

## **ACTUACION EXTRATERRITORIAL DE LAS SOCIEDADES EN EL MERCOSUR**

*Miguel C. Araya*

### **1) La libertad de establecimiento**

#### **Antecedentes**

El Tratado de Asunción no utiliza la expresión “libertad de establecimiento”. Sin embargo constituye un propósito esencial en el Mercosur, ya que se consagra en su art. 1ero. la “libre circulación de factores productivos”.

La libertad de establecimiento, que comprende tanto las personas físicas como jurídicas, prohíbe a los Estados Miembros todo trato discriminatorio en el ámbito de cada uno de los países del Mercado Común.

En los hechos, abre a los operadores económicos la posibilidad de establecer la actividad propia en cualquier país miembro, sin que ello importe agravar su situación jurídica, en relación a la actividad de los operadores del país receptor.<sup>1</sup>

Concretamente, vinculado a las sociedades, la libertad de establecimiento significa la posibilidad de asentamiento de la propia actividad en otro país miembro. Esta libertad puede ejercerse, a través de la transferencia de la sede social, o de modo más frecuente, por la apertura de agencias o sucursales o la creación de sociedades filiales.

El tema, en consecuencia involucra diversos aspectos.

- a) El reconocimiento de sociedades o personas jurídicas extranjeras.
- b) El traslado internacional de la sede social.
- c) El de las condiciones en que se pueden crear en el extranjero filiales o sucursales<sup>2</sup>.

### **2) La libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea**

En la Unión Europea el principio de libertad de establecimiento de las sociedades, tiene un amplio reconocimiento.

El art. 58 del Tratado de Roma, reconoce tal libertad a las sociedades tanto civiles como comerciales y a las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de aquellas que no persigan un fin lucrativo.

Por otro lado, el Tratado en su artículo 220 prevé la necesidad que se adopte un tratado internacional entre los Estados Miembros de la CE para 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

---

<sup>1</sup> Alegría, Héctor – “Reconocimiento, libertad de establecimiento, Sociedades y Mercosur” – en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5 – pág. 421 – Ed. Rubinzal-Culzoni, también en “Sociedades Comerciales y Mercosur” en Anuario de Derecho Comercial – pág. 11 – Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.

<sup>2</sup> María Elsa Uzal – “El Mercosur en el camino de la integración”- Separata de la R.D.C.O. – N° 8 – pág. 14 – Ed. Depalma.

país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes”.

En cumplimiento de este precepto se elaboró el “Convenio de Bruselas del 29 de Febrero de 1968, sobre Reconocimiento Mutuo de Sociedades y demás personas jurídicas”, convenio que, debido a la falta de ratificación por parte de Holanda, nunca ha llegado a entrar en vigor <sup>3</sup>.

Superado el período de transición y declarado el efecto directo de la libertad de establecimiento <sup>4</sup>., la plena consagración de este principio, en relación a las sociedades, se vincula con las cuestiones que aún plantea la transferencia de la sede social a otro país.

En efecto, las agencias o sucursales, como es sabido, son establecimientos desprovistos de personalidad jurídica propia, sin más autonomía que la concedida a estas figuras en el país de origen. En consecuencia continuarán sometidas al ordenamiento de ese país, manteniendo su estatuto societario extranjero. Congruente con esta normativa la Unión Europea ha eliminado todo requisito de autorización previa para su instalación en el ámbito comunitario.

En cuanto a la constitución de filiales de sociedades extranjeras, tradicionalmente los obstáculos se vinculan a los posibles controles en materia de inversores extranjeros y a las limitaciones derivadas de los flujos internacionales de capital. Al haberse afirmado en la Unión Europea la libre circulación de capitales (Directiva 88/361/CEE del 24 de Junio de 1988 para aplicación del art. 67 del Tratado y posteriormente art. 73-A – 734 del Tratado de Maastricht), la constitución de filiales en Europa se hallan enteramente sometidos al país de su constitución, sin trabas adicionales <sup>5</sup>.

En consecuencia, repito, la plena afirmación del principio de libertad de establecimiento en materia de sociedades, se halla trabada en el caso de la transferencia internacional de la sede social.

Existen –como es sabido– dos criterios en Europa para atribuir la nacionalidad a las sociedades: a) La sede social real, que es el propiciado en Alemania, Francia y España; b) El lugar de incorporación, que es el sostenido por Inglaterra y Holanda.

La solución de estos criterios diferentes, se resolvió en el Convenio de Bruselas en 1968, pero como antes se ha referido ese tratado no está vigente, por la falta de ratificación de Holanda.

En consecuencia esa diferencia de criterios aún hoy afecta al principio de libre circulación en materia de sociedades ya que éstas deberían tener el derecho de elegir el lugar de desarrollo de sus actividades, con transferencia inclusive de su sede social, en la medida que ello responda a variables de producción o distribución o a razones personales legítimas <sup>6</sup>.

Los partidarios de la “sede social real” afirman que esa transferencia afecta el derecho de los acreedores, en especial los trabajadores. Además esta concepción

---

<sup>3</sup> José Manuel Sanchez Felipe – Diccionario de términos comunitarios – Libertad de Establecimiento – pág. 197 – Mc Graw Hill.

<sup>4</sup> Alegría, Héctor – “Sociedades Comerciales y Mercosur” – Anuario N° 7 – pág. 14.

<sup>5</sup> Fernández de la Gandara, Luis – Calvo Caravaca, A.L. – “Derecho Mercantil Internacional” – Madrid, 1995 – pág. 152.

<sup>6</sup> Dámaso, Javier Vicente Blanco – “Conferencia sobre transferencia internacional de sede social” – en Rosario, V Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Septiembre 1997.

alienta la generalización del efecto “Delaware” (con referencia al Estado de EEUU que ha sido tradicionalmente más liberal en la regulación del régimen de las corporaciones).

Por lo tanto, afirman que sólo puede operarse la transferencia de la sede social, previa disolución de la sociedad en el país de origen <sup>7</sup>.

Esa consecuencia no es aplicable en la teoría a la incorporación o constitución, que ciertamente es la que permite la más amplia circulación en materia de sociedades y parece, por ello, lo más compatible con su mercado integrado.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia del 27 de Septiembre de 1987 – asunto 81/87 – Daily Mail, resolvió que la libertad de establecimiento consagrada en el art. 58 del Tratado de la CEE, no alcanza al supuesto de transferencia internacional de la sede social, que se halla regulado por el art. 220 de ese Tratado.

No estando en vigor aún el Tratado de Bruselas del año 1968, por falta de ratificación de Holanda, la oposición del Tesoro del Reino Unido a la transferencia de la sede social del Daily Mail a Holanda, era procedente. Como se advierte, en consecuencia, no puede hablarse en estos momentos de una completa libertad de establecimiento de sociedades en el interior de la Unión Europea <sup>8</sup>.

### 3) La libertad de establecimiento de Sociedades en el Mercosur

a) El tema de actuación extraterritorial de las sociedades constituye un clásico tema del Derecho Internacional Privado. La República Argentina, como es sabido, tiene un régimen específico en la ley de Sociedades Comerciales (Ley 19.550 y su reforma 20.093, arts. 118 a 124) y ha celebrado Tratados Internacionales vinculados a este tema (Tratado de Derecho Comercial Internacional – año 1889 – Reforma al Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 y Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Comerciales – año 1979 – Montevideo).<sup>9</sup>

Esta problemática se enriquece ahora, a partir de la suscripción del Tratado de Asunción de 1991 y al propósito allí consagrado de afirmar “la libre circulación de factores productivos” (art. 1º Tratado de Asunción).

b) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Comerciales – CIDIP II).

Los antecedentes de esta Convención son los Tratados de Montevideo de 1989 y de 1940, sobre tema de Derecho Civil Internacional, que incluyen una declaración general sobre la capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado.

Fundamentalmente el Tratado de 1940, sujeta a las personas jurídicas de carácter privado en cuanto a su existencia y capacidad a las leyes de su domicilio (art. 4). Ha sido ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, entre otros.

De mayor significación para el tema que nos ocupa, son los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, sobre temas de Derecho Comercial Internacional. El pri-

<sup>7</sup> Pilar Blanco Morales Limones – “La transferencia internacional de la sede social” – Ed. Aranzadi – pág. 144/145.

<sup>8</sup> José Manuel Sanchez Felipe – Ob. Cit. – pág. 197.

<sup>9</sup> Boggiano, Antonio – “Sociedades y Grupos Multinacionales” – pág. 257 y Rovira, Alfredo – “Sociedades Extranjeras” – Abeledo Perrot – pág. 45.

mero de ellos establece que las sociedades o asociaciones que tengan el carácter de personas jurídicas se rigen por la ley del domicilio para: las formas de constitución, las relaciones entre socios y de la sociedad con terceros, la determinación de su capacidad y el régimen aplicable (art. 4, 5 y 6).

En cuanto a su reconocimiento establece que serán reconocidas tales entidades de pleno derecho en los demás Estados, y en consecuencia hábiles para ejercitar derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante Tribunales (art. 5).

El Tratado del año 1940, ya sólo con referencia a sociedades comerciales, reitera que tales sociedades se regirán por las leyes del Estado de su domicilio comercial, asumiendo también que en el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto social se sujetaron al régimen del Estado en que lo realicen. Agrega que el reconocimiento de tales sociedades significa su aptitud para realizar actos de comercio y estar en juicio y que los representantes adquieren la misma responsabilidad que los administradores de sociedades locales (arts. 6, 7 y 8).

El Tratado más significativo es la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles, elaborada en la Segunda Conferencia especializada sobre Derecho Internacional Privado, realizada en Montevideo en el año 1979 (CIDIP II)<sup>10</sup>. Esta convención ha sido ratificada por los cuatro países integrantes del MERCOSUR (En Argentina ley N° 22.921 - En Brasil en el año 1996. Sin embargo en este país no está aún vigente).

En esta convención se dispone, en primer lugar, que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución, entendiéndose por tal, la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades (art. 2).

Más abajo expresa que “las sociedades debidamente constituídas en un Estado, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados (art. 3)”. Sin embargo, la capacidad de las sociedades así reconocidas no puede ser mayor que las que el Estado de reconocimiento otorgue a las propias (art. 3).

El art. 4 prevé dos aspectos que –en alguna medida ya estaban analizados en las convenciones anteriores: en primer lugar que el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social quedará sujeto a la ley del Estado donde se realicen; en segundo lugar, que esa misma ley del lugar de realización de los actos se aplicará al control que una sociedad que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado.

También prevé la Convención el cambio de sede a otro país, en cuyo caso pueden ser obligadas a cumplir los requisitos de la legislación del nuevo domicilio (art. 5) la competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar de cumplimiento de los actos, en caso de ejercicio directo o indirecto del objeto social en otro Estado distinto del de su constitución (art. 6) y la “reserva de orden público” en el sentido que no aplican algunas normas declaradas aplicables por la Convención, cuando un Estado la considere “manifiestamente contraria a su orden público” (art. 7) <sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Gagliardo, Mariano – “Sociedades en el Mercosur” – pág. 60.

<sup>11</sup> Rippe, Siegbert – “Sociedades Comerciales” – pág. 94.

Esta Convención cumple en el Mercosur la función que en la Unión Europea debía cumplir la Convención de Bruselas del 9 de Febrero de 1968.

c) Las legislaciones nacionales:

Cada país integrante del Mercado Común del Sur, tiene sus propias normas, aplicables a las sociedades constituídas en el extranjero<sup>12</sup>.

Argentina: En la República Argentina, ley 19.550 y su reforma 22.903, arts. 118 a 125; en Brasil, decreto N° 2627 del año 1940; en Paraguay, en el Código Civil, arts. 1196 a 1201 y en Uruguay, en la ley 16.060, arts. 192 a 198.

Comparando estas reglas se advierten similitudes en las legislaciones de Argentina y Uruguay. En estos países se acepta el principio de la constitución en materia de sociedades, expresándose que las mismas se rigen por las leyes del Estado conforme el cual se han constituido. Se reconoce el ejercicio de actos aislados sin cumplimiento de requisitos formales que sí, en cambio, son exigibles para la realización de actos habituales, comprendiendo éstos la instalación de sucursales o representaciones, que incluyen la inscripción registral y la constitución de domicilio especial.

En Paraguay, en cambio, el artículo 1196 del Código Civil, establece que las sociedades constituídas en el extranjero, se rigen en cuanto a su existencia y capacidad por las leyes del país de su domicilio. Esta constituye la diferencia más significativa del régimen paraguayo, que por lo demás, en su regulación de las sociedades constituídas en el extranjero, sigue similares criterios al de los países anteriormente nombrados (arts. 1197, 1198, 1199, 1200 y 1201 del Código Civil). Ese criterio del legislador paraguayo, contradice, sin embargo, la regulación de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Comerciales, que Paraguay ha ratificado.

Las diferencias de criterios, substancialmente, son más marcadas con Brasil, ya que requiere autorización gubernamental para cualquier actuación en ese país de sociedades extranjeras (art. 64 del decreto ley N° 2647 del 26 de Setiembre de 1940, art. 4, párrafo X de la ley N° 8934 del 18 de Noviembre de 1994, artículo 4, párrafo X del decreto 1800 del 30 de Enero de 1996 e instrucciones normativas N° 58 y 59 del 13 de Junio de 1996, del Director del Departamento Nacional de Registro de Comercio).

## **4. Problemas que plantean las sociedades constituídas en el extranjero en el Mercosur**

### **4.1. Reconocimiento de Sociedades**

Conforme el art. 3 de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles, éstas debidamente constituídas en un Estado, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados.

---

<sup>12</sup> Aguinis, Ana María – “Empresas e inversiones en el Mercosur” – pág. 29 – Ed. Abeledo Perrot – Ferro Ilardo, Susana – “Actuación de sociedades extranjeras. Necesidad de captar las necesidades empresariales a los efectos de realizar una armonización legislativa eficaz, en Sociedades y Concursos en el Mercosur” – pág. 235 – Ed. Ad Hoc. - ; Benseñor, Norberto – “Reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad

Este derecho de reconocimiento implica en sí mismo, ciertas consecuencias inmediatas: la posibilidad de invocar asistencia jurídica cada vez que debe actuar como titular de derechos y obligaciones fuera de su país, estar en juicio, adquirir la calidad de parte en contratos internacionales<sup>13</sup>. En realidad el ejercicio de estos actos, puede vincularse al principio de libre prestación de servicios, también objetivo del Tratado de Asunción, aunque diferenciado del principio de libertad de establecimiento<sup>14</sup>.

## 4.2. Traslado Internacional de la sede social

El tema abarca el derecho de una sociedad de trasladar su domicilio fuera del país de su constitución, problema que roza también las fusiones transaccionales.

Como antes se ha dicho, este tema constituye la restricción más severa a la libertad de establecimiento en la Unión Europea (asunto Daily-Mail).

En nuestro ámbito (más allá de las dificultades prácticas que originan las cuestiones fiscales) la ratificación por los cuatro países del Convenio de Montevideo de 1979, abriría posibilidades ciertas de concreción.

Se debe destacar en este sentido que los cuatro países del Mercosur, optarían por la teoría que asigna la ley personal a las sociedades en función del lugar de su constitución, entendiendo por tal, la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades (art. 2 – CI sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles).

Conforme a ese criterio, el principio de libre establecimiento de sociedades opera sin mayores restricciones, ya que basta trasladar la sede social a otro Estado, para cambiar de ley personal sin que ello obligue ni la disolución de la sociedad ni la pérdida de la personalidad jurídica, cuestiones que suscita el tema en Europa.

Cabe hacer notar, además que la cuestión está expresamente regulada y resuelta en el art. 5 de la Convención que estamos considerando, en términos sin dudas positivos.

En efecto allí se dispone que: “Las sociedades constituídas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último”.

De tal manera la adopción de la tesis de lugar de constitución, se matiza en el caso de transferencia de la sede social, supuesto en el cual el Estado de acogida queda facultado para hacer cumplir, previo a la registración, las normas imperativas de su legislación.

---

constituída en el extranjero en Sociedades y Concursos en el Mercosur” – pág. 253 – Ed. Ad Hoc y Benseñor, Norberto – “Actuación extraterritorial de sociedades constituídas en el extranjero. En Negocios Internacionales y Mercosur” – pág. 145 – Ed. Ad Hoc.

<sup>13</sup> Alegría, Héctor – “Sociedades Comerciales y el Mercosur” – Anuario de Derecho Comercial N° 7 – pág. 12 – FUD – Montevideo – Año 1996.

<sup>14</sup> José Manuel Sanchez Felipe – “Libertad de establecimiento en “Diccionario de términos comunitarios” – pág. 194 – Ed. Mc Graw Hill.

Esta solución ha sido favorablemente recibida en doctrina especializada que califica el modelo como “.....una versión corregida del principio de incorporación, inspirado en la reserva del orden público”<sup>15</sup>.

### **4.3. Creación en el extranjero de sucursales y filiales**

#### **4.3.1. Sucursales, representaciones permanentes**

En Argentina, Paraguay y Uruguay la instalación de establecimientos secundarios de este orden por parte de sociedades constituídas en el extranjero, no presenta dificultades adicionales.

En esos supuestos, en general se impone la inscripción en el Registro Público de Comercio y la indicación de las personas que lo administraron. Además, la obligación de llevar una contabilidad separada (art. 193 y 194 – Ley 16.060 de Uruguay y art. 118 a 124 – Ley 19.550 y su reforma).

El problema mayor se origina con Brasil, quien mantiene aún una antigua legislación que presupone la previa autorización estatal, lo que claramente implica una asimetría a eliminar, en tanto afecta el principio de libre establecimiento (ley 2627/40 y disposiciones antes citadas).

#### **4.3.2. Filiales**

El tema de la constitución de sociedades filiales se relaciona a posibles controles de las inversiones extranjeras y a las limitaciones impuestas a la libre circulación de capitales.

En relación al primero de los aspectos, si bien el régimen legal se ha liberalizado notablemente en el Mercosur (en menor grado, en Brasil) no debe olvidarse las limitaciones que cada país ha establecido, para determinadas áreas (ver Protocolo de Colonia para la promoción y protección de inversiones en Mercosur– año 1994, Anexo –punto 1 y 2).

Con referencia al segundo aspecto tanto Argentina, Paraguay y Uruguay han liberalizado la entrada y salida de capitales, mientras que Brasil mantiene aún restricciones de control de cambios, a pesar de la propuesta de Mercosur/CMC/ Dec. 8/93 de Reg. Mínima del Mercado de Capitales que apunta a un régimen sin restricciones al menos para los países del área<sup>16</sup>.

### **Conclusiones**

1. El proceso avanzado de integración económica que significa el Tratado de Asunción, origina una más intensa actuación de las sociedades constituídas en cada país, en los restantes países del área.

---

<sup>15</sup> Pilar Blanco Morales Limones – “La transferencia internacional de la sede social” – pág. 60.

<sup>16</sup> Dromi, R. – “Código del Mercosur” – pág. 1263.

2. El Tratado de Asunción de 1991, al asegurar la libre circulación de factores productivos, implica garantizar para todas las sociedades constituídas en el área, la libertad de establecimiento.

3. La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles –Montevideo- 1979, asegura razonablemente esa libertad de establecimiento, por lo que alentamos su aplicación efectiva en los cuatro países del área.