

**HACIA UN ESTATUTO UNIFORME PARA
LA SOCIEDAD ANONIMA DEL
MERCOSUR (S.A.M.)
LA ADMINISTRACION DE LAS
SOCIEDADES ANONIMAS EN LOS PAISES
DEL MERCOSUR**

DIEGO DUPRAT

RESUMEN DE LA PONENCIA

Se sugiere la continuación y el desarrollo de los estudios comparativos sobre las legislaciones societarias de los países del Mercosur con el objetivo de armonizarlas y de llegar al diseño de un estatuto de sociedad anónima uniforme, de uso facultativo para los cuatro integrantes del mercado común regional, teniendo como modelo la experiencia de la denominada “Societas Europaea” (Reglamento Nro. 2157/2001 que aprobó el estatuto de la Societas Europaea y Directiva Nro 2001/86/CE que aprobó el régimen de participación de los

trabajadores en dicha sociedad).

La adopción de un estatuto societario uniforme y común a los países del Mercosur facilitará e incentivará la actuación transfronteriza de las sociedades nacionales, incrementando el tráfico comercial y ayudando a consolidar el mercado común regional.

Con este fin, la presente ponencia analiza el estado actual del régimen de administración en las sociedades anónimas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, concluyendo que no se verifican diferencias sustanciales entre ellos y que las que existen son relativamente sencillas de armonizar o complementar en un estatuto único.

Se propone, en la conclusión, algunas pautas y soluciones que deberían constar en el estatuto de la eventual sociedad anónima comunitaria o Sociedad Anónima del Mercosur (SAM) en punto a administración.

I. PROPUESTA

Se propone la continuación y el desarrollo de los estudios comparativos sobre las legislaciones societarias de los países del Mercosur con el objetivo de armonizarlas y de llegar al diseño de un estatuto de sociedad anónima uniforme, de uso facultativo para los cuatro integrantes del mercado común regional, teniendo como modelo la experiencia de la denominada "Societas Europaea" (Reglamento Nro. 2157/2001 que aprobó el estatuto de la Societas Europaea y Directiva Nro 2001/86/CE que aprobó el régimen de participación de los trabajadores en dicha sociedad)¹.

La adopción de un estatuto societario uniforme y común a los países del Mercosur facilitará e incentivará la actuación transfronteriza de las sociedades nacionales, incrementando el tráfico comercial y ayudando a consolidar el mercado común regional.

Aún en caso de no arribarse a la adopción de un estatuto tipo uniforme (tarea que en la UE consumió 30 años), los trabajos de armonización y coordinación legislativa que se encaren serán de utili-

¹ Diego Duprat, *La Societas Europaea – Origen y desarrollo del estatuto de la sociedad anónima europea*, Librería Editora Platense, La Plata, 2004.

dad, al permitir contar con una plataforma de trabajo y un esquema jurídico que debería marcar la impronta de la evolución y modificación del derecho societario de cada país miembro, de manera de armonizar las soluciones legales nacionales o, por lo menos, de evitar su futura dispersión.

Con este fin, la presente ponencia analiza el estado actual del régimen de administración en las sociedades anónimas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, concluyendo que no se verifican diferencias sustanciales entre ellos y que las que existen son relativamente sencillas de armonizar o complementar en un estatuto único.

Se propone, en la conclusión, algunas pautas y soluciones que deberían constar en el estatuto de la eventual sociedad anónima comunitaria o Sociedad Anónima del Mercosur (SAM) en punto a administración.

II. DESARROLLO

El régimen de la administración societaria de las sociedades anónimas en las legislaciones de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay² es similar y equivalente, por lo menos en lo referente a estructura, funciones, condiciones y competencias del órgano de administración.

1. En Argentina, el órgano de administración es el directorio, que puede ser plural o unipersonal. Sus directores son elegidos por la asamblea, salvo en las sociedades que tuvieran consejo de vigilancia, donde pueden ser elegidos por este órgano. En Brasil, la ley establece dos órganos de administración: el consejo de administración (*conselho de administração*) y el directorio (*directoria*)³. Los miembros del consejo de administración son designados por la asamblea. Los directores

² Ley 19550 (mod. 22903 y ss) de Argentina; ley 6404 (mod. Leyes 8021, 9457, etc.) de Brasil; Ley 16.060 y modif. De Uruguay y Código Civil del Paraguay.

³ Las sociedades cerradas pueden funcionar sólo con el directorio, pero ambos órganos son obligatorios para las sociedades abiertas, supuesto en que el consejo de administración asume funciones de fiscalización del directorio. El consejo de administración es un órgano plural y deliberativo con amplias facultades (establece la orientación general de los negocios de la sociedad, elige y destituye a los directores, fiscaliza su gestión, autoriza la enajenación de activos sociales, etc.); mientras que el directorio, que también es un órgano plural, tiene funciones de administración y representación.

son designados por el consejo de administración o por la asamblea en ausencia de aquél. En Paraguay, la administración de la sociedad está en manos de uno o más directores elegidos por la asamblea de accionistas; mientras que en Uruguay, la administración puede estar a cargo de un administrador o de un directorio, elegidos por la asamblea de accionistas.

El régimen de administración brasileiro, al ser el que se estructura de manera diferente al de los restantes tres Estados analizados, merece algunas precisiones adicionales. Contrariamente a lo que sucede con el consejo de administración, el directorio, a pesar de ser un órgano plural, no es considerado un órgano colegiado. En la realidad, los directores detentan, individual y personalmente, funciones propias y específicas, ejerciendo la representación social y cumpliendo tareas ejecutivas⁴. Esta distinción orgánica de la sociedad anónima brasileira debe quedar clara para poder aprehender su estructura funcional y diferenciarla de la del resto de los países bajo análisis. El consejo de administración no tiene a su cargo la administración ordinaria de la sociedad, pero sí decide sobre el rumbo de los negocios de la misma, colaborando, de esta manera, en la gestión social. Esta particularidad, que no surge claramente de la ley, ya que el art. 138 engloba como administradores societarios tanto al consejo de administración como al directorio, merece destacarse porque tendrá efectos sobre el régimen de responsabilidad de los administradores y, especialmente, sobre la imputación de la conducta dañosa.

2. La forma de elección de los directores y el régimen de prohibiciones e incompatibilidades es similar en los cuatro países, siendo las diferencias que presentan armonizables y superables.

3. En cuanto a la posibilidad de que personas jurídicas puedan ser administradoras de una sociedad anónima, no existe consenso. La ley argentina no contempla dicha posibilidad, aunque la doctrina mayoritaria se inclina por aceptarla. La ley brasileira expresamente dispo-

⁴ Es así que el art. 144 de la ley de sociedades de Brasil expresamente establece que a los directores les compete la representación de la sociedad y la realización de los actos necesarios para su funcionamiento regular (actos de administración) (WALD, Arnoldo; "Da responsabilidade dos membros do conselho de administração no regime da ley 6.024/74", en *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, año XXVII, No. 70, abril/junio 1988, p.5).

ne que tanto los consejeros como los directores deben ser personas físicas. La ley paraguaya nada dice al respecto y la ley uruguaya habilita tanto a las personas físicas como jurídicas a administrar la sociedad anónima.

4. En tema de domicilio y residencia de los administradores societarios se advierte una asimetría que deberá ser tenida en cuenta y superarse al redactarse un estatuto societario común. Argentina exige que la mayoría absoluta de los directores tengan domicilio real en el país; mientras que Brasil impone la residencia de sus consejeros y directores, al igual que Paraguay. Uruguay, por el contrario, no requiere domicilio en el país. Será necesario eliminar las exigencias de residencia y de domicilio real, sustituyéndola por la obligación, para los administradores, de constituir domicilio especial en el país donde tenga sus actividades la sociedad.

5. La estructura funcional de la sociedad anónima también presenta similitudes en los cuatro países analizados, donde todos cuentan con una estructura dualista (órgano de administración y órgano de fiscalización), con algunas particularidades que las diferencian sin tornarlas incompatibles. En Argentina, las sociedades "cerradas" pueden prescindir del órgano de fiscalización, mientras que las sociedades abiertas que actúen en la oferta pública, deben contar, además de alguno de los órganos de fiscalización prescriptos por la ley de sociedades: comisión fiscalizadora -sindicatura plural- o consejo de vigilancia, de un comité de auditoría y auditores externos (Dec. 677/2001). En Brasil, el órgano fiscalizador es el consejo fiscal que no es de funcionamiento obligatorio. En caso de ausencia del consejo fiscal, la fiscalización queda en manos de los accionistas. En las sociedades donde exista un consejo de administración, éste también tendrá facultades de control y vigilancia sobre el directorio. En Paraguay, la fiscalización es obligatoria quedando en manos de uno o más síndicos elegidos por la asamblea. En Uruguay, la fiscalización está a cargo de uno o más síndicos o de una comisión fiscal, siendo ésta obligatoria para las sociedades abiertas, pero facultativa para las cerradas. Al igual que en Argentina, las normas reguladoras de la oferta pública de acciones imponen exigencias adicionales en tema de fiscalización.

Cabe aclarar que la estructura dualista mencionada es además

facultativa en tres de los cuatro países del Mercosur, salvo para las sociedades abiertas. En las sociedades “cerradas” de Argentina, Brasil y Uruguay el órgano de fiscalización es facultativo. En Paraguay todas las sociedades deben contar con uno o más síndicos que tendrán por función fiscalizar la dirección y administración.

6. En cuanto a la responsabilidad de los administradores, también se advierte similitudes en las cuatro legislaciones, las que adoptan equivalentes estándares de conducta para los administradores (con la lealtad y diligencia de “un buen hombre de negocios”, en Argentina y Uruguay y de “todo hombre activo y probo”, en Brasil) y un menú de deberes semejantes, con la excepción de Brasil que impone a los administradores de sociedades anónimas el deber no sólo de cumplir con los “fines e intereses de la compañía” (noción de tinte “institucionalista” diferente, en principio, a nuestra concepción del interés social) sino con “las exigencias del bien público y la función social de la empresa”, lo que excedería el “paquete” tradicional de obligaciones de los administradores, imponiéndoles la protección de un interés de difícil precisión y que puede no coincidir con la noción contractualista de “interés social”, considerada como la maximización de las ganancias comunes de los accionistas. Esta solución tiene su correlato en la consagración de la responsabilidad social de la empresa (art. 154 § 4), al permitirse al órgano de administración de la sociedad brasilera a realizar actos gratuitos en beneficio de empleados o de la comunidad donde participare la empresa “teniendo en vista sus responsabilidades sociales”.

Es compartido por las cuatro legislaciones la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los daños y perjuicios causados por su mal desempeño, por violación a la ley, el estatuto o reglamento, o los producidos con culpa, dolo o abuso de facultades. En principio, la responsabilidad es solidaria, salvo asignación de funciones específicas y personales. Asimismo, se impone a los administradores una responsabilidad de control sobre los restantes administradores. La designación de gerentes, directores delegados y comités ejecutivos mantiene la responsabilidad de los administradores.

El administrador puede celebrar con la sociedad los contratos que se relacionen con su actividad normal y en las condiciones de

mercado. Esta regla, con algunas variaciones, es la que disponen los cuatro ordenamientos analizados. Pero lo cierto es que hasta aquí nada se avanza, ya que la situación mencionada no supone un conflicto de intereses entre administradores y sociedad. El conflicto surgirá cuando se trate de contratos que no reúnan tales condiciones (relacionados con la actividad de la sociedad y celebrados en las condiciones de mercado). Y es aquí donde las soluciones de los ordenamientos nacionales se diferencian. Argentina y Uruguay disponen que aunque no se reúnan las condiciones indicadas, los contratos pueden celebrarse, bajo ciertas condiciones. La ley argentina impone la previa autorización del directorio o sindicatura, según el caso, y aprobación posterior de la asamblea; mientras que la ley uruguaya requiere la autorización previa de la asamblea. La ley brasilera no permite la contratación del administrador con la sociedad si no es bajo las condiciones ya mencionadas (en realidad, la ley brasilera no exige la vinculación del objeto del contrato con la actividad social; el art. 156 dice: "en condiciones razonables y equitativas, idénticas a las prevalentes en el mercado o a las que la sociedad contratara con terceros"). Por su parte, la ley paraguaya impone a los administradores que celebren contratos con la sociedad que hagan saber su participación al directorio y síndico y se abstengan de intervenir en la correspondiente deliberación.

Los actos que se celebren en violación a las normas que cada ordenamiento impone y que ya fueran mencionadas, serán sancionados con la nulidad, siendo responsables los que intervinieron por los daños y perjuicios.

Cuando el administrador tuviera un interés contrario al de la sociedad, deberá abstenerse de intervenir en la deliberación y hacerlo saber al directorio, a los demás administradores o a los síndicos, según sea el caso. Esta solución es compartida, con diferencias de detalles, por los cuatro ordenamientos.

También es una regla compartida por los cuatro países la prohibición, para los administradores, de realizar actividades en competencia con la sociedad que administran, salvo autorización expresa de la asamblea.

7. Las acciones de responsabilidad están reguladas en forma similar en los cuatro Estados analizados. Se contempla una acción so-

cial de responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por el patrimonio social, la que debe ser decidida por la asamblea de accionistas. Si dentro de los tres meses no se iniciara la acción social (el plazo es igual en las cuatro legislaciones) cualquier accionista podrá promoverla (acción social de responsabilidad *uti singuli*). Asimismo, también se contempla que los accionistas que se hayan opuesto a la aprobación de la gestión de los administradores puedan iniciar la acción social de responsabilidad, aunque con particularidades disímiles y porcentajes diversos entre cada Estado. Sin perjuicio de la acción social de responsabilidad, los accionistas y terceros siempre conservan sus acciones individuales contra los administradores societarios por los daños sufridos directamente en su patrimonio.

8. En cuanto a la posibilidad de impugnar las decisiones del órgano de administración, ninguno de los países del Mercosur contempla legislativamente tal posibilidad⁵.

9. En Argentina y Uruguay la representación de la sociedad le corresponde al presidente del directorio, salvo disposición estatutaria en contrario. En Brasil la representación la ejercen los directores, mientras que el Código Civil del Paraguay no lo menciona en su articulado. La adopción de un régimen de representación uniforme es factible a pesar de las leves diferencias legislativas. Debe tenerse en cuenta que una fórmula legislativa que imponga la representación societaria en cabeza del presidente del órgano de administración, pero permita que el estatuto la amplíe a uno o varios directores, no se contrapondría con las soluciones nacionales existentes.

Resultaría aceptable, en los ordenamientos nacionales involucrados, tanto una solución única (por ejemplo: la representación sólo en cabeza del presidente del órgano de administración), como una solución que acepte una combinación de varias posibilidades.

10. Como corolario del análisis comparativo de las soluciones legislativas sobre administración societaria en los cuatro países que conforman el Mercosur surge que no se verifican situaciones normativas contradictorias, sino que, por el contrario, estamos en presencia de soluciones similares que se diferencian en cuestiones menores. Por lo

⁵ Salvo el régimen de nulidad de los actos jurídicos.

tanto, entendemos que no habría mayores inconvenientes en armonizar las normas sobre administración de las sociedades anónimas, o, por lo menos, en adoptar un estatuto societario uniforme —siempre de uso facultativo— que contemple un régimen de gestión y administración similar al de alguno de los ordenamientos nacionales analizados.

La tarea de armonización legislativa no implica ni exige la uniformación del derecho, sino la equivalencia funcional de los institutos, de manera que —más allá de meras diferencias formales o procedimentales— lo importante es que las soluciones que brinda cada Estado no sean contradictorias con las de otro Estado.

Por ello, las diferencias legislativas existentes en los ordenamientos nacionales pueden perdurar en un régimen de derecho armonizado. Sólo serán parte de la tarea de armonización las diferencias que provoquen asimetrías jurídicas, capaces de provocar diferencias en el tratamiento de las sociedades, en los derechos otorgados a accionistas y terceros, y de afectar la equivalencia de garantías y efectos y la actuación extraterritorial de las sociedades nacionales.

La tarea de armonización legislativa tiende, en definitiva, a garantizar a las empresas nacionales un tratamiento similar, evitando ventajas comparativas o competitivas que distorsionen la competencia y la igualdad de tratamiento sin importar la nacionalidad, domicilio o lugar de constitución de la sociedad de que se trate.

III. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

1. Es necesario, a efectos de respetar las soluciones nacionales que resulten complementarias, y facilitar la adopción de un régimen uniforme, determinar la pauta que determinará la legislación aplicable en subsidio a la sociedad comunitaria⁶.

2. Establecer, al igual que en el estatuto de la *Societas Europea*, una estructura interna monista o dual, que facilitaría la adopción del estatuto por parte de Brasil.

3. Las condiciones para ser director, duración, prohibiciones e

⁶ El estatuto de la *Societas Europea*, adopta el lugar del domicilio de la sociedad como determinante de la legislación aplicable.

incompatibilidades, conflictos de intereses y responsabilidad serán las que determinen cada país para sus sociedades nacionales, teniendo en cuenta la pauta que determine la legislación aplicable en subsidio.

4. Los directores podrán ser designados por la asamblea o por el órgano de control.

5. El número de directores titulares y suplentes será fijado por cada estatuto entre un mínimo y un máximo que puede determinar la Convención creadora de la sociedad anónima comunitaria.

6. Los directores sólo deben constituir domicilio especial en el país donde la sociedad tenga sus actividades.

7. Las funciones del órgano de administración y los deberes y derechos específicos de los directores deberán establecerse en la convención que apruebe el estatuto tipo de la sociedad anónima del Mercosur; como así también la representación de la sociedad, la forma de elección de los directores, la periodicidad de las reuniones del directorio y sus formalidades.