

LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN

NATALIA ANDREA GÓMEZ

I. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. IMPLICANCIAS EN LOS ÁMBITOS INTEGRADOS.

El objetivo de la presente ponencia es el análisis de la libertad de establecimiento de las sociedades en los ámbitos de integración con particular referencia a la experiencia europea (Comunidad Económica Europea) y latinoamericana (MERCOSUR).

Se ha afirmado en reiteradas oportunidades que la libertad de establecimiento constituye uno de los pilares básicos de las libertades comunitarias y de la integración económica.

Ello se debe a que, tal como es concebida la integración de las comunidades hoy en día, cada vez más depende, en lo que respecta a su fase económica al menos, de la actuación de las sociedades multinacionales más allá de las fronteras de los países que han regido su creación.

Como bien se ha afirmado *"la integración latinoamericana depende de la actividad empresarial dirigida a satisfacer las necesidades del mercado regional"*.¹

¹ SALERNO, Marcelo, *Treinta años de integración latinoamericana: perspectivas jurídicas y*

“La intensificación del tráfico comercial y la complementación industrial en espacios económicos ampliados se manifiesta, en este sentido, como el resultado de la utilización de los instrumentos de integración adecuados”²

Resulta claro, entonces que, es indispensable dotar a uno de los principales instrumentos del desarrollo de la actividad económica, la empresa, con su forma jurídica cristalizada en la sociedad, de elementos que faciliten su accionar, aún más allá de las fronteras de su estado de origen.

En lo que respecta al MERCOSUR, en palabras de Atilio Alterini y M. C. Boldorini³, el Mercado común *debería*, en la actualidad, sumar a la unión aduanera la libre circulación de factores productivos, el capital, el trabajo y los servicios.

Antes que nada, debemos partir de una cuestión fundamental: lo escueto de la normativa del Tratado de Asunción frente a lo relativamente amplio del Tratado de la Comunidad Europea.⁴

A diferencia de Asunción, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no concibe el Mercado Común como un fin en sí mismo, sino, como medio para llegar a otros fines: cohesión política económica y social con el consiguiente mejoramiento del nivel de vida de los Estados miembros en todos esos aspectos; no solo en lo económico.

Por el contrario, el Tratado de Asunción tiene menor alcance.⁵

En el Tratado de Asunción, no contamos con una norma específica que refiera a la libertad de establecimiento de sociedades, solo tenemos la genérica definición, en el artículo 1, de lo que implica el Mercado Común: *“La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países....”*.

A pesar de la evidente carencia de una definición de derecho de establecimiento, necesariamente y, para ser coherentes en la interpretación del Tratado de Asunción, donde *“los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común...”*; la libertad de circulación de bienes, servicios y factores productivos, referida en el artículo 1 comprende el

empresarias”, LL, 1991-D, 1104.

² RADZYMINSKY, Alejandro, *“Sociedades Multinacionales y Procesos de Integración Económica”*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 1988.

³ ALTERINI, Atilio A., y, BOLDORINI, María C., *“MERCOSUR Estructura General”*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, página 48.

⁴ ALEGRIA, Héctor, *“Reconocimiento, libertad de establecimiento, sociedades y MERCOSUR”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario número 5, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, Sección Derecho Comunitario, página 440.

⁵ HIGHTON, Elena I, y, LAMBOIS, Susana E., *“Unificación y efectividad del Derecho en los países del MERCOSUR”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario número 6, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, Sección Derecho Comunitario, página 436.

reconocimiento y libertad de establecimiento de sociedades y otras personas morales que actúen en el ámbito integrado. Por ende, el derecho de establecimiento tiene rango de norma comunitaria.⁶

Cuestión diferente es determinar si dicha norma, en tanto referida a la libertad de establecimiento de sociedades, tiene *efecto directo* en el ámbito del MERCOSUR. De otra manera: ¿Puede hoy en día una sociedad Argentina, constituida conforme la ley Argentina, y con domicilio social en Argentina, trasladar su sede a otro Estado, manteniendo la unidad del estatuto societario adquirido?.

Por otra parte, ¿Podemos hablar, de la vigencia en el ámbito del MERCOSUR de la *regla de tratamiento nacional*, consecuencia necesaria del ejercicio del derecho de establecimiento sin discriminaciones o restricciones en el Estado de acogida?.

Europa, a diferencia de Latinoamérica, transita el paso posterior al Mercado común: la Comunidad económica, mercado común con el agregado de la armonización de las políticas macroeconómicas de los miembros, situación que se acentúa por el Tratado de Maastrich de 1992.

En el Tratado de la Comunidad Europea existe una norma, la del artículo 48, que consagra expresamente el ejercicio de la libertad de establecimiento.

Por otra parte, ha sido muy prolífica la actividad del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que respecta a la consagración efectiva del ejercicio de la libertad de establecimiento.

El problema en Europa es la divergencia interpretativa que le otorgan los jueces nacionales a las normas del TCE, a la luz de lo consagrado por las normas de derecho interno de sociedades de los Estados miembros; normas que son muy dispares. Ello sumado a una, crónica carencia de iniciativas legislativas o convencionales tendientes a lograr la armonización del derecho de sociedades, en lo concerniente a la libertad de establecimiento en forma principal, logró que el tema fuera constantemente postergado. Actualmente, existe un pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto "Centros Ltd"⁷, que ha marcado un "antes" y un "después" en la interpretación de la libertad de establecimiento, pero, aún prosiguen con intensidad las discusiones en torno al traslado de la sede social sin ruptura de la unidad del estatuto societario y, respecto al efecto que esa sentencia puede producir sobre las legislaciones que adoptan el modelo de sede real.

⁶ ALEGRIA, Héctor, *ob. citada*, página 441.

⁷ STJCE "Centros Ltd.", del 09 de marzo de 1999, asunto C-212/97.

II. DEFINICIÓN DE LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO. RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO Y LA DETERMINACIÓN DE LA LEX SOCIETATIS.

Ana María de Aguinis⁸, define la libertad de establecimiento como la posibilidad de que cualquier sociedad constituida en un país sea admitida en otro país miembro, con plenitud de derechos y obligaciones, facultades y deberes, sin perder sus atributos en el país de origen.

La libertad de establecimiento refiere a la actuación de "*Sociedades multinacionales*", cuyos contactos se encuentran vinculados a una pluralidad de Estados.⁹

Debe diferenciarse, a su vez, la admisión al establecimiento, funcionamiento y, en general al ejercicio permanente de la actividad social en el territorio de otro Estado miembro; del acto reconocimiento de la capacidad de la persona jurídica.¹⁰

El reconocimiento constituye un expediente técnico para determinar, si se admite o no en un determinado orden jurídico, una situación jurídica concreta creada validamente al amparo de otra legislación.

De acuerdo a Cerexhe, Etienne¹¹, el derecho de establecimiento se sitúa al nivel del ejercicio de la actividad económica, e implica la posibilidad de una persona moral de establecerse en el extranjero de manera permanente para ejercer una actividad económica; sea que ella establezca su principal establecimiento, sea que ella cree establecimientos secundarios.

Abarca, a su vez, dos importantes facetas: la apertura de agencias o sucursales y la creación de sociedades filiales. En estos casos, la empresa no cambia de sede, limitándose a la apertura de agencias o sucursales y la creación de filiales en el Estado de acogida. La personalidad jurídica la sigue conservando la agencia madre y, el asentamiento en otro estado miembro tiene por objeto la realización de ciertas actividades que no tienen por que ser las principales. La agencia o sucursal sigue estando sometida al ordenamiento del Estado en el que radique la casa matriz.

La otra faceta del establecimiento, denominada "a título princi-

⁸ DE AGUINIS, Ana María, "*Empresas e Inversiones en el MERCOSUR*", Editorial Abeledo Perrot, B.A., 1992, página 26 y 27.

⁹ RADZYMSKY, Alejandro, *ob. citada*, página 94.

¹⁰ DE AGUINIS, Ana María, *ob. citada*, página 26.

¹¹ CEREXHE, Etienne, citado por ALEGRÍA, Héctor, "Revista de Derecho Privado y Comunitario" número 5, "Reconocimiento, Libertad de Establecimiento, Sociedades y MERCOSUR", Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1994, página 421.

pal”¹², abarca, la transferencia de la sede social sin romper los lazos con el país de origen, es decir, manteniendo la personalidad jurídica reconocida en el Estado de origen.

El principal problema que surge en un supuesto de actuación de sociedades dentro de un marco de integración económica es, saber cual será el derecho que determinará el estatuto societario de la persona jurídica, o, en otras palabras, que conjunto de normas habrá de regir la constitución, la vida, la disolución y, la liquidación de aquellas sociedades vinculadas con diversos ordenamientos jurídicos en ese marco de integración.

Este problema es esencial puesto que, de la Teoría que se adopte para regir la personalidad societaria, dependerá luego que tal sociedad, creada; nacida, al amparo de la legislación de un Estado miembro, pueda ser reconocida para ejercer algunas, o todas sus actividades en otro Estado miembro.

En el *modelo de sede real* la *lex societatis* es la ley del Estado en cuyo territorio se localiza la sede real de la sociedad con independencia de que se haya constituido o no conforme al derecho de ese Estado. En cambio, para la *teoría de la constitución-incorporación*, la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo derecho se ha constituido la sociedad. El criterio determinante es la voluntad de los socios, pues estos pueden determinar libremente el estatuto aplicable a la sociedad.

Para el Modelo que toma como *lex societatis* aquella del lugar de constitución de la sociedad, una sociedad extranjera se reconocerá si se ha constituido adecuadamente conforme al derecho escogido por los socios. Se ha sostenido que el criterio valorativo que inspira este modelo es el *favor recognitionis de “tipos societarios extranjeros”*.¹³ Lo cierto es que, el postulado de la unidad del estatuto societario se cumple conforme este modelo, y es factible la transferencia de la sede social.

En el modelo de la sede real, en cambio, el problema del reconocimiento se resuelve a partir de la relación entre Estado de sede real y Estado de constitución-incorporación. Si ambos coinciden, y la sociedad se ha constituido válidamente conforme ese derecho, se reconoce. En cambio, si no se da esa identidad, pese haberse constituido conforme al derecho del Estado de incorporación, la sociedad extran-

¹² BLANCO-MORALES, P., “*La transferencia internacional de sede social*”, Pamplona 1997, página 147.

¹³ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., “*La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE, algunas cuestiones del Derecho Internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 09 de marzo de 1999*”, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid,, página 653.

jera no va a ser reconocida como tal, ya que no se ha constituido conforme al derecho del lugar donde tiene su sede real.

En realidad, de ser coherentes con los principios que inspiran la idea de la integración económica de los Estados, reconocimiento y aplicación del estatuto societario, deberían ser una misma cosa. Es decir, recurriendo a palabras de Fernández de la Gandara y Calvo Caravaca¹⁴, la aplicación del artículo 48 del Tratado de la Comunidad Europea debería suponer, al menos implícitamente, el *reconocimiento automático* por los demás Estados de las personas jurídicas que se benefician de la libertad de establecimiento en él formulada. Postularía, el artículo 48, un *principio de reconocimiento mutuo* de las sociedades que operan dentro de la Comunidad Europea

Pues bien, las legislaciones societarias europeas, inclinadas al modelo de sede real han contribuido a destruir ese principio de reconocimiento mutuo, sumando a las condiciones exigidas en el T.C.E para el ejercicio de la libertad de establecimiento, otras que se han convertido en obstáculo al derecho de establecimiento en forma principal.

III. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA UNIÓN EUROPEA.

En el Tratado de la unión Europea, la libertad de establecimiento deriva, en primer lugar, del genérico principio de no discriminación de los nacionales de un Estado Miembro por otro Estado Miembro, y, la asimilación en su trato a los nacionales del Estado donde se pretende la radicación, prohibiéndose las restricciones a tal principio. En su segunda parte el artículo 43, estipula que la libertad de establecimiento abarca "el acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, especialmente de Sociedades", remitiéndose al artículo 48 que las define.

El artículo 44 luego enumera las medidas que son consideradas más adecuadas para eliminar las restricciones al efectivo ejercicio de la libertad de establecimiento. La vía de aplicación de esas medidas que, propenden a la eliminación progresiva de las restricciones a la libertad, es la *Directiva*.

La elección de la directiva se inserta en el marco de distribución de competencias en esta materia entre los Estados miembros y la Comunidad, en tanto la directiva obliga al Estado destinatario en cuanto

¹⁴ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Luis, Derecho Mercantil Internacional, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, página 92.

al resultado, pero deja librado a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios de ejecución.¹⁵

La más relacionada al tema del establecimiento es la *undécima directiva* (89/666) del 21/12/89, que reguló la publicidad debida por la sucursal cuando la casa matriz está sujeta al derecho de otro Estado miembro.

En lo referente a la posibilidad de traslado de la sede social a otro Estado Miembro para realizar las actividades principales, sin que ello implique nueva constitución en el estado de acogida, el artículo 48¹⁶ del Tratado, en una lectura simple y sin prejuicios, proclama la posibilidad del ejercicio de tal traslado sin que ello implique la pérdida de la personalidad jurídica en el país de origen.

Las personas jurídicas que se hayan constituido de conformidad a la legislación de un Estado Miembro y tengan la sede principal de sus actividades en el ámbito de la Comunidad Europea son equiparadas, en su tratamiento, a los nacionales del Estado Miembro en el que pretendan su reconocimiento. Tal es el sentido esencial del artículo 48.

Nada más se exige para que una sociedad realice sus actividades en un Estado diferente al estado en el que posee su sede social: constitución de acuerdo a un Estado Miembro y sede principal en otro. Es criticable, sin embargo, que el artículo 48 no defina un único punto de conexión atributivo de la personalidad societaria. La "sede social, administración central o centro de actividad principal" en la comunidad, funcionan, indistintamente, como criterios de conexión que, posibilitan en las personas jurídicas, una remisión normativa y permiten identificar la *lex societatis* aplicable.

Con estas mínimas exigencias estaría consagrando el Tratado la realización de la libertad de establecimiento en su más pura esencia, permitiendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los socios al constituir la Sociedad de acuerdo a la legislación que más convenía a sus intereses (por cuestiones fiscales, impositivas, etc.), pero teniendo la posibilidad, en ejercicio de esa voluntad de elegir otro Estado para el desarrollo efectivo de las principales actividades.

Esto que parece un razonamiento de derivación puramente lógica, sin embargo, en el ámbito europeo tuvo reñidas interpretaciones que llegaron, inclusive, a denegar el reconocimiento de la personali-

¹⁵ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel Derecho, 5ta. Edición actualizada según el Tratado de Ámsterdam, Barcelona, 2000, página 188.

¹⁶ Artículo 48 TCE: "*Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la comunidad quedarán equiparadas a los efectos de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.*"

dad jurídica de una sociedad por el solo hecho de no estar constituida conforme a la legislación del Estado de la sede real (Teoría de la sede real como atributiva de la personalidad societaria).

La Comunidad Europea, postergó en numerosas oportunidades la armonización del derecho de sociedades de los Estados Miembros. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia del 27/09/88: *Daily Mail*¹⁷, asunto 81/87, consagró la postura de mantenerse al margen de dar una interpretación a los artículos 43 y 48 del T.C.E, entendiendo que lo estipulado por cada Derecho interno de los Estados miembros no podía modificarse hasta tanto se dieran las actuaciones legislativas o convencionales que, expresamente se refirieran a ello.

Expresamente, se proclama en uno de los apartados de esta sentencia que, cuando las legislaciones nacionales exigen como vínculo de conexión no solo el domicilio social, sino también la sede real (Teoría de la sede real), el desplazamiento de la administración central fuera del territorio supone la disolución previa de la sociedad.

En esta sentencia permitió, el Tribunal que se trate con extremo rigor la transferencia de la sede social dado que, en el caso de Estados miembros que adopten en su legislación la teoría de la sede real, la previa disolución será necesaria.

El proyecto de Decimocuarta Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al "Traslado de la sede de las sociedades de un Estado Miembro a otro con cambio de la legislación aplicable"; nos adelanta un contenido no muy promisorio, si tenemos en cuenta que lo deseable sería lograr el traslado de la sede social manteniendo la legislación adquirida en el Estado de origen.

Importa destacar que este proyecto, que no entró en vigencia, adopta el mismo criterio que la sentencia "Daily Mail": En la Exposición de Motivos, expresamente, se declara mantener la jurisprudencia sentada en ese caso, de manera que no se estipula un criterio determinante que produzca la tan necesaria labor armonizadora, sino que se mantienen los criterios de atribución de *lex societatis* de cada estado miembro.

¹⁷ STJCE "Daily Mail", asunto 81/87, del 27/09/88: "El Tratado considera la disparidad de las legislaciones nacionales acerca del vínculo de conexión impuesto a las sociedades constituidas con arreglo a aquéllas, así como la posibilidad, y en su caso las modalidades de traslado de la sede, formal o real, de dichas sociedades de un Estado miembro a otro, como problemas que no están resueltos por las normas sobre el derecho de establecimiento, sino que deben serlo mediante actuaciones legislativas o convencionales, que, sin embargo, no han llegado a término. En estas circunstancias, los artículos 52 y 58 del Tratado deben ser interpretados en el sentido de que no confieren, en el estado actual del Derecho Comunitario, derecho alguno a una sociedad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro y que tenga en éste su domicilio social, a trasladar su sede de dirección a otro Estado miembro".

En la base de este proyecto y, en el espíritu de la sentencia Daily Mail, subyace la filosofía de cierta doctrina que, apoyada en el artículo 293 del Tratado, entiende que hasta tanto no se den las actuaciones convencionales y legislativas que propugnaría dicho artículo, el traslado de la sede social con mantenimiento de la personalidad societaria, no será una realidad palpable¹⁸.

La armonización en este tema sería imposible de lograr, puesto que significaría afectar de forma significativa normas ya arraigadas en los Estados miembros, es decir las referentes al modelo de sede real o de la incorporación. Obligaría, por ello, a decantar a nivel comunitario por el criterio de la sede real o por el de sede estatutaria. Esta definición por una única teoría a nivel comunitario es lo que se ha postergado por demasiado tiempo. Los Estados miembros de la Comunidad Europea se han mostrado renuentes a definir con un único concepto la *lex societatis*.

El artículo 293 insta a los estados miembros, en tanto ello sea necesario, a entablar negociaciones tendientes al reconocimiento de las sociedades del artículo 48, o al mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de la sede de un país a otro.

Lo cierto es que, la aplicación de este artículo, obsérvese su redacción: "*en tanto sean necesarias*", es claramente subsidiaria y subordinada a la existencia de una necesidad objetiva y, a la imposibilidad de satisfacer esta exigencia por el cauce técnico de reglamentos y directivas. No puede tomarse la vía de la convención que presupone este artículo, como única forma de lograr la unificación en la materia.

Cabe señalar, como parte de la labor armonizadora emanada de los órganos comunitarios europeos, la reciente sanción, por el Consejo Europeo, del *Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea*. La entrada en vigor del mismo debe aplazarse hasta que todos los Estados miembros puedan incorporar en su Derecho Nacional las disposiciones de la Directiva que complementa el Estatuto de la Sociedad Anónima en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. *Resulta interesante su análisis, como posible modelo a adoptar en el ámbito del MERCOSUR.*

El ámbito de aplicación del Estatuto Europeo se dirige a posibilitar que se constituya la Sociedad Europea para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o creen una sociedad holding, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación

¹⁸ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, catedrático de la Universidad de Granada; "El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia "Centros": La relevancia de la sede real en el ámbito comunitario", Anuario Español de Derecho Internacional Privado, T.O. 2000, página 115-157.

de Estados miembros diferentes, la posibilidad de crear filiales comunes. Asimismo, se permite que una sociedad anónima pueda transformarse en Sociedad Europea sin pasar por la disolución, cuando esta sociedad tenga su domicilio y su administración central en la Comunidad y una filial en un Estado miembro distinto del de su domicilio.

Este proyecto, sin embargo, se inclina en forma evidente a la Teoría de la sede real. Expresamente se indica, en la exposición de motivos, que para la Sociedad Europea se adopta el régimen de la sede real (apartado 28 de la exposición de motivos).

Los apartados 2 a 13 del artículo 8 se dedican al tema del *traslado del domicilio social*. Coherente con la Teoría de la sede real, se establece que el domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, *en el mismo Estado miembro que su administración central*. Se afirma que el traslado del domicilio social de la SE (sociedad europea) a otro Estado miembro no dará lugar a la disolución de la sociedad ni a la creación de una nueva persona jurídica.

Sin embargo, es evidente que el cambio de sede acarreará el cambio de la legislación aplicable a la sociedad, aunque expresamente el Reglamento no mencione tal consecuencia. Ello implica, no solo la ruptura de la unidad del Estatuto societario, sino, además, postular la creación de una nueva persona jurídica, al permitir que se aplique enteramente la legislación del Estado de recepción.

Se exige a la Sociedad que pretenda trasladarse, la elaboración, a cargo del órgano de dirección o de administración, de un *proyecto de traslado*, (apartado 2 del artículo 8), en el que se expliquen los aspectos económicos y jurídicos del traslado y se expongan las consecuencias para accionistas, acreedores y trabajadores. Debe especificarse también, el domicilio social propuesto, los estatutos, la repercusión que pueda tener el traslado para los trabajadores, las fechas del traslado y todo tipo de derechos previstos para la protección de accionistas y terceros.

La autoridad competente del domicilio social expedirá un certificado que acredite el cumplimiento de todas las exigencias previas al traslado.

El traslado solo surtirá efecto en la fecha en que se haya inscripto la sociedad en el registro del nuevo domicilio. En los Estados miembros se publicarán la inscripción y la baja respectiva, y solo surtirán efectos frente a terceros desde la inscripción. Como vemos, en lo referente a la forma de inscripción de la sociedad se adopta un sistema semejante al del Proyecto de Decimocuarta Directiva.

Según Alejandro Radzyminsky¹⁹, el reglamento de la sociedad europea constituye una iniciativa de aplicación de normas materiales de derecho internacional privado y, han motivado que se hable de una resurrección de la “lex mercatoria”.

La sanción de un reglamento de este tipo permitirá abrir paso a la verdadera armonización. Sin embargo, es criticable que no se haya rigido por el modelo de la constitución.

Del análisis efectuado hasta aquí, puede verse que, la reticencia a lograr una verdadera armonización de los criterios atributivos de la *lex societatis*, sumada al criterio implantado por la jurisprudencia del Tribunal de justicia de las Comunidades en la sentencia “Daily Mail”, logró que la libertad de establecimiento ejercida en forma principal fuera de imposible realización en la práctica de traslado de las sociedades europeas, vaciándose y desvirtuándose el contenido clave de esa libertad.

Tal tendencia a la negación de la personalidad de las sociedades que pretenden ejercer sus actividades manteniendo su sede social en el Estado de constitución, fue corregida con la **sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 09 de marzo de 1999: “Centros Ltd.”**.

IV. SENTENCIA “CENTROS LTD”: ¿UN GIRO FUNDAMENTAL EN LA CUESTIÓN DEL ESTABLECIMIENTO?.

Dicha sentencia implicó una verdadera “revolución” en la interpretación que hasta entonces sostenía el Tribunal y las doctrinas nacionales.

La sentencia “Centros” trata de una sociedad constituida de acuerdo a las normas inglesas que pretendía, manteniendo la personalidad jurídica adquirida de acuerdo a esa normativa de origen, instalar una sucursal para el ejercicio de la totalidad de sus actividades, en Dinamarca. El gobierno Dinamarqués le deniega la inscripción entendiendo que, deliberadamente, los socios eligieron constituirse conforme al derecho británico, para eludir las normas más rigurosas sobre capital social mínimo del Estado de la sucursal.

El planteamiento, como cuestión prejudicial, que hace el Tribunal dinamarqués al Tribunal de Justicia de las Comunidades es el siguiente:

¹⁹ RADZYMINSKY, Alejandro, *ob. citada*, página 114.

¿Es contrario a los artículos 43 y 48 del Tratado la denegación de la inscripción de una sucursal de una sociedad que fue constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social, pero que pretende ejercer sus principales actividades en el Estado de establecimiento de la sucursal, eludiendo de esa manera las normas de constitución del Estado de acogida, más rigurosas en cuanto exigen el desembolso de un capital mínimo?

El tribunal consideró restrictiva la denegación del Gobierno Danés, y, entendió que tal denegación de inscripción de la sucursal era un obstáculo al ejercicio de la libertad de establecimiento, como la consagra el Tratado.

El Tribunal parte de una interpretación literal del artículo 48 del Tratado. Garcimartín Alférez, Francisco, catedrático de la Universidad autónoma de Madrid, lo llama una "lectura natural y sin perjuicios"²⁰ del Tratado: para beneficiarse de esa libertad basta con que la sociedad se haya constituido conforme al derecho de un Estado miembro, y, que además, tenga su sede estatutaria, administración central o centro de actividades principales dentro de la comunidad.

En el apartado 20, el Tribunal, considera que del artículo 48 se desprende en forma *directa* que, las sociedades que en él se enumeran, tienen derecho a ejercer sus actividades en otros Estados miembros por medio de una agencia, sucursal o filial, sirviendo la localización de su domicilio estatutario, su administración central o, su centro de actividades principales para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento de un Estado miembro.

Garcimartín Alférez²¹, que es partícipe de la postura del tribunal en esta decisión, afirma: "*en general, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro (y al menos con domicilio social en la Unión Europea), deben ser reconocidas en los demás, pues de lo contrario, no podrían ejercer esa libertad de establecimiento. El artículo 48 del Tratado establecería así un principio de reconocimiento mutuo o recíproco de sociedades, y este principio es incompatible con las consecuencias del modelo de la Sitzthærie*".

El efecto de la sentencia Centros derogaría materialmente aquellas reglas de derecho nacional que denieguen el reconocimiento de las sociedades extranjeras por el hecho de no haberse constituido conforme al derecho del Estado de la sede real. El modelo de sede real sería inaplicable en Europa, a partir del fallo Centros.

Lo más jugoso de esta interpretación es que, el Tribunal le esta-

²⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *ob. citada*, página 670.

²¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *ob. citada*, página 660.

ría dando un sentido dinámico al artículo 48: A partir del fallo Centros una sociedad debe poder cambiar de sede real en Europa sin necesidad de modificar su *lex societatis*.²²

Existe una postura contraria²³ que, entiende que la sentencia Centros en nada modifica las legislaciones internas. En coherencia con el postulado de la sentencia Daily Mail, esta doctrina pretende condicionar el traslado de la sede social a la sanción de convenios específicos en la materia, cuando, el Tribunal de las Comunidades, ha afirmado en reiteradas oportunidades que la falta de armonización del Derecho de Sociedades no impide el efecto directo de la libertad de establecimiento.

Para esa postura, el artículo 48 no tendría un contenido conflictual y no consagraría ningún principio de reconocimiento mutuo, quedando librada la admisión de las sociedades en el Estado de acogida a la aplicación en bloque de lo estipulado por cada derecho societario nacional.

El efecto más temido que produciría la sentencia Centros, para la doctrina que repudia la decisión, es la supuesta "Delawarización" del derecho de sociedades europeo, una supuesta "licencia arbitraria" para la constitución de sociedades en fraude a la ley.

Sin embargo, como lo afirma el Tribunal, debe diferenciarse la cuestión de la aplicación de los artículos 43 y 48 del Tratado con las facultades de un Estado miembro para adoptar medidas tendientes a evitar que los nacionales eludan de un modo abusivo la aplicación de su legislación nacional.

Las medidas a adoptar para evitar la concreción del fraude dependen de cada caso concreto, pero de ninguna manera, puede afirmarse genéricamente que, la elección de las normas de constitución de la sociedad, eludiendo las del lugar de establecimiento, puedan significar fraude. La elección, por la voluntad societaria, de las normas de constitución de la sociedad es lo que permite nada más y nada menos, el artículo 48.

En este caso, fue suficientemente publicado que la sociedad era constituida conforme normas inglesas, pero para actuar comercialmente en Dinamarca. ¿Dónde estaría el fraude?.

En todo caso, la abolición del fraude puede lograrse mediante la aplicación de otras normas, en especial, las directivas sobre registración y publicación de los actos de estas sociedades. Estas serán conexiones especiales, que se sumarían a la conexión principal que determina la ley aplicable a la sociedad. Tal conexión principal, es decir, la

²² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco, *ob. citada*, páginas 680 y 681.

²³ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *ob. citada*, página 135.

lex societatis, debe quedar librada a la voluntad societaria.

De determinarse la existencia de fraude, según el tribunal, la consecuencia, en todo caso, sería la inoponibilidad de la lex societatis a los terceros y acreedores que contrataron con la sociedad confiando en que otra era la ley aplicable, pero de ninguna manera la lucha contra el fraude puede justificar una práctica consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tenga su domicilio social en otro Estado miembro (apartado 38 STJCE "Centros").

V. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN EL MERCOSUR.

En el ámbito latinoamericano, el Tratado de Asunción, como ya adelantáramos, no estipula en forma expresa la libertad de establecimiento, proclamando solo la libre circulación de los factores productivos.

Las dificultades en la consagración de la libertad de establecimiento derivan fundamentalmente de la inexistencia de un órgano al cual los Estados hayan transferido su soberanía legislativa. No existe la supranacionalidad en el estado actual de integración, no obstante el fuerte compromiso asumido por los Estados Partes para su consecución mediante la suscripción del artículo 1 del Tratado de Asunción.

En cuanto a ley aplicable a sociedades se refiere, la crónica insuficiencia institucional que padece el MERCOSUR, hace que la armonización sea una tarea mucha más ardua, a pesar de la aparente uniformidad de las legislaciones de los Estados Parte, puesto que no existe un Tribunal único que garantice la uniformidad interpretativa.

No basta, siquiera, con la armonización de las normas de derecho privado interno sino que es necesario focalizar en otras propuestas como, por ejemplo, la elaboración de una fuente convencional o, la sanción de un acto comunitario que adopte un único criterio en cuanto a la ley aplicable a las sociedades y que proclame expresamente el reconocimiento de las sociedades en un estado diferente al de origen.

En lo que refiere a las normas de derecho internacional privado internas, Argentina y Uruguay sostienen el criterio de la ley de constitución y, accesoriamente, la ley del domicilio. Paraguay se inclina por la ley del domicilio y, Brasil, acumula los dos requisitos para otorgar nacionalidad brasileña.

Para establecerse en otro país ninguno de los estados del MERCOSUR les quita personalidad o acarrea la disolución de la sociedad por instalarse en otro país con carácter permanente.

En cuanto a sucursales, representaciones y agencias (establecimiento secundario) de sociedades extranjeras, las diferencias pasan

por la exigencia de recaudos más o menos rigurosos en cuanto a instalación y registro de las inversiones, debiendo en todos los casos acreditar conformidad legal con el país de origen.

La apertura de sucursales o representaciones estables es también admitida en todos los Estados del MERCOSUR, exigiéndose en Brasil la autorización del gobierno federal. El traslado de sede a otro país está previsto, no siendo causal de disolución. También para este caso, en Brasil se exige autorización del gobierno federal.²⁴

Todas las legislaciones de los países del MERCOSUR adoptan el *criterio cualitativo-cuantitativo*²⁵ para diferenciar los actos que la sociedad puede realizar de pleno derecho y cuales requieren el sometimiento a la legislación del país de recepción. En general, se encuentran autorizadas sin más para realizar actos aislados y estar en juicio, debiendo someterse a la ley del estado de recepción si pretenden realizar actos caracterizados por la habitualidad, o, comprendidos en el objeto social.

En lo que respecta a la fuente convencional, ha sido ratificada por todos los países del MERCOSUR la "*Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles*" (CI-DIP II). Somete la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles a la *ley del lugar de su constitución*, ley del estado donde se cumplan los requisitos de fondo y forma requeridos para la creación de dichas sociedades.

El principio general que subraya esta convención es el reconocimiento de pleno derecho en los demás Estados de las sociedades debidamente constituidas en otro Estado. No obstante, el Estado ante el cual se pretende el reconocimiento podrá exigir la comprobación de su existencia y, en ningún caso, dichas sociedades mercantiles gozarán de mayor capacidad que la que se otorga a las sociedades locales.

Para la regulación de la actuación extraterritorial, el criterio empleado es cualitativo, tal como fuera consagrado en el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo del '89. Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren y sometidas a los órganos jurisdiccionales de ese Estado.

Para el supuesto de cambio de sede, las sociedades extranjeras pueden ser obligadas a cumplir los requisitos de la legislación del nuevo asentamiento.

Se reitera la excepción de orden público como límite a la apli-

²⁴ ALEGRIA, Héctor, *ob. citada*, página 419.

²⁵ KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "*Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*" capítulo XVI, "Sociedades Comerciales", página 427.

cación de la ley declarada aplicable por la convención.

De la *comparación de las reglas de Derecho Internacional Privado Comercial convencional y las de Derecho Privado Comercial interno vemos que:*

Hay uniformidad en el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad de las sociedades mercantiles constituidas en el extranjero, y de su capacidad para ejercer actos aislados y estar en juicio. El ejercicio reiterado de actos mediante los cuales se procura alcanzar el fin u objeto de su institución trae como consecuencia el sometimiento de la sociedad a la ley del Estado donde actúa.

Hay uniformidad en el punto de conexión adoptado: tanto en el orden convencional (CIDIP II) como en el orden interno se adopta la ley del lugar de constitución, por lo menos en lo que respecta a la existencia y capacidad de la sociedad.

La conclusión que podemos extraer es que, el sistema cualitativo de la CIDIP II, y el cualitativo-cuantitativo de las legislaciones societarias internas, resultan insuficientes para profundizar la integración.

En palabras de Berta Kaller de Orchansky²⁶ lo deseable sería que las sociedades que ejercen la libertad de establecimiento sean consideradas sociedades del MERCOSUR, habilitadas para actuar sin más requisitos que los necesarios para garantizar los derechos de socios y terceros.

En el ámbito de los convenios bilaterales tenemos el *Estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas*.

Se trata de un Convenio Internacional que disciplina un área bien específica, la de las empresas que cumpliendo ciertos requisitos acceden a una calificación -la de binacionales-, que las habilita para recibir un tratamiento especial.

Cabe destacar que, no se trata de un régimen común de derecho comunitario. La forma jurídica que la empresa adopte dependerá de la legislación de cada país.

En cuanto a las "formas jurídicas admitidas" que pueden revestir las empresas; ciertos autores entienden que el término empresa alude a un concepto genérico²⁷, que incluiría figuras asociativas; otros²⁸, son de la opinión que las figuras asociativas no encuadran en

²⁶ KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Como lograr fácilmente la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del MERCOSUR", *El Derecho*, T-151, 1993, página 866.

²⁷ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, "Empresas binacionales argentino-brasileñas, un nuevo instituto de integración", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* Nro. 136/138, Buenos Aires, julio 1990, página 571.

²⁸ ZALDUENO, Susana Czar de; FERRARI ETCHEBERRY, Marta H. de; ALEGRIA, Héctor;

el modelo del Tratado porque no constituyen una empresa, sino que representan un contrato entre empresas que conservan su libertad y autonomía.

El aspecto más interesante de la constitución de este tipo de empresas, es el tratamiento que tendrá en el país de su actuación, similar al de las empresas de capital nacional en ese país, en cuatro materias: tributación interna, acceso al crédito interno, acceso a incentivos de promoción industrial, acceso a compras y contratos del sector público. El tratamiento otorgado a las empresas binacionales alcanzará a las sucursales filiales y subsidiarias.

El estatuto que acabamos de analizar representa sin duda un gran avance en el tratamiento uniforme de las cuestiones relativas a la actuación de las empresas.

Sin embargo, como bien lo destaca Susana Czar de Zaldueno²⁹ está muy lejos de ser autoejecutivo. Se precisará una tarea de reglamentación en ambos países para definir claramente algunos aspectos, como por ejemplo las restricciones constitucionales de Brasil. Un tema importante sería contemplar las figuras asociativas, atento a que nos estamos refiriendo al concepto empresarial del negocio, más que al estrictamente jurídico.

Por último, probablemente, la desventaja más marcada del Estatuto para el proceso de integración es que, su ámbito de aplicación no se extienda a todos los países integrantes del MERCOSUR. De esa manera tendríamos una fuente de carácter convencional dedicada específicamente al tema del tratamiento de las empresas, que vincularía a todos los países integrantes del Mercado.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS:

Solo interpretando que la sentencia Centros consagra la Teoría de la constitución, podemos hablar de un verdadero giro en materia de establecimiento de sociedades en la Unión Europea. De ser así, interpretación que comparto, el artículo 48, consagraría un *principio de reconocimiento mutuo* de las sociedades que actúan en la CE. El modelo de constitución atenuado por las conexiones especiales, y, permitiendo siempre al Estado de acogida la detección de los casos de fraude, es el único modelo que permite la consagración de la libertad de establecimiento a título principal, con mantenimiento de la personalidad y unidad del estatuto societario.

BAPTISTA, Luis Olavo, "Hacia la empresa del MERCOSUR", Revista del MERCOSUR Nro. 1, Buenos Aires, junio 1997, página 111.

²⁹ CZAR DE ZALDUENO, Susana, *ob. citada*, página 342.

Sin embargo, observando que en los hechos se siguen planteando cuestiones prejudiciales en torno al tema de la libertad de establecimiento a título principal, el problema no está solucionado. Todo depende, creo, de la voluntad de los Estados miembros de lograr una verdadera armonización adoptando un criterio uniforme.

En lo que respecta al tratamiento de la libertad de establecimiento y su consagración en el ámbito jurídico del MERCOSUR, comparto la idea de ampliar el ámbito de vigencia de los principios en que se basan las fuentes internas y convencionales, mediante el dictado de directivas o decisiones comunitarias. Necesitamos de actos que emanen de los órganos del Mercado Común para comenzar a generar, de una vez, la transformación de los derechos internos de los Estados. Solo así se logrará la verdadera armonización.

Pero, debemos tomar conciencia que, la verdadera armonización, requerirá el previo replanteamiento y, posterior transformación, de numerosos artículos de las leyes societarias internas (en Argentina, por ejemplo, artículo 119 y 124 de la ley de Sociedades). Será necesario profundizar la regla de tratamiento nacional de las sociedades en Estados diferentes, flexibilizar la rigurosidad con la que se trata al tipo societario extranjero, y, los casos en los que pueda existir fraude a la ley del Estado de acogida, simplificar, en general, las formalidades con las que se trata el reconocimiento de las sociedades y, por sobre todo comenzar a implementar el, tantas veces, propuesto, sistema de registración uniforme de las sociedades del MERCOSUR. De lo contrario, libertad de establecimiento, ¿para qué?

BIBLIOGRAFÍA:

- ALTERINI, Atilio A., y, BOLDORINI, María C., *"MERCOSUR Estructura General"*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, página 48.
- ALEGRIA, Héctor, *"Reconocimiento, libertad de establecimiento, sociedades y MERCOSUR"*, Revista de Derecho Privado y Comunitario número 5, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, Sección Derecho Comunitario, página 440.
- ARNÁIZ, Antonio Javier A., *"Establecimiento de personas jurídicas"* en *"MERCOSUR y Unión Europea: dos modelos de integración económica"*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, página 231.
- BLANCO-MORALES, P., *"La transferencia internacional de sede social"*, Pamplona 1997, página 147.
- CEREXHE, Etienne, citado por ALEGRÍA, Héctor, *"Revista de Derecho Privado y Comunitario número 5, Reconocimiento, Libertad de*

Establecimiento, Sociedades y MERCOSUR”, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1994, página 421.

- DE AGUINIS, Ana María, *“Empresas e Inversiones en el MERCOSUR”*, Editorial Abeledo Perrot, B.A, 1992, página 26 y 27.

- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *“Empresas binacionales argentino-brasileñas, un nuevo instituto de integración”*; Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N.º. 136/138, Buenos Aires, julio 1990, página 571.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *“La Sitztheorie es incompatible con el Tratado CE, algunas cuestiones del Derecho Internacional de sociedades iluminadas por la sentencia TJCE de 09 de marzo de 1999”*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, página 653.

- HIGHTON, Elena I, y, LAMBOIS, Susana E., *“Unificación y efectividad del Derecho en los países del MERCOSUR”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario número 6, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, Sección Derecho Comunitario, página 436.

- ISAAC, Guy, *“Manual de Derecho Comunitario General”*, Ariel Derecho, 5ta. Edición actualizada según el Tratado de Ámsterdam, Barcelona, 2000, página 188.

- KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *“Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado”* capítulo XVI, *“Sociedades Comerciales”*, página 427.

- KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *“Como lograr fácilmente la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del MERCOSUR”*, El Derecho, T-151, 1993, página-866.

- RADZYMINSKY, Alejandro, *“Sociedades Multinacionales y Procesos de Integración Económica”*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 1988.

- SALERNO, Marcelo, *“Treinta años de integración latinoamericana: perspectivas jurídicas y empresarias”*, LL, 1991-D, 1104.

- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *“El Derecho Europeo de sociedades y la sentencia “Centros”: La relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, T.O. 2000, página 115-157.

- ZALDUENO, Susana Czar de; FERRARI ETCHEBERRY, Marta H. de; ALEGRIA, Héctor; BAPTISTA, Luis Olavo, *“Hacia la empresa del MERCOSUR”*, Revista del MERCOSUR Nro. 1, Buenos Aires, junio 1997, página 111.