

LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN EL MERCOSUR

por

DANIEL HARGAIN

SUMARIO:

I) INTRODUCCION. — II) NORMATIVA DE FUENTE INTERNACIONAL. — III) REGIMEN URUGUAYO. — IV) REGIMEN ARGENTINO. — V) REGIMEN PARAGUAYO. — VI) REGIMEN BRASILEÑO. — VII) EMPRESAS BINACIONALES. — VIII) CONCLUSIONES.

I) INTRODUCCION.

1. *MERCOSUR*. — Resulta imposible ensayar definiciones acerca de qué tipo de proceso integrativo conforma el *MERCOSUR*, pese a que cotidianamente recibimos información acerca del mismo.

Las autoridades competentes han señalado en forma reiterada que el Tratado de Asunción, suscripto el 26 de marzo de 1991, contiene solamente el compromiso de los Estados Parte de constituir un Mercado Común para el 31 de diciembre de 1994, sin expedirse en cuanto al alcance del mismo.

La función del Tratado, entonces, parecería haberse limitado al hecho de proporcionar el “marco jurídico” en el cual los países participantes negociarán el alcance y características de la integración.

Todas estas afirmaciones son veraces, sin duda, pero de la lectura del texto del Acuerdo Internacional referido resultan datos importantísimos que permiten adelantar algunos de los elementos básicos en torno a los cuales funcionará el *MERCOSUR*.

Así por ejemplo, cuando en el artículo 1º se establece que el Mercado Común implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países...”, ya se está tomando partido en relación al alcance de la experiencia integrativa, puesto que la misma no comprenderá —por lo menos en una primera parte— las personas y los capitales.

Es imposible pensar que los redactores del Tratado de Asunción no conocieran el contenido del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que organiza la misma en base a la libertad de circulación de bienes, servicios, personas y capitales.

Por lo tanto, si en Asunción se sustituyó estos dos últimos elementos por la expresión "factores productivos", ha sido en forma deliberada, para evitar asumir posición respecto del tema en una primera instancia.

2. *Libertad de circulación de servicios.* — Incluso en materia de bienes y servicios, que son los factores previstos expresamente, existe también una notoria disparidad de tratamiento en el Tratado de Asunción. Porque en el caso de los bienes se ha consagrado un esquema de desgravaciones arancelarias y no arancelarias, y de régimen de origen, mientras que en materia de servicios no hay instrumentación concreta alguna.

Si nada se modifica en relación a los bienes, el Programa de Liberación Comercial incluido en el Anexo I del Tratado deberá concluir, el 1º de enero de 1995, en la inexistencia de barreras de cualquier especie que limiten la circulación de los productos originarios de los países que conforman el MERCOSUR.

Y por el contrario, si nada se dispone en relación a los servicios, el 1º de enero de 1995 seguirán sin circular libremente en el área, y a su respecto el Mercado Común no habrá supuesto cambio alguno. Porque la exportación de servicios requiere generalmente, del traslado del sujeto prestador de los mismos al lugar en que reside el prestatario, o viceversa, lo cual no ha sido previsto en el Tratado.

3. *Importancia de las sociedades comerciales.* — Es indudable que en la actualidad, prácticamente todas las empresas que tienen condiciones de exportar servicios son organizadas por una sociedad comercial, al tiempo que el empresario persona física se está convirtiendo en una especie en extinción, por ello es que la regulación del tema societario reviste una importancia decisiva para la concreción de la circulación de los servicios.

El propósito de este trabajo, entonces, consistirá en analizar el tratamiento que las normativas vigentes en el MERCOSUR, sean de fuente internacional o interna, dispensan a las sociedades constituidas en el extranjero, tanto en lo que se refiere al reconocimiento de su existencia y personalidad, como respecto de la posibilidad de que puedan desarrollar su objeto extraterritorialmente.

Y desde que, como se verá, las soluciones jurídicas no guardan armonía, propondremos algunas soluciones al respecto a fin de posibilitar la puesta en práctica del compromiso asumido por los Estados Parte, de que los servicios circulen libremente en el territorio del Mercado Común.

4. *Nacionalidad de las sociedades.* — En el ámbito doctrinario se discute si las personas jurídicas gozan o no de nacionalidad.

Quienes optan por una solución afirmativa, se basan en que el interés de los Estados de otorgar protección a sus nacionales también se extiende a las sociedades comerciales, porque éstas juegan un rol preponderante en la economía.

Los que postulan una respuesta negativa, lo hacen en base a comparaciones entre la persona física y la jurídica, destacando que esta última no puede invocar el *jus soli* o el *jus sanguinis* como fuente de nacionalidad.

Nuestro enfoque de las Ciencias Jurídicas en general, y del Derecho Comercial en especial, siempre ha tenido presente la substancia que el mismo pretende regular, puesto que en la medida que la normativa se aleje de la realidad, deja de ser aplicada. Por ello es que en este punto adherimos a la primera posición, ya que constituye un hecho innegable la importancia que los países adjudican a las sociedades, al punto que la protección de las mismas ha ocasionado más de una guerra.

En las normativas de los países del MERCOSUR, solamente la ley brasilera se refiere claramente al tema optando por atribuir nacionalidad a las sociedades, mientras que las restantes legislaciones evitan hábilmente tomar posición, refiriéndose a las sociedades extranjeras como las constituidas fuera del país.

A lo largo del trabajo se utilizarán indistintamente ambas expresiones, más por comodidad de redacción que por insistir sobre el tema, puesto que los razonamientos a obtenerse no dependen demasiado de la posición que se adopte al respecto.

II) NORMATIVA DE FUENTE INTERNACIONAL.

5. *Vigencia de sus soluciones.* — Argentina, Paraguay y Uruguay se encuentran vinculados por soluciones de fuente internacional que refieren al tema societario, contenidas en los Tratados de Montevideo y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado, que fueron ratificados por los tres países.

Tratándose de Acuerdos Internacionales sucesivos y sobre la misma materia, las disposiciones del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940 han quedado derogadas por las contenidas en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (Montevideo, 8 de mayo de 1979), que se aplican a las sociedades constituidas en cualquiera de los Estados Parte, siendo reconocidas de pleno derecho en los demás (art. 2 inc. 1°).

6. *Ley aplicable.* — La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles son regidas por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose por tal la ley del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de las sociedades (art. 2).

Se consagran, sin embargo, dos límites al mencionado principio general: la ley aplicable no podrá ser contraria al orden público internacio-

nal del Estado en el cual la sociedad actúa, y la capacidad de la sociedad creada en el extranjero no puede ser mayor a la de las sociedades nacionales del mismo tipo (art. 3).

7. *Realización de actividades.* — De acuerdo con el inciso 1º del artículo 4 de la Convención, “para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren”.

Como puede apreciarse, no se distingue para nada que el acto sea aislado o se realicen actividades en forma habitual, y en todos los casos se somete a la sociedad a la ley del Estado donde se verifique la actuación.

Evidentemente, el sometimiento a que se hace referencia, es a la normativa que regula el acto a realizarse, ya que la sociedad es reconocida de pleno derecho y su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución se rigen por la ley del lugar de constitución.

Así, por ejemplo, si la sociedad vendiera un bien y la ley del lugar donde lo vende impone la obligación de saneamiento, la misma será aplicable aun cuando en el país donde la sociedad fue constituida no existiera.

También resulta sometida la sociedad, en mérito a esta disposición, a las soluciones de derecho interno que regulen la actuación de las personas jurídicas constituidas en el extranjero, exigiendo, por ejemplo, inscripción registral del contrato social, dado que aunque se reconozca su existencia y capacidad, se pueden establecer requisitos para su funcionamiento.

8. *Constitución de sociedad.* — Cuando la sociedad creada en el extranjero constituye una sociedad en otro Estado, o participa de una sociedad ya constituida allí, se entiende que está realizando su objeto en forma indirecta, y por ello también queda sometida a la normativa interna del país donde verifica esa actividad (art. 4 inc. 2º).

III) REGIMEN URUGUAYO.

9. *Regulación legal.* — La temática de las sociedades constituidas en el extranjero es regulada por la ley 16.060 en sus artículos 192 a 198, con criterios similares a los establecidos por la Convención Interamericana, puesto que se procuró no discriminar las sociedades provenientes de países con los que se carece de vínculos de naturaleza internacional, como es el caso de Brasil.

Sin perjuicio de la importancia de todas las disposiciones referidas, las dos primeras de ellas son las que sientan el principio general en la materia, razón por la cual serán transcriptas y analizadas.

“Art 192. Normas que las rigen.

Las sociedades constituidas en el extranjero se registrarán, en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución, por la ley del lu-

gar de su constitución, salvo que se contraríe el orden público internacional de la República. Por ley del lugar de constitución se entenderá la del Estado donde se cumplan los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación.

La capacidad admitida a las sociedades constituidas en el extranjero no podrá ser mayor que la reconocida a las creadas en el país”.

“Art. 193. Reconocimiento.

Las sociedades debidamente constituidos en el extranjero serán reconocidas de pleno derecho en el país, previa comprobación de su existencia.

Podrán celebrar actos aislados y estar en juicio.

Si se propusieran el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social, mediante el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente, deberán cumplir los siguientes requisitos:

1) Inscribir en el Registro Público y General de Comercio, el contrato social, la resolución de la sociedad de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán y la determinación del capital que se le asigne cuando corresponda por la ley.

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

Iguales requisitos se cumplirán toda vez que se modifique el contrato social.

Se cumplirá, además, con lo dispuesto en los artículos 11 y 418”.

10. *Reconocimiento de la existencia.* — La solución legal es muy amplia, reconociendo de pleno derecho la existencia de las sociedades constituidas en el extranjero, en la medida que hayan cumplido con la normativa del lugar donde se cumplieron los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación.

11. *Normativa aplicable.* — El punto de conexión adoptado para resolver el conflicto de leyes que se plantea en la regulación de la categoría, es el lugar de constitución, aplicándose la normativa del Estado donde se verificó la misma para determinar lo existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de la sociedad.

Solamente cuando la sociedad establezca su sede en Uruguay o su “principal objeto esté destinado a cumplirse” en el país, queda sometida a las disposiciones de la ley uruguaya (art. 198).

La aplicación de la ley extranjera reconoce los mismos límites que en la normativa de fuente internacional: en materia de capacidad, según se verá en el punto siguiente, y cuando se contraría el orden público internacional uruguayo, que es el conjunto de normas y principios de derecho privado considerado insustituible y esencial, por corresponder a las ideas filosóficas, religiosas o políticas en que se asienta la idiosincra-

cia particular del país. En el Derecho Internacional Privado funciona siempre como una excepción a la obligación de aplicar el derecho extranjero, por lo tanto su inclusión es de estricta lógica.

12. *Capacidad.* — En lo que respecta a la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero, la misma se rige por la ley del lugar de su constitución, pudiendo resultar menor, igual o más amplia que la reconocida por la ley uruguaya para una sociedad del mismo tipo.

En tanto la capacidad sea más limitada o igual a la de una sociedad uruguaya de la misma clase, se aplica la ley extranjera, pero si la capacidad reconocida por ésta fuera mayor, rigen las limitaciones impuestas por la ley nacional.

13. *Realización de actos aislados.* — La sociedad constituida fuera del Uruguay puede realizar actos aislados y estar en juicio sin otro requisito que acreditar su existencia, para lo cual no se imponen medios probatorios preceptivos, pudiendo utilizarse cualquier tipo de prueba para cumplir con el requerimiento legal, salvo en lo que refiere a la comparecencia ante los Tribunales, puesto que el artículo 72.2 del Código General del Proceso exige que los documentos públicos provenientes del extranjero se presenten legalizados.

La práctica jurídica indica que generalmente se presenta el contrato social original o un testimonio del mismo legalizados —al amparo de la ley 15.441 que los considera auténticos—, pero podría suceder que el documento careciera de legalización, o que la misma fuera sustituida por una cadena de autenticaciones notariales —apostilla—, ya que la ley 16.060 no impone la legalización como único medio probatorio válido.

Incluso hay situaciones en que los medios de prueba necesariamente serán otros diferentes a los señalados, por ejemplo cuando se trata de una sociedad de hecho, que carece de contrato escrito, y proviene de un ordenamiento jurídico que reconoce la personalidad de las mismas, como lo hace el nuestro.

De todos modos, siendo que lo que debe acreditarse es que la sociedad comercial existe al momento en que realiza el acto, y no que fue debidamente constituida en su oportunidad —porque bien puede haberse disuelto y liquidado posteriormente—, la prueba se reduce a un mero *fumus boni juris*, o sea en una presunción de existencia, porque las distancias geográficas determinan que resulte imposible acreditar la vigencia de esa información, presentando un certificado registral en que conste que en el momento de actuar la sociedad está vigente, por ejemplo.

14. *Desarrollo del objeto.* — Cuando la sociedad desea ir más allá de la realización de actos aislados, y se propone desarrollar una actividad continuada en Uruguay, entonces debe inscribir en el Registro de Comercio su contrato social, la resolución de establecerse en el país, la indicación de su domicilio, la designación de la o las personas que la administrarán o representarán, y la determinación del capital asignado cuando se trate de un tipo al que la ley exige un capital mínimo. En este úl-

timo caso, que comprende a las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas, como la normativa impone asimismo publicidad a través de periódicos, debe cumplirse también con este requisito.

La remisión final del artículo 193, a los artículos 11 y 418 de la ley 16.060, refiere a la formación de un legajo de la sociedad, que fue suspendido por el artículo 383 de la ley 16.170, y finalmente sustituido por un régimen de fichas, por el artículo 277 de la ley 16.320.

En lo que respecta a la redacción del inciso 3 del artículo 193, la misma es pasible de dar lugar a confusiones, porque parece ligar "el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social" con "el establecimiento de sucursales o cualquier otro tipo de representación permanente".

Hipotéticamente pueden pensarse situaciones en que se realizan actos comprendidos en el objeto social sin establecer una representación permanente, como sería el caso, por ejemplo, de una sociedad constituida en Argentina, donde tiene su domicilio, que envía semanalmente al Uruguay una persona que desarrolla actos jurídicos y/o materiales y regresa al vecino país.

Cabe preguntarse entonces, si los requisitos impuestos por el artículo 193 son aplicables a cualquier sociedad extranjera que realice actividades en Uruguay, salvo que se trate de actos aislados; o si solamente quedan comprendidas por la exigencia legal las sociedades que disponen de una representación permanente en nuestro país.

A nuestro entender la respuesta a esta interrogante resulta del inciso 2º de la mencionada norma, cuando permite que las sociedades constituidas en el extranjero celebren actos aislados y se presenten ante los Tribunales con la mera prueba de su existencia: todo lo que exceda de esos extremos implica de obligación de someterse a los requisitos impuestos en el resto del artículo.

15. *Constitución de sociedad.* — En la sección dedicada por la ley uruguaya a las sociedades comerciales creadas en el extranjero, no se establece norma alguna que prevea la constitución de una sociedad en el país por parte de las mismas, o su participación en sociedades ya constituidas en Uruguay.

Cabe preguntarse si la celebración de un negocio jurídico de ese tipo es calificable de acto aislado, o si por el contrario, a través de esa vía se acabaría desarrollando actividades en forma habitual indirectamente.

De la posición que se adopte dependerá que se exija a la sociedad constituida en el extranjero la simple prueba de que existe, o que se requiera el cumplimiento de lo dispuesto en los incisos 3: y siguientes del artículo 193.

En este punto parece adecuado aunar criterios y compartir las concepciones de quienes redactaron la Convención Interamericana y el decreto-ley 2.627 brasilero, en el sentido de entender que por dicha vía indirectamente se desarrolla el objeto social, exigiendo entonces la inscripción registral y el cumplimiento de los demás requisitos establecidos para ello.

IV) REGIMEN ARGENTINO.

16. *Regulación legal.* — La problemática de las sociedades constituidas en el extranjero es regulada por la ley 19.550 en sus artículos 110 a 134, que pese a ser anterior a la Convención Interamericana guarda armonía con las disposiciones de ésta.

La legislación uruguaya, asimismo, tuvo como modelo esta normativa argentina, no sólo por las similares idiosincrasias de ambos países, sino también porque la ley 19.550 había sido sancionada con una antelación ideal a efectos de tomarla como fuente de referencia: las concepciones que la inspiraron se mantenían con absoluta vigencia, al tiempo que los problemas derivados de su aplicación ya se habían manifestado, permitiendo la revisión de las disposiciones para poder solucionarlos.

En mérito a la circunstancia anotada, el análisis de las normas se limitará a un resumen de las soluciones legales, señalando las diferencias existentes con el régimen de fuente internacional y con las disposiciones internas uruguayas.

17. *Reconocimiento de la existencia y ley aplicable.* — También se adopta como punto de conexión el lugar de constitución de la sociedad, aplicándose la ley del mismo en lo que se refiere a existencia y forma de la persona jurídica (art. 118 inc. 1°).

Al establecerse que se somete a la ley extranjera la regulación de la existencia y forma de la sociedad, se plantea la duda de cuál es la normativa aplicable en materia de capacidad, funcionamiento y disolución, aspectos todos mencionados expresamente por la Convención Interamericana y la legislación uruguaya.

La única excepción a la aplicabilidad de la ley del lugar de constitución que se estableció, es cuando la sociedad constituida en el extranjero establezca su domicilio en Argentina o su principal objeto esté destinado a cumplirse allí (art. 124), en cuyo caso se aplica la ley argentina.

Sin embargo, la excepción del orden público internacional resulta aplicable de todas maneras, porque el artículo 207 del Código de Comercio se remite a la normativa civil en todo lo que no esté modificado por la ley comercial, y el artículo 14 del Código Civil consagra dicha excepción.

18. *Actos aislados.* — La sociedad constituida en el extranjero puede realizar actos aislados y estar en juicio (art. 118 inc. 2°); naturalmente deberá acreditar su existencia para ello, aunque no se indique en la ley, pudiendo hacerlo a través de cualquier medio de prueba.

19. *Ejercicio habitual.* — Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto, establecer sucursal o cualquier otro tipo de representación permanente, la sociedad debe acreditar su existencia, o sea que cumplió con los requisitos impuestos para la constitución por la

ley del país de origen; fijar un domicilio en Argentina; someterse a las exigencias de publicidad requeridas por la ley 19.550 para las sociedades argentinas; justificar la decisión de establecer la representación; designar la persona que estará a cargo de la misma; y si constituyera una sucursal, determinar el capital que le asigna cuando ello corresponda en mérito a leyes especiales (art. 118 inc. 3º y siguientes).

En la normativa argentina no se plantea, entonces, la duda que se genera en Uruguay respecto de si los requisitos indicados deben cumplirse por la mera realización habitual de actos comprendidos en el objeto, o si además es necesario establecer una representación permanente para que la sociedad resulte sometida a los mismos.

Haya o no representación permanente, cuando realiza actividad en forma continuada, la sociedad constituida en el extranjero debe cumplir los requisitos señalados.

20. *Capacidad.* — La ley 19.550 no impone restricciones en materia de capacidad, cuando la reconocida en el lugar de constitución es mayor a la que la propia ley argentina reconoce a una sociedad del mismo tipo.

Esta diferencia con la normativa uruguaya puede dar lugar a inconvenientes y debe ser armonizada, porque si en lugar de aplicarse las disposiciones de fuente internacional se aplican las del derecho interno se genera una desigualdad de tratamiento.

Así, por ejemplo, según el artículo 30 de la ley argentina 19.550, una sociedad anónima constituida en ese país, no puede constituir o participar en sociedades que no sean por acciones.

Esta solución fue tomada del *common law*, en donde existen solamente dos tipos sociales, *corporations* y *partnerships*, impidiéndose la participación de unas en otras para evitar su descaracterización. La doctrina argentina ha criticado en forma reiterada su inclusión y la normativa uruguaya no la recoge.

Entonces, como en la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales, ambos Estados reputan aplicables las soluciones de la ley del lugar de constitución, una sociedad anónima uruguaya podría constituir una colectiva en Argentina, pero una sociedad anónima argentina no podría hacer lo mismo en Uruguay —ni tampoco en su propio país de constitución—, generándose una desigualdad carente de justificación entre ambas personas jurídicas.

Podría sostenerse que estando ambos países vinculados por la Convención Interamericana, debe aplicarse el artículo 3 inciso final de la misma, que consagra una excepción no prevista por la ley 19.550, pero ello supondría una discriminación de tratamiento en perjuicio de las sociedades provenientes de los Estados Parte en la Convención, respecto de las creadas en Estados no vinculados, a cuyas sociedades se aplicaría exclusivamente la normativa interna argentina, que no establece límites a la capacidad de la sociedad extranjera.

21. *Constitución de sociedad.* — Una sociedad constituida en el extranjero puede constituir sociedad en Argentina, pero previamente debe acreditar su existencia conforme a la normativa del lugar donde fue creada; inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la de sus representantes legales en el Registro de Comercio Argentino, y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso (art. 123).

En mérito a las dos posibles valoraciones que pueden plantearse respecto de la constitución de sociedad, si es un acto aislado o indirectamente implica ejercicio habitual, esta solución es criticable. Porque en la primera de las posiciones el inciso 2º del artículo 118 permite la realización del negocio jurídico sin imponerle requisito alguno; y en la segunda opción, los incisos 3º y siguientes de la misma norma someten a la sociedad extranjera a una serie de exigencias que conforman un contralor mayor que el impuesto por el artículo 123, quedando éste a mitad de camino entre ambas soluciones, sin comprenderse la razón de su inclusión.

V) REGIMEN PARAGUAYO.

22. *Regulación legal.* — Resultan aplicables a la especie los artículos 1196 a 1201 del nuevo Código Civil paraguayo, que ha unificado la normativa civil y comercial en un texto único, como anteriormente lo hicieran Suiza e Italia, encontrándose a estudio del Parlamento argentino un proyecto del mismo tenor.

23. *Reconocimiento de la existencia y ley aplicable.* — Las sociedades constituidas en el extranjero son regidas, en cuanto a su existencia y capacidad, por la normativa del país de su domicilio, entendiéndose por tal el lugar donde está el asiento principal de sus negocios (art. 1196).

Como puede apreciarse, el sistema paraguayo ha adoptado un punto de conexión diferente del utilizado por la Convención Interamericana y las normativas internas argentina y uruguaya, sin perjuicio de que el criterio para reconocer su existencia es igualmente amplio, no imponiéndose limitación alguna en tal sentido.

El cambio del criterio de conexión, pese a no guardar armonía con la normativa de fuente internacional, y por lo tanto no resultar aplicable a las sociedades creadas en Argentina y Uruguay, resulta igualmente atractivo.

Generalmente lugar de constitución y de domicilio coinciden, pero si así no fuere es más pragmático y justo aplicar la normativa del lugar donde está el asiento principal de los negocios, que la ley del lugar de constitución de la sociedad.

Es evidente que esta afirmación conduce al rechazo de la voluntad de las partes para escoger —indirectamente— la normativa aplicable a la especie, pero responde a la convicción que en materia societaria la intención de los socios de hacer regir la persona jurídica por una ley diferen-

te a la del lugar donde desarrolla actividades, sólo puede atender al propósito de evadir obligaciones, principalmente tributarias.

Por ello valoramos la solución paraguaya como muy positiva, aunque no debe extenderse esta posición al rechazo de los pactos de *lege utenda* en el resto de la contratación comercial internacional, en la cual juegan un rol importantísimo y necesario.

La normativa extranjera no se aplica cuando resulta contraria al orden público internacional (art. 22), y cuando la sociedad creada en el exterior establece su domicilio en Paraguay o su principal objeto está destinado a cumplirse en el país, siendo sometida en ambos casos a la ley nacional (art. 1199).

24. *Actos aislados.* — El Código Civil paraguayo admite la comparecencia de las sociedades extranjeras ante los Tribunales para ejercer las acciones y derechos que correspondan (art. 1196 inc. 2º), e impone requisitos a aquellas que desarrollen en forma habitual actos comprendidos en su objeto (art. 1196 inc. 3º), lo cual genera un vacío legal respecto de la realización de actos aislados.

Desconocemos jurisprudencia sobre el tema, y dado que el Código Civil es de reciente promulgación, es posible que aun no se hayan planteado problemas concretos al respecto.

En nuestra opinión debe aceptarse la realización de actos aislados mediante la exclusiva prueba de la existencia de la sociedad, sin someterla a ningún otro requisito, ya que los mismos no pueden extenderse analógicamente, y además esta interpretación guarda total armonía con las soluciones de Argentina y Uruguay.

25. *Ejercicio habitual.* — Cuando la sociedad constituida en el extranjero realiza actos comprendidos en su objeto en forma habitual, debe establecer una representación con domicilio en Paraguay; acreditar que ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; justificar el capital que asigna a su representación y la forma de ésta (art. 1197).

También esta solución pauta un apartamiento de los sistemas argentino y uruguayo, porque no se permite la realización habitual de actos comprendidos en el objeto social a menos que se establezca una representación permanente en Paraguay.

Y una vez más, el apartamiento nos parece útil, porque si bien en un plano teórico podría suceder que se realizaran actos habituales sin la existencia de un representante permanente, en los hechos es muy difícil que así suceda, e incluso inconveniente, pues puede ser perjudicial para los intereses de quienes contraten con la sociedad.

26. *Capacidad y constitución de sociedad.* — A diferencia de la normativa argentina, la capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero, que es regulada por la ley del lugar del domicilio de las mismas, se encontraría limitada por lo que dispone la legislación paraguaya para las sociedades nacionales del mismo tipo.

La excepción no se establece a texto expreso, como en la ley uruguaya, pero se infiere del inciso 3º del artículo 1196, cuando dispone que para el ejercicio habitual de actos, las sociedades "se ajustarán a las prescripciones establecidas en la República".

Nada impide, por otra parte, que una sociedad extranjera constituya una sociedad en Paraguay o participe de una ya existente; al igual que en la ley uruguaya el punto no fue previsto específicamente por la normativa, por lo tanto nos remitimos a los conceptos ya vertidos al analizar si se trata de un acto aislado o representa la realización indirecta de actividad habitual.

V) REGIMEN BRASILEIRO.

27. *Regulación legal.* — A diferencia de los restantes Estados Parte del MERCOSUR, cuyas legislaciones en la materia están contenidas en cuerpos legales únicos y de reciente data (la ley argentina 19.550 entró en vigencia en el año 1972; el Código Civil paraguayo en 1988; y la ley uruguaya 16.060 en 1980), la normativa brasilera se encuentra dispersa, respondiendo las diferentes disposiciones a momentos históricos muy distintos.

Existen disposiciones aplicables a la especie en el Código Comercial sancionado en el siglo pasado, en las leyes de sociedades por acciones de 1940 y 1976, en la Ley de Introducción al Código Civil de 1942, y hasta en la propia Constitución Federal de 1988, todas las cuales deben ser consideradas y armonizadas.

Sin perjuicio de ello, desde ya debe tenerse en cuenta que el sistema brasilero se organiza en base a concepciones proteccionistas completamente diferentes a las que inspiraron las soluciones vigentes en los restantes países del área, estableciéndose una marcada discriminación entre las sociedades extranjeras y las brasileras, siendo estas últimas las constituidas en Brasil que además tienen su domicilio y administración en el país (art. 60 del decreto-ley 2.627).

E incluso dentro de las sociedades brasileras, se realiza una distinción entre las de "capital nacional", que son aquellas cuyo control efectivo está en carácter permanente bajo la titularidad directa o indirecta de personas físicas domiciliadas o residentes en Brasil, y las controladas por no residentes, favoreciéndose las primeras a través de una serie de disposiciones legales.

28. *Reconocimiento de la existencia y desarrollo de actividades.* — Originalmente, de acuerdo con la normativa del Código Comercial antes de realizar actividades en el territorio brasilero, la sociedad constituida en el extranjero debía registrarse en los Tribunales de Comercio (art. 301 inc. 2º).

Considerando que los requisitos de forma y publicidad impuestos a las sociedades personales creadas en Brasil son escritura —pública o privada— e inscripción registral (arts. 300, 301 inc. 3º y 302 del Código Co-

mercial), se concluye en que a las sociedades extranjeras se imponían los mismos requisitos que a las nacionales, lo que implicaba no reconocerles su existencia en mérito a la ley del Estado donde fueron constituidas y obligarlas a repetir el iter constitutivo en Brasil.

En 1940, para las sociedades por acciones, el decreto-ley 2.627 agregó el requerimiento de obtener autorización del Gobierno Federal para poder desarrollar su objeto en el país, ya fuere que lo hicieren directamente o en forma indirecta a través de filiales, sucursales o participando en sociedades brasileras (art. 64).

La mencionada autorización, además de ser discrecional y de no establecerse plazo dentro del cual la autoridad competente debe expedirse, puede revocarse cuando resulte inconveniente la actuación de la sociedad para la economía brasileras; e incluso al momento de otorgarse la misma, pueden establecerse los condicionamientos que se consideren oportunos para la defensa de los intereses nacionales (arts. 65 y 73 del decreto-ley 2.627).

En 1942, la Ley de Introducción al Código Civil (LICC), al tiempo que dispuso que las sociedades creadas en el exterior se rigen por la ley del Estado donde fueron constituidas, extendió a todos los tipos sociales la obligatoriedad de la previa autorización del Gobierno Federal para poder realizar actividades en Brasil de las personas jurídicas extranjeras, estableciendo además que las mismas estarán sujetas a la ley brasileras en lo que dice relación con su actuación en el territorio nacional (art. 11).

Como puede apreciarse, estas soluciones amparadas en conceptos difusos como son los "intereses nacionales", contrastan de plano con la amplia receptividad de las restantes normativas del área, imponiéndose una urgente armonización de las legislaciones.

29. *Capacidad.* — Es evidente que en el sistema brasileros resulta imposible que a una sociedad constituida en el extranjero pueda reconocérsele una capacidad mayor que la admitida para las sociedades brasileras del mismo tipo.

Muy por el contrario, la normativa consagra numerosas limitaciones que colocan a la sociedad proveniente del exterior en situación desventajosa respecto de las constituidas en Brasil por sujetos que residen en el país.

Así es que incluso cuando el Gobierno Federal autorizara la actuación en el territorio brasileros sin imponer condición limitante alguna, el artículo 173 de la Constitución delega en la ley la posibilidad de proteger la sociedad brasileras de capital nacional, concediéndole beneficios especiales temporarios para la realización de actividades consideradas estratégicas para la defensa nacional, o imprescindibles para el desarrollo del país (conceptos en los que puede incluirse cualquier actividad que se desee), así como tratamiento preferencial en el suministro de bienes y servicios a los poderes públicos.

En el mismo sentido, los artículos 37 a 40 de la ley 4.131 discriminan a las sociedades anónimas cuyo control está a cargo de personas no residentes en Brasil, en materia de concesión de garantías, obtención de créditos y comercialización de títulos de deuda.

30. *Constitución de sociedad.* — La constitución de sociedades en Brasil por parte de sociedades creadas en el extranjero, así como la participación en sociedades brasileras ya constituidas, es considerada como realización indirecta de actividades en el territorio nacional, y por lo tanto queda sujeta a los requisitos antes expuestos (art. 64 del decreto-ley 2.627).

Asimismo, solamente las sociedades brasileras de capital nacional pueden controlar otras personas jurídicas —directa o indirectamente— o comandar un grupo de sociedades (art. 265 de la Ley de Sociedades por Acciones N° 6.404 de 1976).

VII) EMPRESAS BINACIONALES.

31. *Normativa aplicable.* — La concreción del Tratado de Asunción fue producto de un previo proceso integrativo que vinculara exclusivamente a Brasil y Argentina, países que celebraron una serie de Acuerdos bilaterales entre los que se ubica el “Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas”, suscripto en Buenos Aires el 9 de julio de 1990.

Asimismo, con posterioridad a la creación del MERCOSUR y al amparo del artículo 8 del mismo, que habilita a los Estados Parte a celebrar tratados entre sí, siempre que no afecten los intereses de los restantes países participantes, el 30 de octubre de 1992 se suscribió un nuevo “Tratado para el Establecimiento de un Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Paraguayas”, cuyo texto es idéntico al anterior.

32. *Sociedades binacionales.* — Por “Empresas Binacionales” no debe entenderse la realización de obras o actividades en común por parte de dos Estados; muy por el contrario, los Estatutos están dirigidos a la realización de actividades conjuntas entre empresarios de los países participantes, no requiriéndose en absoluto la participación de capitales públicos, y pudiendo tener por objeto cualquier actividad económica permitida por la legislación del país de su sede (arts. I y II).

Además, aunque se utilizó el término “Empresa Binacional”, la fórmula adoptada coincide *in totum* con la definición que del contrato de sociedad realizan el Código Comercial brasiler, la Ley de Sociedades Comerciales argentina, y el Código Civil paraguayo.

Hay pluralidad de sujetos —por lo menos uno residente en Argentina y otro en Brasil o Paraguay— (art. I, num. 2); que realizan aportes en dinero, divisas o bienes (art. IV num. 1); para destinarlos al ejercicio

de una actividad económica (art. II); y con el fin de repartirse los beneficios que resulten (art. VIII num. 1, ap. I, lit. f).

33. *Integrantes.* — Dado que se confiere a las Empresas Binacionales un tratamiento privilegiado, se limita la participación en las mismas de inversores extranjeros a un máximo del 20% del capital social (art. I num. 2 lit. a), e incluso se busca que haya paridad en las inversiones de residentes en Argentina y Brasil, o Argentina y Paraguay, de manera que la riqueza producida sea compartida por sujetos de ambos países (art. I num. 2 lit. b).

Estas soluciones son criticables porque no se compadecen con la actitud que el área ha tenido siempre en relación a las inversiones extranjeras, de las cuales ha sido tradicional receptora, y su inconveniencia resulta aún más relevante porque en este momento la economía mundial se encuentra interrelacionada como nunca antes en la Historia.

Además pecan de poco realistas, porque la puesta en práctica de los contralores necesarios para verificar el fiel cumplimiento de estas limitaciones, generaría una burocracia que acabaría desestimulando la formación de las Empresas Binacionales, cuya promoción es lo que precisamente se procura.

34. *Ventajas de tratamiento.* — Se permite la libre transferencia de los aportes de un país a otro, sean en dinero, divisas o bienes (art. IV num. 3), así como de los bienes que se produzcan; se asegura a las Empresas Binacionales el mismo tratamiento establecido en la legislación interna para las sociedades nacionales en materia tributaria, de acceso a créditos, incentivos o ventajas de promoción industrial, y de acceso a las compras y contratos del sector público (art. V).

También se asume el compromiso de facilitar la movilidad del personal, a través del reconocimiento recíproco de títulos profesionales y de la concesión de autorizaciones de permanencia temporaria y definitiva (art. VII); y se garantiza a los inversores el derecho de transferir las utilidades obtenidas a sus países de origen, y de repatriar sus inversiones sin restricción alguna, "aun en caso de dificultades en los pagos externos" por parte de los Gobiernos (art. VI).

35. *Normativa aplicable.* — Los propios Estatutos contienen varias disposiciones materiales directamente aplicables a las Empresas Binacionales, previéndose incluso menciones imprescindibles que el contrato constitutivo de las mismas debe contener (art. VIII).

Sin perjuicio de ello, no se indica cuál es la legislación aplicable a las Empresas, en todos los aspectos no previstos expresamente, pero de la redacción de diversas disposiciones se infiere que resultan reguladas por la normativa del lugar de su sede (arts. 4 num. 2, 5 num. 1 y 8 num. 1).

36. *Valoración de los Estatutos.* — Considerando que el MERCOSUR no prevé la libertad de tránsito de capitales y personas, que aun resta un cierto tiempo para que el cronograma de desgravaciones relativo a la circulación de bienes llegue al arancel cero, y que la normativa referente al funcionamiento de las sociedades creadas en uno de los Estados Parte en el territorio de los restantes requerirá de importantes ajustes, hemos de concluir en que los Estatutos de Empresas Binacionales son un instrumento positivo y provechoso.

Porque a través de los mismos se consigue inmediatamente la desgravación absoluta en el traslado de bienes aportados y producidos, se asegura a los inversores la transferencia de utilidades y la repatriación de aportes a su país de origen, y se consigue que la sociedad creada reciba trato nacional sin restricción de clase alguna.

VIII) CONCLUSIONES.

37. La libertad de circulación de servicios está indisolublemente ligada al problema societario, y en tanto no se logren soluciones para que las sociedades constituidas en cualquiera de los países del MERCOSUR puedan desarrollar su objeto en toda el área, no se conseguirá que los servicios se suministren en forma fluida.

El hecho de que Brasil ratificara la normativa de fuente internacional no supondría un paso significativo en tal sentido, porque las soluciones de fuente interna de los restantes Estados Parte ya han superado las concepciones de la Convención Interamericana permitiendo la comparecencia en juicio y la realización de actos aislados sin requisito alguno, y sometiendo las sociedades provenientes del extranjero a requisitos muy sencillos previos al desarrollo de actividad habitual.

Es más, la referida adhesión por parte de Brasil no impediría la aplicación de las normas discriminatorias en perjuicio de las sociedades extranjeras, ya que para la realización de actividades, aunque sean aisladas, la Convención Interamericana admite la imposición de requisitos por parte del Estado receptor.

Los Estatutos para la Constitución de Empresas Binacionales, en cambio, pautan otra actitud de los países que los celebran, confiriéndose a las sociedades creadas al amparo de su normativa un tratamiento igualitario con las nacionales, lo que efectivamente anula las soluciones proteccionistas brasileras.

El problema es que la ponderación de inversiones exigida, y la marginación del capital ajeno al área, pueden significar la muerte de la figura, o lo que es peor, la simulación del origen de los capitales participantes, con la consiguiente pérdida de autenticidad del proceso integrativo.

De todas maneras, el camino abierto por las Empresas Binacionales debe ser aprovechado, quizá con la celebración de Acuerdos Multilaterales del mismo tenor entre los cuatro Estados Parte, para luego pasar a buscar soluciones más abiertas y pragmáticas que permitan profundizar la integración.

