> WINIXKY y GRIGERA NAON, "El artículo 30 del dec. ley 19550 y la actuación internacional de las sociedades comerciales", vol. I, pág. 296.

<sup>5</sup> HALPERIN, I., "Curso de derecho comercial", Vol. I, pág. 296.

<sup>6</sup> FAVIER DUBUOIS (h), "Derecho Societario Registral", Ed. Ad Hoc, Bs. As. 1995.

<sup>7</sup> BOGGIANO, ANTONIO; E.D. T. 68, pág. 852.

sentación permanente en el país. En este supuesto la ley impone el sometimiento de la entidad al cumplimiento de ciertos recaudos y a la publicidad registración exigidas para las sociedades formadas en territorio nacional. También deberán llevar contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad.

- c. La sociedad extranjera que participe en una sociedad argentina, ya sea como socia fundadora o por adquisición posterior de las acciones de esta, deberá acreditar su existencia y registrar su contrato y documentación habilitante.
- d. Las sociedades que tengan su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en ésta.

## B) ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS

B. 1.1.- *Sociedades que realicen ACTOS AISLADOS en el país; art. 118, 2da. Parte:*

El tema de la definición de acto aislado como se apreciará es complejo y debe apreciarse en forma restrictiva y acotada, así opina la mayoría de la doctrina. Por mi parte adhiero a la doctrina partícipe del criterio restrictivo en cuanto a la calificación de las circunstancias que tipifican los actos como aislados. Tampoco la expresión "acto aislado" es suficientemente elocuente para disipar las dudas que plantean los diferentes supuestos con que nos encontramos en la práctica.

Mientras Boggiano<sup>8</sup> no encuentra razón para apreciar restrictivamente el concepto de acto aislado, autores como Rovira<sup>9</sup> "y Zaldívar,<sup>10</sup> entre otros, se manifiestan decididamente por el criterio restrictivo.

Dispone el aludido art. 118 que la sociedad constituida en el extranjero "se halla habilitada para realizar en el país actos aislados". El acto aislado se caracteriza cuando no se requiere para su ejecución la asignación de un representante permanente. Se trata de una actuación ocasional, que no genera habitualidad, permanencia, asiento o sucursal.

Los actos jurídicos deben interpretarse en función del contexto general donde se ubican, a fin de desentrañar si nos encontramos ante la celebración de una operación ocasional sin ánimo de permanencia

<sup>8</sup> BOGGIANO, ANTONIO, "El derecho internacional privado de las sociedades comerciales", E.D. T. 74, pág. 740.

<sup>9</sup> ROVIRA, ALFREDO, "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República", L.L. 155-983, II, I.

<sup>10</sup> ZALDIVAR, ENRIQUE, "Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina, Edifor, Bs. As., 1972, pág. 84.

o, de lo contrario, tal ejercicio supone una forma de franquear los límites impuestos por la ley nacional a la extraterritorialidad de la actuación societaria.

Si, como dice MALARIAGA<sup>11</sup> algunos vinculan la noción de acto aislado a aquellos considerados "intrascendentes" o que se realizan en forma "esporádica" ¿dónde terminaría lo esporádico o intrascendente? ¿de cuántos actos habría de tratarse para que hubiera de considerarse que no eran ya actos aislados?

No obstante ello, y como acertadamente lo enseña Zaldívar<sup>12</sup> que "la ley no podría llegar a precisar lo que debe entenderse por acto aislado, ya que hubiera resultado imposible prever la infinidad de situaciones factibles de ser consideradas en esa forma; corresponderá a la autoridad administrativa de control o al juez, llegado el caso, apreciar si el acto es realmente independiente, particular o accidental", proponiendo, a los efectos aclaratorios, el siguiente ejemplo: la presentación en un concurso o licitación públicos, puede ser calificada como acto aislado; pero si la empresa formada en el exterior resulta adjudicataria, es indudable que antes del correspondiente contrato deberá cumplir lo dispuesto en la tercera parte del art. 118.

En cuanto a la sociedad extranjera que desea realizar la compra de un inmueble, algunos autores entienden que en este caso, es necesario la inscripción en los términos del art. 118, y se basan en un antiguo fallo de las Cámaras Civiles de 1920, lo que había dado lugar a que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro creara un procedimiento de inscripción que se conoce como "procedimiento de inscripción al solo efecto de realizar un determinado acto (compra de inmueble); pero hoy esto ha sido dejado de lado ya, que el organismo de contralor (Inspección General de Justicia), entiende que no es necesario la inscripción de una empresa extranjera que tiene por único objeto comprar o vender un inmueble, y la práctica también lo ha demostrado ya que las sociedades extranjeras pueden comprar o vender un inmueble, sin tener que acreditar inscripción alguna efectuada en el Registro Público de Comercio.

En la exposición de motivos de la ley de sociedades comerciales se resalta que no cabe considerar como acto aislado constituir sociedad en la República.

Según mi opinión considero que si una sociedad constituida en el extranjero adquiere un lote de terreno, puede admitírsele como acto aislado, más si sobre él construye un edificio que enajenará por el régimen de la propiedad horizontal o por cualquier otro, dejará de

<sup>11</sup> MALARIAGA, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", T. I, pág. 664.

<sup>12</sup> ZALDIVAR; ob. precitada, pág. 84.

considerárselo como tal.

La naturaleza de la cuestión hace que se proponga una interpretación esencialmente restrictiva, de modo tal que el campo de actuación comentado sea reservado para aquellos actos desprovistos de signos de permanencia y que en definitiva estén influenciados por lo esporádico y accidental de la situación.<sup>13</sup>

En consecuencia debe prestarse atención a la celebración de actos, aparentemente aislados, pero que estando vinculados con el objeto de la sociedad, demuestran el pleno ejercicio de su capacidad específica, desde el punto de vista cualitativo.

Entre las conclusiones a que se arribó en la Comisión N° 2 "Las Sociedades Extranjeras" en la XXV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (28-30/08/97), podemos observar las siguientes:

"N° 5 Los actos aislados son aquellos que la sociedad realiza sin disponer de organización metodológica y secuencia. También cuando para su ejercicio no requiere la instalación de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente. No obsta a su calificación como tal la circunstancia de que la sociedad realice varios o diversos actos o que éstos se encuentren o no comprendidos dentro de su objeto social".

"N° 6 Mientras la sociedad realice actos aislados o comparezca en juicio no requiere cumplimentar los requisitos de inscripción y publicidad previstos en la ley 19550".

Y en lo que a la actividad notarial concierne se concluyó en lo siguiente:

"N° 7 No corresponde que el notario interviniente en la instrumentación de actos u operaciones de la sociedad constituida en el extranjero califique la naturaleza de dichos actos o si los mismos son aislados o demuestran el ejercicio habitual de operaciones comprendidos en el objeto social".

Si bien es cierto que con buen criterio y sana crítica los Notarios dejan constancia documental en las escrituras de que se está en presencia de un acto aislado, normalmente a través de las declaraciones de los representantes de las sociedades, ninguna norma expresamente obliga a ello.

Sin embargo, León Hirsch<sup>14</sup> sostiene que atendiendo a las disposiciones de orden público que respecto a los bienes raíces ubicados

<sup>13</sup> BENSEÑOR-PÉREZ LOZANO, ob. citada.

<sup>14</sup> HIRSCH, LEON, "La legitimación registral de las sociedades constituidas en el extranjero", Revista del Notariado 832, año 1993, pág. 38.

en la República Argentina contiene el Código Civil (art. 10), elementales razones de control y prudencia en la calificación de los actos aislados parecen aconsejar la necesidad de que tal juicio de valor emitido por el notario tenga reflejo documental.

Es importante tener en cuenta que la posibilidad de realizar actos aislados en el país sin cumplir los requisitos de inscripción y sometimiento integral a la ley nacional constituye un régimen de excepción que, de no considerárselo como tal, se estaría facilitando el ejercicio "habitual" del comercio, eludiendo las normas legales vigentes.

#### B. 1.2.- *Posibilidad de ESTAR EN JUICIO.*

Con respecto a la posibilidad de estar en juicio la ley ratificando la doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: "Potosí S.A. c/ Cócara, Abel F.", reconoció, a las sociedades constituidas en el extranjero el derecho a estar en juicio, consagrándose la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional).

#### B. 2.- *Sociedades que ejerciten habitualmente actos comprendidos en el objeto social:*

De acuerdo a lo establecido en el art.118, 3º párrafo, los requisitos que deben cumplimentar dichas sociedades serían los siguientes: a) acreditar la existencia y la regular constitución de la sociedad en el extranjero y conforme a las leyes de su país; b) fijar un domicilio en la República Argentina; c) cumplir con las normas de publicidad y registración exigidas por la ley 19550 para las sociedades que se constituyan en la República; d) justificar la decisión de crear dicha representación y designar a la persona a cuyo cargo ella estará y e) si se tratare de una sucursal, se le asignará un capital, cuando corresponda por las leyes especiales.<sup>15</sup>

Respecto de las exigencias ut-supra detalladas corresponde formular los siguientes comentarios:

Se impone la necesidad de justificar la existencia jurídica en el país de origen de la sociedad madre, con arreglo a las leyes del mismo. A tal fin no sólo se deberá presentar un certificado expedido por las autoridades del país de origen debidamente legalizado por las autoridades consulares argentinas, sino que se deberá acompañar copias autenticadas del acto constitutivo, estatutos y sus modificaciones, traducidos si constaran en lengua no castellana, correspondientemente legalizados por las autoridades del país de origen y de nuestro país. Con algunos países se encuentra vigente el sistema de la apostilla de La Haya, por el cual se evita la legalización consular en el país de

<sup>15</sup> NISSEN, RICARDO, "Ley de Sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada", Ed. Ábaco, 1994, T. II.

origen y del consulado Argentino en dicho país, y eventualmente, del Ministerio de Relaciones Exteriores. De esta única forma quedará probado el límite de actuación de la sociedad en el país, sin perjuicio de las especiales limitaciones que se le impongan para su actuación en la República, las cuales podrán imponerse por vía de resolución de la autoridad social competente, asimismo, a registrar con la documentación ya detallada.

Por lo tanto habrá de estarse a la ley bajo cuyo amparo nació la sociedad recordando como principio fundamental que la personalidad jurídica adquirida bajo una legislación no puede ser aniquilada por una norma posterior.

La norma en cuestión también exige el cumplimiento de la publicación o inscripción de la sociedad y la constitución de domicilio en el país, el cual determina la competencia de los tribunales nacionales para eventuales litigios.

Para la fijación del domicilio, debe tenerse presente lo establecido en el art. 11 inc.2, LSC, es decir no la dirección precisa y determinada de la administración de la sucursal, asiento o representación, sino la jurisdicción en donde la sede social se encuentra.

La sociedad extranjera cuya registración se solicite deben cumplir con la publicidad edictal prevista en el art. 10, sólo si su tipo social es de aquellos a los cuales el ordenamiento legal se los requiere.

La designación de la persona a cuyo cargo estará la sucursal o representación, obliga a su registración, art. 36 inc. 4 del Código de Comercio, y es a éste a quien debe hacerse el emplazamiento en caso de acción judicial contra la sociedad extranjera. (art. 122, inc. b).

En cuanto a la justificación de la decisión de crear la representación en el país la sociedad debe presentar para su inscripción además de la ya analizada, la resolución de la autoridad social competente de la que surja la decisión de crear la representación, determine el domicilio que en ella ha de fijar, designe la persona del representante, establezca o no las limitaciones a la capacidad de actuación en la República, si correspondiere en razón de la actividad o lo considere conveniente, le asigne un capital para su giro en ésta y, finalmente, establezca la fecha a la cual se elaborarán los estados contables respecto de las operaciones desarrolladas en el país.<sup>16</sup>

Por último, y en el caso de que se trate de una sucursal, corresponderá determinar el capital que se le asigne, cuando así lo requieran leyes especiales. Esto fundamentado en la dependencia de la sucursal y en el hecho de que si bien ésta puede contraer obligaciones para la

---

<sup>16</sup> ROVIRA, Ob. precitada.

casa central, urge saber en los casos en que la ley lo exige con qué bienes ha de responder de ellas en nuestro país.

La sociedad constituida en el extranjero no tiene capacidad para ejercer en la Argentina actos que no estén comprendidos en su objeto social. Sin embargo si sus representantes obran ultra vires en el país, contraen las responsabilidades que para los administradores prevé la ley argentina (art. 121, LSC) y, por lo tanto se le aplicarán las normas que sobre la materia se aplican a las sociedades nacionales.

Por lo expuesto anteriormente, la norma que se analiza se dirige a establecer los recaudos instrumentales necesarios para poder operar la inscripción en el país de la sociedad constituida en el extranjero, a fin de ejercer habitualmente en éste actos de su objeto social. Por consiguiente en sede registral, a fin de calificarse la legitimación de la sociedad constituida en el extranjero que establezca sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación en el país, deberá verificarse su inscripción en el Registro Público de Comercio de nuestro país.

Resulta improcedente sostener que por aplicación de lo dispuesto en los arts. 118 y 119 de la LSC, la designación del representante de la sociedad extranjera a que alude el art. 118, inc.3, deba realizarse conforme a la legislación local que regula a las sociedades anónimas, pues tratándose de una sociedad extranjera de tipo desconocido en el país, no puede asimilársele, a los efectos pretendidos, a una sociedad anónima cuando no ocurre la hipótesis prevista en el art. 124 de la LSC.

El tema resulta de estricta actualidad desde la firma el Tratado de Asunción que creara el Mercosur. En este sentido, se ha afirmado de lege ferenda que debe modificarse la redacción del art. 121 de la ley 19550 y el art. 194 de la ley uruguaya 16060, indicando que los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero, no solamente contraen las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales, sino que también tienen las mismas atribuciones.<sup>17</sup>

Además las restricciones o limitaciones que se impongan al ejercicio de la actuación representativa, para la realización de ciertos actos concretos, resultan en la legislación argentina inoponibles a los terceros contratantes, sin perjuicio de validez interna y de la responsabilidad por su infracción (art. 58 LSC), aunque el tercero tenga conocimiento de su existencia.

---

<sup>17</sup> BENSEÑOR, "Facultades de los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero, y La representación societaria en el Mercosur", ponencias presentadas al I Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial y al I Encuentro de las Comisiones Técnicas del Mercosur, mayo de 1996.

Por el contrario, en las legislaciones societarias de Brasil, Paraguay y Uruguay, estas restricciones provocan grados de oponibilidad a los terceros, contrariando las actuales tendencias en materia societaria y perjudicando la contratación en zonas de integración.

En mi opinión debe aconsejarse la armonización de las legislaciones de los países integrantes del Mercosur en materia de actuación representativa societaria, respetando la plena actuación de la representación orgánica, el mecanismo de imputación de todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social y la inoponibilidad de las restricciones contractuales a la representación, sin perjuicio de su validez interna.

### B. 3.- *Constitución de sociedades en el país.*

Establece el art. 123 ley 19550 que "para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez de registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e 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, en su caso. No se exige, a diferencia de lo dispuesto por el art. 118, LSC, la obligación de llevar una contabilidad separada, como lo exige para la instalación de sucursales, ni constituir un domicilio en la República.

Tal norma tiende fundamentalmente a tratar de evitar que por esta vía se evadan disposiciones de otras reglas que regulan el instituto. Según Boggiano<sup>18</sup> el artículo transcrito "constituye una norma material del derecho internacional privado societario argentino, cuyo fin «es el asegurar el régimen de responsabilidad del socio y de control societario»".

Explica Fargosi<sup>19</sup> que el art. 123 debe ser interpretado en su espíritu y finalidad, y consecuentemente tanto comprende el "formar parte de" como "participar en sociedad existente en la República".

Por otra parte Rovira<sup>20</sup> sostiene que la norma comprende tanto el caso de "fundación" como el de "participación" en la sociedad ya constituida, agregando que analizando la naturaleza jurídica del contrato de sociedad en términos latos, tanto constituye sociedad aquel que se asocia originalmente con otro para fundar una sociedad, como aquél que se asocia a otras personas, ya socios, en sociedad existente.

<sup>18</sup> BOGGIANO, Alfredo; ob. precitada pág. 742.

<sup>19</sup> FARGOSI, "Anotaciones sobre el límite de votos del art. 350 del Código de Comercio y la ley de sociedades comerciales", L.L., 150-1005.

<sup>20</sup> ROVIRA, ob. precitada.

Concluye por su parte Nissen<sup>21</sup> que “la constitución de una sociedad local por una sociedad extranjera, o, lo que es lo mismo, la participación de esta en el capital de aquella, no importa la realización de un “acto aislado”, sino el ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos que confieren el estado de socio, y que deben ser ejercidos en forma permanente y no aislada, la necesidad de inscripción de la sociedad extranjera en los registros mercantiles locales es derivación forzosa de esa conclusión, sin que deba importar la naturaleza o quantum de esa participación”.

Para la constitución en nuestro país de una sociedad en la que sea participe otra constituida en el extranjero, deberán cumplimentarse los requisitos exigidos por la ley 19500 para los tipos societarios autorizados por ella.

Corresponde según la norma satisfacerse los siguientes recaudos: a) justificar ante el juez de registro que la sociedad constituida en el extranjero lo ha hecho de conformidad a las leyes de su país; b) inscribir su contrato constitutivo, las reformas que se hubieren efectuado a éste y la documentación habilitante que corresponda, así como la relativa a sus representantes legales. Dicha inscripción deberá realizarse en el Registro Público de Comercio.

Cumplido lo cual, la sociedad extranjera podrá recién suscribir el contrato constitutivo de sociedad en la República, y realizar los demás trámites, conforme a los requisitos prescriptos por la ley nacional para el tipo societario a crearse, que culminan con su inscripción en el Registro Público de Comercio.

En nuestro país se exige una doble inscripción, primero del contrato social o estatutos de la sociedad constituida en el extranjero; y segundo del contrato social o estatutos de la nueva sociedad constituida en el país, una vez cumplido el requisito anterior.

Señala Nissen<sup>22</sup> que avalan la necesidad de exigir la inscripción de las sociedades extranjeras como requisito previo a la inscripción de los actos societarios en los cuales aquellas han participado, principios de soberanía y control de entidades mercantiles, así como de publicidad, pues con ello se permite conocer la seriedad del participe extranjero para juzgar la eventual responsabilidad por el pasivo social.<sup>23</sup>

En razón de todo lo expresado, la legitimación de la sociedad constituida en el extranjero que participe en la constitución de una sociedad nacional resultará del cumplimiento de los requisitos apunta-

<sup>21</sup> NISSEN, Ricardo; ob. precitada.

<sup>22</sup> ÍDEM.

<sup>23</sup> CN Com., Sala D, 11/10/78, “Squibb S.A.”; Ídem, 20/7/78, “Scaab Scania Argentina S.A.”, E.D., T. 79, pág. 390.

dos que tiene como expresión final su inscripción en el Registro Público de Comercio. A fin de calificar su legitimación para actuar, deberá verificarse, como elemento esencial, su inscripción en el mencionado Registro.

*B. 4.- Sociedades que tengan su sede en la República o su principal objeto está destinado a cumplirse en el país.*

Según Boggiano se trata de una norma que elige aplicable el derecho local argentino en función de la localización de su sede o principal objeto, dejando de lado la aplicación de la ley del lugar de constitución. Con lo que de deja de lado la regla general del art. 118 y se aplica el art. 124, o sea, será considerada la sociedad local a los efectos de las formalidades de constitución, reforma y contralor de funcionamiento, aplicándose íntegramente las reglas legales argentinas.

Este supuesto es el caso de sociedades que se constituyen en el extranjero, al amparo de una legislación más favorable, ya sea en el aspecto fiscal, publicidad, objeto social, etc.<sup>24</sup>

En tanto Benseñor<sup>25</sup> por su parte coincide en que cuando una sociedad ostenta algunos de dichos rasgos (sede o principal objeto) se trata efectivamente de una sociedad que debe estar sometida a la ley nacional, ya que un sistema contrario induciría a constituir entidades en fraude de la ley. La presencia objetiva de alguna de estas dos circunstancias evita tener que acudir a investigaciones, penetraciones y desestimación de la personalidad.

En consecuencia rige el derecho argentino en los siguientes supuestos: A) Cuando la administración y gobierno del ente constituido en el extranjero se lleve a cabo en ésta (concepto de sede social), ley también aplicable para los supuestos de designación de los órganos sociales. B) Cuando su principal objeto se cumpla en la República, entendiéndose por tal el "principal objeto a cumplirse exclusivamente en el país". Por ello cuando el objeto social se lleve a cabo no exclusivamente en el país, sino concurrentemente con otros lugares de ejercicio habitual de su objeto, tal supuesto de sucursal debe quedar regido por el art. 118, párrafo 3º.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> FOGLIATTI, Liliana, y Ot., "Sociedades Extranjeras", Gaceta del Notariado N° 112, año 1998, pág. 64.

<sup>25</sup> BENSEÑOR-PÉREZ LOZANO, ob. precitada pág. 1500.

<sup>26</sup> BOGGIANO, Alfredo, "El derecho internacional privado en las sociedades comerciales", E.D., T. 68, pág. 855.

## **Fundamentos y desarrollo de la segunda parte: ACTUACIÓN DE SOCIEDADES EN EL MERCOSUR**

### **I. INTRODUCCIÓN**

Nos hallamos en un proceso hacia el Mercado Común y en plena etapa de construcción de sus instituciones y principios, con un empuje de estudios, proyectos y decisiones que, aunque quizá no reflejado en los medios económicos en toda su importancia, pueda calificarse como excepcional en orden a todos los condicionantes que lo enmarcan.

Por ello creo importante concretar la adopción de decisiones en el Mercosur a fin de allanar las dificultades que obstan en lo inmediato, profundizado la armonización y el anhelo del establecimiento en un futuro de normas societarias comunitarias.

Debería propiciarse la eliminación de los obstáculos administrativos, fiscales y registrales que dificultan la concreción de contratos asociativos, a fin de asegurar la libre circulación de capitales y la celeridad de las contrataciones.

Se consideró en el Congreso Notarial del Mercosur, realizado en Córdoba durante los días 29/10 al 1/11 de 1997, cuyo Tema I eran los Contratos Asociativos en el Mercosur "que el asesoramiento notarial y la autenticidad documental que resulta de su actuación fedante, favorece la seguridad jurídica que las relaciones societarias internacionales requieren", conclusión a la que adhiero en su totalidad.

Es la finalidad del presente estudio la de efectuar una reseña de las legislaciones en referencia al tema de la actuación de las sociedades en el ámbito del Mercosur.

Debe ser una aspiración del Mercosur la obtención de la armonización o aproximación legislativa en el orden regional, no conlleva ello la uniformidad, sino que se debe tender a eliminar los obstáculos que desalienten e incidan negativamente en las áreas de inversión e integración. Al decir de Benseñor, Norberto R. dicha armonización posibilitará la consagración de institutos novedosos como la "fusión internacional de sociedades" o la creación de "sociedades comunitarias" acordes a un avanzado estado de desarrollo e integración regional.<sup>27</sup>

### **II. ANTECEDENTES EN LA UNION EUROPEA**

El Capítulo II de Tratado de Roma se refiere al "derecho de es-

<sup>27</sup> BENSEÑOR, NORBERTO R. y PÉREZ LOZANO, NÉSTOR, "Régimen legal y actuación de las Sociedades Extranjeras, Revista Notarial N° 834.-

tablecimiento” (arts. 52 a 58).

El art. 220, 3º apartado del Tratado expresa que: “Los Estados miembros entablarán negociaciones entre sí, en tanto sea necesario, a fin de asegurar, a favor de sus nacionales (...) el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el párrafo segundo del art. 58, 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 nacionales diferentes”.

Además de la adopción del Convenio de reconocimiento de sociedades y otras personas morales de Bruselas, de 1968, el Consejo de la Comunidad Económica Europea dictó una cantidad importante de Directivas referidas al derecho de establecimiento. Por otra parte se implantaron Directivas de armonización del Derecho de Sociedades. Además los países han ido incorporando el contenido de esas Directivas de armonización a sus legislaciones, siendo conocido que la Corte de Justicia de las Comunidades ha expresado que el retraso en la adopción interna de sus principios no puede ser excusado por los Estados.

La polémica sobre la pertinencia del sistema de las Directivas de “armonización” ha ido creciendo, algunos dudan sobre la eficacia del sistema y propician la legislación uniforme o bien los estatutos comunitarios para superar los problemas todavía existentes. Esta fue la posición (entre otras) del Prof. Ángel Rojo en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en Huerta Grande, Córdoba en 1992. Cerexhe, Etienne, *Le Droit europeen. La libre circulation des personnes et des entreprises*, Nauwelaerts, Bruxelles, 1982, págs. 337 y ss. dice: “A la hora actual, una armonización en profundidad del Derecho de Sociedades no es posible, ni políticamente ni técnicamente. Ella no parece posible técnicamente porque existen todavía muchas diferencias entre las legislaciones nacionales, diferencias muchas veces ligadas a opciones económico-sociales. Ella no es posible porque no se concibe que en el Estado actual los Estados renuncien a legislar en el dominio del Derecho de Sociedades. El desarrollo del Mercado Común implica que las empresas tengan a su disposición una estructura más o menos uniforme...”

Los organismos de la Comunidad Económica Europea, recomendaron profundizar los estudios para el nacimiento de una sociedad de derecho europeo, llamada *societas europae* (S.E.) Se crea un derecho comunitario, haciendo que las sociedades constituidas mediante sus reglas no sean nacionales sino comunitarias. Pero la crítica generalizada recae en el hecho de que su actividad de todas maneras se vería condicionada a la legislación tributaria, régimen cambiario y

crediticio locales que, lógicamente, la obstaculizarían en su accionar.

### III. RECONOCIMIENTO DE LAS SOCIEDADES ENTRE LOS PAÍSES DE UN PROCESO DE INTEGRACIÓN

La cuestión de la actuación extraterritorial de sociedades interesa en el marco de los procesos de integración económica.

El problema del reconocimiento de las sociedades es amplio, y significa admitir su existencia jurídica como entidad autónoma resultante de una legislación extranjera”<sup>28</sup>

El derecho de reconocimiento implica, por sí mismo y cuando menos, ciertas consecuencias inmediatas: la posibilidad de invocar su existencia jurídica cada vez que debe actuar como titular de derechos y obligaciones, estar en juicio en otra jurisdicción y adquirir la calidad de parte en contratos internacionales y otros permitidos.

En orden a los tratados internacionales se destacan el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo, 1889, que su art. 5 dispone: “Serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales”. Asimismo el Tratado de Montevideo de 1940: “Se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio”. Dichos tratados fueron ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay.

Por su parte, la Convención de Montevideo de 1979 (ley 22.921 del 21/09/83) ha sido ratificada por Argentina, Uruguay y Paraguay, y otros ajenos al Mercosur, y versa dicha Convención americana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, que se originó en la Segunda Conferencia especializada sobre Derecho Internacional Privado (23/04/1979). Por esta convención, la “existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles, se rigen por la ley del lugar de su constitución”, entendiéndose por tal “el Estado donde se cumplen los requisitos de forma y de fondo requeridos para la creación de dichas sociedades”.

### IV. LEGISLACIONES INTERNAS APLICABLES A LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

El Tratado de Asunción suscripto en marzo de 1991 y ratificado por los cuatro países estatuye que deberá realizarse un proceso de armonización de las legislaciones internas de los integrantes, para

<sup>28</sup> Cerexhe, Etienne, *Le Droit européen. La libre circulation des personnes et des entreprises*, Nauwelaerts, Bruxelles, 1982, pág. 337.

disminuir lo que se denominan “las asimetrías jurídicas”.

De acuerdo al Tratado, es el compromiso de los Estados Parte armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración. A pesar de ello y de los aportes doctrinarios, en la realidad poco se ha avanzado al respecto, por lo menos en lo que se refiere a normativa concreta.

Según la opinión de Arnoldo Kleidermacher,<sup>29</sup> existen dos formas de abordar la tarea de armonización legislativa. La primera de ellas consiste en rescatar de cada legislación los trazos comunes, y trabajar sobre las diferencias, buscando, negociando y transando sobre fórmulas que puedan satisfacer a las partes, para que puedan ser adoptadas para la comunidad. Claro está que cada parte llevará en tal caso su propia problemática, cual es la inserción en su derecho del nuevo producto, que difícilmente pueda armonizar con cada historia, raíces, costumbres, principios y jurisprudencia sobre temática afín, toda vez que no se trata de un instituto actuante sólo en función de la comunidad, sino que adquirirá ciudadanía en cada país a todo efecto. Este es el camino más largo, lento y trabajoso y por cierto el de más difícil concreción.

La segunda, se refiere a la posibilidad del dictado de una legislación supranacional dispuesta por los países miembros, dictada y adoptada por un proceso natural de los tratados que dieron origen a la comunidad, a los efectos de implementar su desarrollo, esta sería una alternativa al proceso de la armonización que por supuesto no se pretende excluir.

Por lo tanto, la armonización legislativa no importa, en modo alguno, identidad legislativa y menos aún facultades de las entidades de actuación extraterritorial. Por el contrario, se trata de establecer un régimen jurídico claro como paso inicial para la actuación de las sociedades dentro de una zona o en determinados países, haciendo desaparecer las trabas que inciden negativamente desalentando la inversión, o creando la desconfianza por desconocimiento o desigual tratamiento a situaciones comunes.

En el IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur, realizado en Montevideo, en mayo de 1995, “El desarrollo de la integración hacia el siglo XXI: Realidad y perspectiva”, se establecieron las siguientes recomendaciones:

“1) Considerando imperativo abordar la armonía legislativa de

---

<sup>29</sup> KLEIDERMACHER, ARNOLDO, “Sociedad común del Mercosur”, Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, VI Congreso Argentino de derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Universidad Notarial Argentina, Ed. Ad-Hoc, 1995.

los países miembros, resulta ineludible establecer la metodología que se considere adecuada al efecto. Para este punto se recomienda acudir en primer término a los tratados y acuerdos ya existentes, los que debieran ser profundizados, extendidos y ratificados por todos los países miembros. 2) Se recomienda la elaboración de nueva normativa específica para el Mercosur a los efectos de lograr oportunamente la legislación regional de informe.

En oportunidad de la Cumbre de Presidentes de los Estados Partes del Mercosur, llevada a cabo en junio de 1996 en la localidad de Potrero de los Funes en la Provincia de San Luis, se contó en esa reunión con la participación del Presidente de Chile. En el desarrollo de la misma se acordaron los términos del "Acuerdo de Complementación Económica N° 35: Mercosur-Chile A.C.E. N° 35", a los efectos de llegar también a la creación de una zona de libre comercio entre ambas partes, la cual quedará conformada, en términos generales en un plazo de diez años.

En virtud de la celebración del aludido Acuerdo, Chile se considera un "socio" del Mercosur, ya que decidió integrar el mismo en idénticas condiciones que los demás Estados, sino con un régimen, plazos y excepciones diferentes. Haré una muy breve referencia a la legislación de Chile entre las características que se analizarán.

En cuanto al Mercosur, las legislaciones internas son similares en lo que concierne al reconocimiento de sociedades ya sean constituidas o domiciliadas en el extranjero. De un estudio comparativo sobre el particular se desprende que el régimen uruguayo es similar al argentino, que el paraguayo se base en el domicilio de la sociedad y que Brasil, si bien sigue el criterio del lugar de constitución, acumula el lugar de la sede como vínculo jurídico o de conexión de Derecho Internacional, para otorgar nacionalidad a la sociedad. Se hará luego un análisis más exhaustivo de estas comparaciones.<sup>30</sup>

Se admite en todas las legislaciones la realización de actos aislados por sociedades constituidas o domiciliadas fuera del país.

La apertura de sucursales o representaciones estables es también admitida en todos los Estados del Mercosur, exigiéndose en Brasil la autorización del Gobierno Federal.

No todos los países se encuentran vinculados por los mismos tratados, en general en todos ellos se admite el reconocimiento de las sociedades del exterior.

Sin perjuicio de la proximidad de las legislaciones y la probabilidad de que Brasil concluya ratificando la Convención Interamericana

---

<sup>30</sup> AGUINIS, ANA MARÍA, M. De, "Empresas e inversiones en el Mercosur, Abeledo -Perrot, Bs. As. 1993, págs. 23 y ss.

de Montevideo de 1979 (con lo cual se completarían los países del Mercosur que la ratificaron) es aconsejable que el tema del reconocimiento no se limite a sociedades comerciales sino a toda entidad con actividad económica que pueda actuar dentro del marco regional, incluyéndose el tratamiento de otras formas de agrupamiento (consorcios, UTE, etc.).

Las principales características legislativas que se analizarán consistirán en las siguientes consideraciones, a saber: 1) Ley aplicable; 2) Cómo se rige el cambio de domicilio en las sociedades nacidas en los países miembros del Mercosur; 3) Intervención notarial en los actos constitutivos.

#### **ARGENTINA:**

- 1) Se aplica la ley del lugar de constitución.
- 2) La sociedad extranjera que fije su domicilio o cumpla su principal objeto en el país será considerada argentina a todos los efectos registrales y de control del funcionamiento; y la sociedad argentina que traslade su domicilio u objeto al exterior no sufrirá disolución.
- 3) Las sociedades por acciones deben constituirse por instrumento público, las restantes por instrumento público o privado. La personalidad nace con el acto constitutivo.

#### **URUGUAY:**

- 1) Se aplica la ley del lugar de constitución salvo en los casos de contrariar el orden público de la República.
- 2) La sociedad extranjera con sede u objeto principal en el país se rige por la ley del Uruguay, y el traslado de domicilio y objeto principal al exterior no es causal de disolución para las sociedades del Uruguay.
- 3) Las sociedades se constituyen en documento público o privado, certificado y protocolizado. La culminación del iter (según su caso con la registración o con la posterior publicación), deja constituido el tipo. La personalidad jurídica nace con el acuerdo de partes.

#### **PARAGUAY:**

- 1) Se aplica la ley del domicilio.
- 2) La sociedad extranjera que se traslade al país quedará sujeta a la legislación paraguaya, y para el caso de traslado de sociedad paraguaya al exterior no es causal de disolución.
- 3) Las sociedades que se constituyen por escritura pública adquieren su personalidad jurídica por medio de la inscripción en el Registro Público de Comercio.

### **BRASIL:**

- 1) Rige la ley del lugar de constitución y se exige el establecimiento de sede de administración para darle la nacionalidad brasileña, y las sociedades anónimas o compañías extranjeras necesitan autorización del gobierno federal para funcionar en ese país.
- 2) Se exige la autorización del gobierno federal a la sociedad anónima o compañía extranjera que traslade su sede al Brasil; el traslado de su sede al exterior no es causal de disolución para la sociedad brasileña pero sí perderá su nacionalidad brasileña.
- 3) Los notarios no actúan o no toman intervención en la temática societaria, ya que los actos constitutivos de la sociedad y sus modificaciones, etc., son realizados en su gran mayoría por instrumentos particulares, limitándose su actuación profesional a la certificación de la firma de los contratantes. La personalidad de las sociedades nace con la inscripción en el Registro.

**CHILE:** En cuanto a su legislación se hace la siguiente referencia: La constitución de sociedades debe realizarse por escritura pública, pero en la realidad la misma se redacta en base a una minuta confeccionada por Abogado. La inscripción es constitutiva. En cuanto a la actuación de Sociedades Extranjeras, basta la inscripción del representante legal de la misma, previa protocolización y publicación.

## **V. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL TRATADO DE ASUNCIÓN**

### **A) RECONOCIMIENTO Y LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL MERCOSUR**

Las normas del tratado son escuetas frente a lo legislado en forma amplia en el Tratado de Roma. Se concluye que según el Tratado de Asunción la libertad de circulación de bienes, servicios y factores productivos comprende el reconocimiento y la libertad de establecimiento de las sociedades y otras personas morales que actúen en el ámbito integrado. De allí que deba afirmarse el rango de norma comunitaria del derecho de establecimiento.<sup>31</sup>

Por ello debe estudiarse si la referencia concreta a la coordina-

---

<sup>31</sup> ALEGRÍA, HÉCTOR, "Reconocimiento, libertad de establecimiento, Sociedades y Mercosur, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, Rubinzal Culzoni, 1994, pág. 441.-

ción de distintas políticas macroeconómicas y sectoriales a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes, y el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración:

- a) comprende el derecho societario y de las personas jurídicas que actúen en el ámbito económico;
- b) son las únicas medidas que pueden tomarse destinadas a plasmar la libertad de establecimiento antes afirmada, y
- c) cuáles serían en su caso otras medidas dirigidas a la misma finalidad.

En cuanto al punto a) la legislación societaria forma parte del amplio campo en el que deberán recaer las acciones tendientes tanto a la coordinación como a la armonización de legislaciones y a la aplicación de otra normativa comunitaria adecuada para tal fin.

Analizando la segunda cuestión (b), el marco de integración propuesto por el Tratado de Asunción no puede limitarse sólo a la coordinación de políticas y armonización de decisiones. La libertad de establecimiento que hemos señalado requiere de la actuación de los órganos comunitarios y de los países mediante convenios, acuerdos y protocolos de "alcance comunitario".

Del régimen institucional y la capacidad de generar decisiones dentro del Tratado, y conforme el "Cronograma de Las Leñas del 27/06/1992, se establece que medio de decisiones o por medio de protocolos, puede elaborarse la legislación común que tienda a la debida aplicación de los principios del Tratado.

## **B) EFECTO DIRECTO EN EL MERCOSUR**

El Tratado de Asunción establece en su art. 1º, que el 1º de enero de 1995 "deberá" estar conformado el Mercado Común. La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió reiteradamente que ciertas previsiones de tratados ratificados legislativamente tienen efecto directo cuando de ellas deba esperarse ese tratamiento o no requieran, para su aplicación de normas derivadas o internas (C.S.J.N., "Ek-mekdjian", 7/7/92, L.L. 1992-C-543; C.S.J.N., "Servini de Cubría", 8/9/92, E.D. 149-245).

Dicha regla se complementa con el párrafo siguiente que establece: "Mercado Común implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos..." Según sostiene Alegría<sup>32</sup> no cabe duda de que las personas entre ellas las morales con actividad económica,

<sup>32</sup> ALEGRÍA, HÉCTOR, ob. pre citada, págs. 443, 444.-

son factores productivos. La demora en aplicar esta libertad puede afectar el Mercado Común, porque puede afectar gravemente la competitividad interna y extrema y la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados (art. 2). Si el mercado deberá estar conformado e implica la libertad de circulación de factores productivos, se desprende naturalmente que la libertad de establecimiento, aún cuando no hubiera recibido más consagraciones normativas (comunitarias o de tratados), debe aplicarse para que el Mercado Común "quede conformado".

El reconocimiento directo evitará tener que supeditar la actuación de esa libertad a la negociación de nuevos instrumentos legales, cuya tramitación seguramente llevará un tiempo considerable. Además acelerará con prudencia y en un campo no necesariamente controversial la aplicación del Mercado Común. El efecto más significativo será el referido a la calificación nacional que influye en Brasil respecto de ciertas ventajas, lo que tiene rango constitucional. Se cree que Brasil podría levantar la objeción constitucional, lo cierto es que ella también fue presentada cuando se adoptó el "Estatuto de empresas binacionales". Ya en aquella oportunidad la doctrina se expidió y objetó, pues una interpretación armónica de la Constitución no puede alentar los espacios integrados, por un lado, y por otro vedar ciertos efectos propios de esa integración, como es la actuación igualitaria de empresas del marco integrado.<sup>33</sup>

### C) LA REGLA DEL TRATAMIENTO NACIONAL

Como consecuencia de lo antes analizado es que debería reconocerse que las sociedades y otras personas jurídicas con actividad económica deben tener, en un Estado distinto del de su constitución o domicilio, idéntico tratamiento que las similares nacionales de aquél Estado.

Según mi limitada opinión aventando el problema constitucional de Brasil, se advierte que los derechos internos no ofrecen demasiadas aristas de resistencia a la equiparación de las sociedades de otros países de la zona, esto nos diferencia con la Unión Europea que al tiempo del Tratado de Roma era significativa la diversidad de regímenes legales existentes.

Como afirma Alegría<sup>34</sup> "se tratará de una situación de imaginación y cierta dosis de coraje, para remover un hipotético problema

<sup>33</sup> OLAVO BAPTISTA, LUIZ, "Empresas binacionales: Brasil-Argentina", en Revista de Derecho Industrial, N° 38, Depalma, mayo-agosto de 1991, pág. 345, punto 5.

<sup>34</sup> ALEGRÍA, HÉCTOR, ob. citada, pág. 447.

que, superado, permitirá un avance mayúsculo en el proceso de integración”.

Eventualmente de no reconocerse el efecto directo al derecho de establecimiento, será necesario buscar soluciones. Habría que analizar en forma inmediata el problema para lograr la sanción de la normativa comunitaria pertinente, ya sea por vía de los tratados, por las decisiones, que no pueden estar ausentes.

## BIBLIOGRAFÍA

BENSEÑOR, NORBERTO R., PÉREZ LOZANO, NÉSTOR, “Régimen legal y actuación de las Sociedades Extranjeras, Revista Notarial N° 834.

ZALDIVAR, ENRIQUE, “Régimen de las empresas extranjeras en el República Argentina”, Edifor, Buenos Aires, 1972.

HALPERIN, I., “Curso de derecho comercial”, Vol. I.

FAVIER DUBUOIS (h), “Derecho Societario Registral”, Ed. Ad Hoc, Bs. As. 1995.

BOGGIANO, ANTONIO; E.D. T. 68.

BOGGIANO, ANTONIO, “El derecho internacional privado de las sociedades comerciales”, E.D. T. 74.

ROVIRA, ALFREDO, “Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República”, L.L. 155-983, II, I.

ZALDIVAR, ENRIQUE, “Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina, Edifor, Bs. As., 1972.

MALARIAGA, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, T. I.

NISSSEN, RICARDO, “Ley de Sociedades comerciales, comentada, anotada y concordada”, Ed. Ábaco, 1994, T. II.

KLEIDERMACHER, ARNOLDO, “Sociedad común del Mercosur”, Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, VI Congreso Argentino de derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Universidad Notarial Argentina, Ed. Ad-Hoc, 1995.

AGUINIS, ANA MARÍA, M. DE, “Empresas e inversiones en el Mercosur, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993.

ALEGRÍA, HÉCTOR, “Reconocimiento, libertad de establecimiento, Sociedades y Mercosur, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, Rubinzal Culzoni, 1994.

OLAVO BAPTISTA, LUIZ, “Empresas binacionales: Brasil-Argentina,” en Revista de Derecho Industrial, N° 38, Depalma, mayo-agosto de 1991.

COMISIÓN 5

**SOCIEDADES  
DE  
RESPONSABILIDAD  
LIMITADA**