

RECONOCIMIENTO Y ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE SOCIEDADES COMERCIALES. ALCANCES DE LA VIGENCIA DE LA CIDIP II EN EL ÁMBITO DEL MERCOSUR

GRACIELA VICTORIN DE AVENDAÑO

El Tratado de Asunción y los acuerdos que dentro de su marco fueron suscriptos, no contemplaron el desplazamiento de sociedades comerciales de un Estado parte a otro Estado parte, de manera que, desde el marco del mercado ampliado, no existe una regulación específica para aplicar a las sociedades que se trasladan de un país miembro a otro país miembro. Se encuentra aún pendiente una normativa a este respecto, por los beneficios que ello traería aparejado, en cuanto a la posibilidad de intensificar las relaciones empresarias, además de dar cumplimiento al Tratado de Asunción.

Partiendo de la realidad normativa actual, que comprende tanto la carencia de una normativa mercosureña específica relacionada con el tema del "reconocimiento y la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales" así como también, la existencia de una norma de Derecho Internacional Privado, en adelante DIP, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, en adelante CIDIP II, ratificada por todos los integrantes

del Mercosur, sostenemos la insuficiencia de esa norma en la regulación del tema en análisis, mientras subsistan las asimetrías constitucionales de los países miembros, con relación a la jerarquía de las normas internacionales, o bien, hasta que los órganos competentes del Mercosur eleven la CIDIP II a normativa comunitaria, ya que el mantenimiento de la situación actual, trae como consecuencia un grado de inseguridad jurídica incompatible con la agilidad en las relaciones comerciales que se pretenden incrementar a partir de la creación del bloque.

FUNDAMENTOS

1. CIDIP II

La CIDIP II fue aprobada por la II Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, convocada por la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) en Montevideo, Uruguay, en 1979.

Ha sido ratificada por nuestro país, mediante Ley 22.921, sancionada y promulgada el 1 de Diciembre de 1983. Los demás países que han ratificado la Convención son: Paraguay (5 de Julio de 1985), Perú (9 de Abril de 1980), Uruguay (12 de Febrero de 1980), Venezuela (29 de Marzo de 1985), México (21 de Enero de 1983), Guatemala (6 de Junio de 1983)¹ y recientemente, Brasil, mediante Decreto N° 2.400 de fecha 21 de Noviembre de 1997, con lo que se completa la adhesión de todos los integrantes del Mercosur. Cabe señalar que entre Argentina, Paraguay y Uruguay, esta Convención sustituye al Tratado de Montevideo de 1940, del mismo modo que éste sustituyó al de 1889 por haber sido ratificado por los tres países mencionados.

El proyecto fue elaborado por la Subsecretaría Jurídica de la O.E.A. dirigida por la Dra. Tatiana B. de Maekelt y el Comité Jurídico Interamericano, presidido por Haroldo Vaslladao.

Esta Convención regula precisamente el reconocimiento y actuación extraterritorial de sociedades comerciales, estableciendo en el artículo 1° que se aplicará a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados partes. En el artículo 2° se consagra que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Deja expresamente establecido que por "ley del lugar de constitución" se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo

¹ Las fechas de ratificación de Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, México y Guatemala, pueden cotejarse en Dirección de Tratados, Ministerio de Relaciones Exteriores, Paraguay. Sección Decretos y Leyes, p. 373.

requeridos para la creación de dichas sociedades. Es de destacar que “no se refiere al lugar donde se celebra el acto jurídico privado originario de la entidad, es decir donde se celebró el contrato, sino el país o la jurisdicción donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescriptas por las leyes allí vigentes, para obtener de los poderes públicos el reconocimiento de su personalidad jurídica”.² Esta normativa tiene como fundamento evitar el fraude a la ley. Difiere así de lo establecido por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que toman como punto de conexión el domicilio.³

En el artículo 3° se señala que las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado, serán reconocidas “de pleno derecho en los demás Estados”, y que ese reconocimiento no excluye la facultad del Estado para exigir la comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de constitución.

Se limita también -en el tercer párrafo del artículo citado- la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado, la que en ningún caso podrá ser mayor, que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en éste.

Para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, se regula que éstas quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren. Se adhiere así al criterio “cualitativo”, que es restrictivo, ya que no considera la cuantía de los actos relativos al objeto social, o sea que en definitiva se acepta el criterio del Tratado de 1889 y no el más amplio del Tratado de Montevideo de 1940. También se aplica la ley señalada, al control que una sociedad, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado.

El artículo 5° contempla el caso de las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, reglando que podrán ser obligados a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último.

En el artículo siguiente, establece que las sociedades mercantiles constituidas en un Estado para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren.

También se prevé la supresión de la aplicación del derecho ex-

² KALLER DE ORCHANSKY, Berta. KALLER DE ORCHANSKY, Berta. Nuevos Enfoques Respecto de la Actuación en Nuestro País de las Sociedades Constituidas en el Extranjero, en *Anomalías Societarias. En Homenaje a Héctor Cámara*. Advocatus. Córdoba. 1992, p. 261.

³ Coincide en cambio con nuestra Ley de Sociedades respecto a la adopción del lugar de constitución en cuanto al reconocimiento de la personalidad societaria.

tranjero por ser contrario al orden público local. Es lo que se conoce como cláusula de reserva.⁴ Concretamente el artículo 7° expresa: La ley declarada aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en el Territorio del Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público.

Esta Convención tiene una importancia fundamental dentro de los cuatro países miembros del Mercosur ya que ha sido ratificada por todos sus integrantes .

2. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES DE LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

La CIDIP II es un tratado internacional, que se encuentra vigente en los cuatro países integrantes del Mercosur, por eso consideramos que para tener certeza del alcance de su vigencia, debemos tomar en consideración la jerarquía que las Constituciones nacionales de esos países asignan a los tratados internacionales.

Trataremos en particular la posición que ocupan los Tratados internacionales en las Constituciones de cada Estado miembro del Mercosur.

2.1. EN ARGENTINA: La Constitución Nacional, en su última Reforma del año 1994 incorpora el tratamiento de tratados de integración e internacionales, como así también su posición actual respecto a las leyes nacionales, es decir, la jerarquía de los tratados dentro del ordenamiento jurídico, asignándole primacía con relación a las leyes nacionales.⁵

Con anterioridad a la reforma no existía ninguna norma constitucional que estableciera la jerarquía de los tratados internacionales. Esto dio lugar a que se aplicara el principio de que “la norma posterior en el tiempo deja sin efecto a la norma anterior”. La Corte Suprema sostuvo, en forma casi constante, la primacía de la Constitución sobre los tratados, en cambio varió significativamente su criterio respecto a los conflictos entre tratados y leyes. El caso “S.A. Química Merck c. Gobierno de la Nación”⁶ resuelto en 1948, constituye una excepción a lo señalado anteriormente, ya que la Corte decidió -en un polémico

⁴ Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MATINOLI, Amalia. *Parte General del Derecho Internacional Privado en las Convenciones Interamericanas*. Advocatus. Córdoba. 1990, p. 86.

⁵ Este tema fue tratado en nuestra monografía “Los Tratados Internacionales en la Constitución Nacional”, presentada en el Curso Sistema de Derecho Público, Doctorado en Ciencias Jurídicas. Universidad Católica de Santa Fe.

⁶ CSJN, Fallos, T. 211, p. 204.

fallo- en forma favorable a la primacía de los tratados internacionales sobre la Constitución, en tiempos de guerra, y el derecho interno en tiempos de paz, sustentando su posición en el hecho de que Argentina había declarado la guerra a Alemania, Japón e Italia, razón por la cual legitimó la incautación de los bienes de la empresa alemana Merck, considerando que en tiempos de guerra no resultaba aplicable el enfoque dualista, sino que predominaba el criterio monista. Basándose en la distinción señalada entre estado de paz y estado de guerra, determinó el Alto Tribunal que en el primero, rigen las disposiciones constitucionales y “ningún tratado podría serle opuesto si no estuviere en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución (art.27) (...) Pero, cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia -eventualidad no incluida y extraña por lo tanto a las reglas del art. 27- la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados”. Este fallo contó con la disidencia del juez Tomás Casares, quién manifestó que “ni la guerra ni los tratados” tienen entidad suficiente para legitimar la apropiación de bienes pertenecientes a una nación enemiga violando las garantías constitucionales.

En el caso “Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Gobierno Nacional, Administración General de Puertos”,⁷ fallado en 1964, la Corte Suprema no admite la inconstitucionalidad del decreto-ley N° 6.575/58 ratificado por ley N° 14.467,⁸ fundado en la supuesta transgresión a los artículos 67, inc. 19, 86, inc. 2 y 14 de la Constitución Nacional, ya que si bien considera que el decreto ley en cuestión, es modificatorio del Tratado de Comercio y Navegación celebrado con la República del Brasil en 1940, y aprobado por ley N° 12.688, es admisible la derogación de las leyes nacionales o tratados con potencias extranjeras por una norma posterior. Así se pronuncia el Alto Tribunal, expresando que “no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango o superioridad de los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Y respecto de ambos rige el principio de que las normas posteriores derogan a las anteriores”. Reitera esta misma posición la Corte Suprema en 1968 en el caso “Esso, S.A. Petrolera Argentina c. Gobierno Nacional”⁹ afirmando que: “Entre las leyes y los Tratados de la Nación no existe prioridad de rango y rige respecto de ambas clases de

⁷ L.L. 113, p. 458.

⁸ Adla, XVIII-A, 1008,94.

⁹ CSJN Fallos T.271, p. 7.

normas, en cuanto integrantes del orden interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores, por ello el convenio comercial argentino-norteamericano del 14 de Octubre de 1941, aprobado por la ley 12.741 (Adla II, 3) debe considerarse modificado por las disposiciones del posterior decreto 5.153/55 (Adla, XV-A, 625).

La Convención Reformadora de 1994, que fue convocada mediante ley 24.309, en su artículo 7° establecía que: "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución nacional". La mencionada ley, en el capítulo relacionado con los Temas Habilitados para su debate por la Convención Nacional, incluyó como punto I, los "Institutos para la Integración y la jerarquía de los Tratados Internacionales". Su fundamento debe buscarse en la firma de los acuerdos de integración; que motivó la necesidad de pensar en organismos supranacionales,¹⁰ cuyo funcionamiento podría verse frustrado por no contar con un adecuado tratamiento constitucional, y de allí la preocupación, por incluir este tema dentro de la Reforma de 1994.

Por otra parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en nuestro país desde 1980, asigna superioridad jerárquica a los tratados internacionales, frente a la posible colisión con una norma interna.

La Constitución actual establece en el artículo 75, inciso 22, que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, repectando y constitucionalizando así, la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que hacía referencia a la Convención de Viena aludida. Así en 1992, la mencionada Corte en el caso "Ekmekdjian, Miguel c. G. Sofovich" se había pronunciado expresando que la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados "Confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento argentino... pues ya no es exacta la posición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acor-

¹⁰ El Pacto de San José de Costa Rica al cual adhirió la Argentina en 1984, contemplaba la existencia de una Corte Interamericana de Derechos Humanos. La aceptación de la Argentina a someterse a ese tribunal Internacional, trajo como consecuencia que la Corte Suprema de Justicia dejara de ser "Suprema" con relación a los casos que se pudieran presentar, que constituyeran violaciones a los derechos humanos, ya que por sobre ella se encuentra una Corte Interamericana.

dar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según la cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Señaló también el Alto Tribunal que “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria con la omisión de dictar disposiciones que en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27”.¹¹ La Corte Suprema ratifica esta línea argumental en los casos “Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” del 7 de Julio de 1993¹², en la que vuelve a pronunciarse que basado en el art.27 de la Convención de Viena se “impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.” En el caso “Servini de Cubría, María Romilda s. amparo” Sentencia del 8 de Septiembre de 1992,¹³ el tribunal señaló que “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado” que se apoyaron también como en el caso “Ekmekdjian” en el principio consagrado en el art. 27 de la Convención de Viena. En la misma postura interpretativa se inscribe el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Cafés La Virginia S.A. s. apelación” del 10 de Octubre de 1994¹⁴ que posee una importancia fundamental para el Mercosur ya que reitera la primacía de los compromisos internacionales, aplicando por primera vez este criterio a un acuerdo internacional de contenido económico. En todos estos fallos se consagra así la teoría del monismo, con preeminencia del derecho internacional.

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, el artículo 75, que se refiere a las Facultades del Congreso, en el inciso 22, párrafo primero prescribe entre aquellas facultades: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.” Este inciso continúa con la enumeración de las declaraciones y tratados sobre derechos

¹¹ C.S.J.N., Sentencia del 7-7-92. LL, 1992- C-543.

¹² J.A., 1993-IV-471.

¹³ LL 1992-D, 111.

¹⁴ Internet : <http://www.normanet.com.ar>.

humanos a los que otorga jerarquía constitucional, lo cual dio lugar a controversias interpretativas. Así, para algunos autores significaba que los documentos internacionales mencionados en el artículo en análisis, se incorporan a la Constitución Nacional, mientras que para otros, el hecho que detenten rango constitucional, no implicaba que se incorporen efectivamente a la Constitución Nacional, constituyendo un solo cuerpo normativo.¹⁵ En definitiva y a los efectos prácticos, lo que no discute es que estos acuerdos y declaraciones que corresponden a la protección de derechos humanos, están en pie de igualdad con la Constitución Nacional e integran el sistema jurídico argentino en su expresión más alta. Es lo que el Profesor Bidart Campos¹⁶ denomina "bloque de constitucionalidad federal: Constitución (suprema) "más" los once instrumentos nacionales que enumera el inciso 22 del art. 75", expresando que "la reforma ha investido a esa cúspide suprema con la misma y común jerarquía" y ha dejado abierta, a su vez, la posibilidad de que otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar el rango constitucional.

El inciso 22 del artículo en análisis continúa expresando que los documentos internacionales mencionados, tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia". En este aspecto, lo que ha expresado el constituyente de 1994, es que no necesariamente los once instrumentos en bloque, tienen jerarquía constitucional, sino que hay que tener en cuenta las "reservas" que pudiera haber hecho el Poder Ejecutivo al momento de ratificar el tratado en sede internacional.¹⁷

Más adelante, el inciso 22 aclara que los documentos enumerados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que deben entenderse como "complementarios" de los derechos y garantías reconocidos por ella. Es así, que no es la Constitución en forma exclusiva, ni los Tratados por sí solos, los que regulan estos derechos y garantías, sino que deben contemplarse tanto la Carta Magna, como los Tratados. El inciso citado, contempla la posibilidad de que la Argentina pueda denunciar un tratado. La denuncia es la manifestación unilateral de voluntad que hace un estado exteriorizando su decisión de salir de ese acuerdo internacional, es decir de no

¹⁵ Cfr. MUÑOZ, Ricardo, *Supremacía y Rigidez (o no) Constitucional a partir de la Reforma de 1.994*. En *Ponencias Primeras Jornadas de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. U.N.R.C. Imprenta y Publicaciones de la Universidad Nacional de Río Cuarto. 1995, p. 125.

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T IV. La Reforma Constitucional de 1994. Ediar. Buenos Aires. 1995, p. 583.

¹⁷ Las "Reservas", según la Convención de Viena de 1969, constituyen "una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

obligarse a cumplirlo en adelante. Es un ejercicio del Poder Soberano del Estado, decidir en qué momento ese tratado puede no responder a los intereses del mismo. La Constitución impone que la denuncia sea realizada por el Poder Ejecutivo Nacional, con la aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras del Congreso.

En el último párrafo del mencionado inciso 22, se permite que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, puedan gozar de jerarquía constitucional. De esta manera, no sólo los tratados enumerados tienen esa jerarquía, sino que deja abierta la posibilidad para que el Congreso decida sobre otros documentos internacionales que puedan ser constitucionalizados. Para ello se requiere, luego de ser aprobado por el Congreso, de la misma mayoría especial y agravada que se necesita para denunciar un Tratado, es decir las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

A su vez, el inciso 24 del mencionado artículo 75, faculta al Congreso a aprobar Tratados de Integración que deleguen competencia y jurisdicción a organismos supranacionales, con lo cual está resignando parte de su soberanía con finalidades integracionistas.

En definitiva, la Constitución Argentina despeja dudas sobre la posición que ocupan los tratados internacionales, otorgándoles primacía respecto a las leyes nacionales, en consecuencia, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles se aplica aún cuando exista una ley nacional en sentido contrario.

2.2. EN BRASIL: La Constitución de la República Federativa del Brasil fue reformada en 1988. Con posterioridad a esa fecha, fue modificada parcialmente mediante enmiendas.¹⁸

El párrafo único del artículo 4 de la Constitución expresa en forma incuestionable que "La República Federativa de Brasil, buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones". Sin embargo esta aseveración no condice con una economía cerrada, que el mismo cuerpo normativo consagra en los artículos 177 y 178.¹⁹

¹⁸ Estas enmiendas pueden ser consultadas en internet: <http://www.jol.com.br/legis/legis.htm>.

¹⁹ El primero de los artículos mencionados, declara que constituyen monopolio de la Unión la búsqueda y extracción de yacimientos de petróleo y gas natural, el refinamiento del petróleo nacional y extranjero, la importación y exportación de los productos y derivados básicos de las actividades antes mencionadas, el transporte marítimo del petróleo bruto de origen nacional, la investigación, la extracción, el enriquecimiento, el reprocesamiento, la industrialización y el comercio de metales y minerales nucleares y sus derivados. El segundo artículo mencionado, al tratar los transportes aéreos, marítimos y terrestres, establece el predominio de los armadores nacionales y navíos de banderas y registros brasileños.

Con respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, la Constitución guarda silencio, lo que unido a la falta de ratificación de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, trae como consecuencia que los Tratados internacionales rigen, si su ratificación es posterior a una ley nacional de contenido opuesto. A contrario sensu, una ley nacional posterior puede contradecir un tratado internacional, y aplicarse ésta como ley vigente de igual jerarquía que aquellos. Precisamente este es el criterio dominante del Supremo Tribunal Federal, que ha sostenido que la ley y el tratado son normas de igual jerarquía, por lo que ratifica el principio que la ley posterior deroga a la anterior.

Así, en 1977, el Alto Tribunal mencionado afirmó que la ley ordinaria posterior al tratado tenía la condición de modificar la aplicación de éste.²⁰

En la misma línea, con relación al Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, considerado uno de los marcos jurídicos más importantes firmados por los presidentes del Mercosur, que careció de valor legal en Brasil, a pesar de haber sido aprobado y ratificado por el Congreso, hasta su promulgación por el Presidente Fernando Henrique Cardoso, mediante decreto 2.626 del 15 de Junio de 1998, el Superior Tribunal Federal ha sostenido, que "para que un tratado internacional pueda ser incorporado al ordenamiento jurídico brasileño, se requiere tanto su aprobación legislativa como su promulgación ejecutiva. Por tanto, la ratificación no basta por sí sola para promover la automática incorporación del tratado al sistema del derecho positivo interno, pues se impone una coalición de las voluntades autónomas del Congreso Nacional y del Presidente de la República, cuyas deliberaciones individuales no se revelan suficientes para generar la integración del texto convencional al orden interno".²¹ Así lo expresó en su momento el Presidente del Supremo Tribunal Federal de ese país, al devolver, sin cumplir una petición de la Justicia Federal Argentina, manifestando concretamente que "a pesar de ser aprobado por el Congreso nacional no se encuentra formalmente incorporado al sistema de derecho positivo interno vigente en Brasil, porque a pesar de estar ratificado, aún no fue promulgado mediante decreto, por el presidente de la República".²² Este fallo adhiere a la teoría dualista y se enrola en el criterio preponderante del Alto Tribunal. Como excepción a la posición sus-

²⁰ Ver Recurso Extraordinario N 80.004 de 1977.

²¹ S.T. Federal, Brasil, Mayo 4 - 998.

²² 97.625 - ST Federal, Brasil, Mayo 4 - 998.-Carta Rogatoria N 8279-4- República Argentina. LL Martes 11 de Agosto de 1998. Un comentario de este fallo puede leerse en PIERMES, Guillermo. "Conflictos Comerciales sin solución" en *Gazeta Mercantil Latinoamericana*, N° : 109, del 17 de Mayo de 1998, p. 8.

tentada, en 1971, se había pronunciado en el sentido contrario, expresando que “Aprobado el acuerdo por el Congreso y regularmente promulgada sus normas, tienen aplicación inmediata inclusive en aquellos casos en que modifique la legislación interna”.²³

Pero más allá de la inmediatez de la aplicación de un tratado internacional, importa resaltar la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de fecha 8 de Junio de 2000.²⁴ De acuerdo al informe del consultor jurídico de Itamaraty, Prof. Antonio Cachapuz de Madeiros que recomienda la prevalencia de las normas del Tratado de Asunción en especial del Programa de Liberación comercial que beneficia la libre circulación de bienes,²⁵ el Presidente del Superior Tribunal, destaca en la sentencia respectiva, la importancia de que Brasil cumpla con las disposiciones del TA y las normas derivadas para la consolidación del bloque regional. Esta sentencia tiene inusitada trascendencia al revelar la importancia que ese país ha comenzado a otorgar a la integración regional.²⁶

La mayoría de los especialistas brasileños sostienen que el art. 4 de la Constitución Nacional impide la creación de órganos supranacionales, posición que también sostuvo la delegación brasileña cuando se trató el Protocolo de Ouro Preto.²⁷

Si bien se observa una evolución en la jurisprudencia que se traduce en pasar de la aplicación preferente del derecho interno, hasta reconocer el mismo rango al derecho interno y el internacional y la importancia que se asigna a la integración regional, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, se aplica mientras no se dicte una ley nacional en sentido contrario.

2.3. EN PARAGUAY: La Constitución de la República del Paraguay, sancionada el 31 de Julio de 1992, establece en el artículo 137 la jerarquía de las normas en el ordenamiento interno de ese país. Así expresa: “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta,

²³ Ver Recurso Extraordinario N 71.154 de 1971.

²⁴ TRF-4°. Casación. Sentencia del Presidente del Tribunal, 8/6/00.

²⁵ El dictamen caracteriza las normas del Mercosur en el plano del Derecho Internacional Público, aplicándose en consecuencia el principio de “pacta sunt servanda” ya que de lo contrario engendraría responsabilidad internacional del Brasil, lo cual destaca la actual conciencia del Estado del Brasil de la necesidad del cumplimiento de los acuerdos internacionales y de los principios de la Convención de Viena.

²⁶ Este interés ha sido puesto de manifiesto en el artículo de PEROTTI, Alejandro Daniel. “Una decisión que afianza el Derecho Mercosur (medidas cautelares) La sentencia del Superior Tribunal de Justicia del 8 de Junio de 2000. En *Revista de Derecho del Mercosur*. N° 4. La Ley. Buenos Aires. Agosto de 2000, p. 237.

²⁷ Puede ampliarse en MARINO FAGES, Jorge R. J. (h), *La Supranacionalidad en los Procesos de Integración Regional*. Mave. Buenos Aires. 1999, p. 276.

los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación

enunciado Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuesto a lo establecido en esta Constitución”.

Más adelante, en el artículo 141 señala que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”. De esta manera la Constitución en forma expresa se pronuncia en el sentido de considerar que los tratados también forman parte del ordenamiento legal interno y tienen jerarquía superior a las leyes, estableciendo la pirámide jurídica, que queda conformada por a) la Constitución, b) los tratados c) los convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, d) las leyes dictadas por el Congreso, y e) otras disposiciones.

El texto constitucional mencionado, ha merecido el siguiente comentario del Dr. Barra: ...“la Constitución de la República del Paraguay se encuentra en línea con la similar de la Argentina, ofreciendo, ambos ordenamientos, una regulación constitucional de avanzada y apropiada para el desarrollo del proceso de integración. No ocurre lo mismo con los restantes socios del Mercosur”,²⁸ Adherimos a esta opinión, ya que consideramos que la Constitución Paraguaya, es de vanguardia, al otorgar a los tratados internacionales un rango superior a las leyes internas.

La Carta Magna de Paraguay avanza también en la admisión de un orden jurídico supranacional, al establecer en el artículo 145, que: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones solo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”. Al aprobar este artículo, la Convención Nacional Constituyente resaltó que “el mundo de hoy es el mundo de la interdependencia y, por lo tanto, ya no tienen espacio los criterios nacionalistas fanáticos que levantan muros espirituales y men-

²⁸ BARRA, Rodolfo Carlos. *Fuentes del Ordenamiento de la Integración*. Ábaco. Buenos Aires. 1998, p. 225.

tales incompatibles con la hora que vive la humanidad.²⁹

Sin embargo, coincidimos con Pizzolo³⁰, quién expresa, haciendo hincapié en el segundo y tercer párrafo del mencionado artículo 137, que “si se llega al caso de que Paraguay adhiera a un tratado internacional fundacional de orden comunitario, según la redacción del artículo 137 (Cpa) el derecho comunitario estará por y para siempre, un peldaño más abajo que la Constitución, pues, la voluntad contraria no solo está fulminada por la nulidad sino que a la vez, constituye un ilícito”. A este respecto, debemos señalar que no deja de ser un inconveniente, que la redacción final del artículo mencionado no haya reflejado la opinión mayoritaria de los convencionales, que fue sintetizado por uno de ellos, Federico Callizo, en los siguientes términos: “El orden jurídico supranacional es un progreso dentro del concepto de la solidaridad del hombre y de la humanidad; es una forma de establecer parámetros en que el hombre deja de lado su nacionalismo para insertarse en un orden internacional en que los derechos humanos son reconocidos como de carácter internacional...”³¹

Con relación a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, debemos recordar que su normativa colisiona con lo estatuido por el C. Civil paraguayo que en su artículo 1.196 determina que la existencia y capacidad de las sociedades se rigen por la ley del domicilio. En virtud de la prelación que la Constitución Nacional asigna a los Tratados Internacionales se aplica la CIDIP II, que en lo relativo a existencia y capacidad de las sociedades remite a la ley de constitución. Además Paraguay ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que se pronuncia en igual sentido.

2.4. EN URUGUAY: La última reforma importante de la Constitución de la República Oriental del Uruguay, fue aprobada por la Asamblea General Legislativa el 24 de Agosto de 1966 y sometida a decisión plesbicitaria el 27 de Noviembre de ese año, ordenándose su publicación el 1 de Febrero de 1967. Con posterioridad fue reformada en dos oportunidades, el 26 de Noviembre y 27 de Noviembre de 1989 y el 8 de Diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial

²⁹ Cfr. TORRES KIRMSER, José Raúl, “Sistema de Solución de Controversias en el ámbito del Mercosur” en *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas. Serie Internacional*. Año XII, N° 20. 1998, p. 47.

³⁰ Cfr. PIZZOLO, Calogero, (h). *Pensar el Mercosur*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. 1998, p. 210.

³¹ RIOS AVALOS, Bonifacio. Miembro del Tribunal de Apelación en lo civil y comercial de la Segunda Sala de Asunción. El comunitarismo y el Mercosur. En *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas. Serie Internacional* VI. Año 10 N° 16. 1996, p. 288.

Nº 24.701 de fecha 9 de Enero de 1997, pero solo comprendió temas muy puntuales relacionados a las asignaciones de jubilaciones y pensiones (1989) y a la inconstitucionalidad de toda modificación a la seguridad social, seguros sociales y previsión social (1996).³²

No existe en el texto constitucional vigente una norma que establezca el orden jerárquico normativo.³³

El artículo 4º determina lo que en un primer análisis podría señalarse como un principio de soberanía exclusiva, al pronunciarse en los siguientes términos: "La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará.". Sin embargo, esto debe interpretarse relacionándolo con el artículo 6º, que se refiere a los tratados de integración y expresa en el segundo párrafo: "La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos." Esto ha sido interpretado³⁴ en el sentido que si bien la Constitución admite la integración, ésta se relaciona especialmente a las relaciones económicas internacionales en las que participa Uruguay, no existiendo ninguna posibilidad para la aceptación de órganos supranacionales ni normas jurídicas con ese carácter.

La jurisprudencia se ha manifestado reiteradamente en favor del principio que la ley posterior deroga a la anterior, y también que frente

³² Tiene la particularidad que es el propio constituyente quién declara la inconstitucionalidad, señalando que la Corte Suprema de Justicia de oficio o a petición de parte emitirá un pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración. Sobre el tema puede leerse AYALA CORAO, Carlos M. "La Reforma Constitucional de Uruguay" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 1998*.

³³ Por esta razón, ha habido una propuesta del Instituto de Derecho Internacional Público, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de La República Oriental del Uruguay, tendiente a incluir en el proyecto de reforma constitucional, un artículo con la siguiente redacción: "Las normas Generales de Derecho Internacional Público y los tratados que las recogen, así como los demás tratados una vez en vigor, son parte integrante del orden jurídico de la República Oriental del Uruguay. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes de la República." Así también un grupo de doctrinarios de ese país propuso agregar en la parte final del inciso 7 del artículo 85, que confiere a la Asamblea General la Facultad de aprobar o rechazar tratados, una frase estableciendo: "Dichos tratados, convenios y concordatos integran el derecho positivo nacional con jerarquía superior a las leyes y bajo la supremacía de la Constitución." Sin embargo ninguno de estos proyectos fue tomado en cuenta. Ver Arbuet -Vignali, Herber. "Las relaciones entre el sistema Jurídico del Mercosur y los Sistemas Internos de sus Estados Miembros" en *Jornadas Uruguayas- Santafesinas 2da. Etapa*, Santa Fe. 1997, p. 283.

³⁴ MARINO FAGES, Jorge R. J. (h) Ob. Cit., p. 272 y 273. Sin embargo el mismo autor reconoce que la Delegación Uruguaya al negociar el Protocolo de Ouro Preto, sostuvo que la supranacionalidad normativa que pudiera emanar del Mercosur no estaba en pugna con la Constitución uruguaya vigente.

a una divergencia entre un tratado y los preceptos constitucionales, siempre prevalecen estos últimos. Así, ha llegado a decir, que las convenciones internacionales "no constituyen reglas concretas de derecho positivo, sino obligación de legislar, es decir es un compromiso de adopción de normas".³⁵

En virtud de la ausencia normativa constitucional con relación al rango que ocupan los tratados internacionales dentro de la pirámide jurídica, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, se rige solo si no existe una norma nacional en sentido contrario. Sin embargo, en virtud de la ratificación Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la jurisprudencia podría interpretar, tal como en su momento lo hizo la Corte Suprema Argentina, que en virtud del artículo 27 de la Convención de Viena, corresponde la aplicación de la CIDIP II en los relativo al reconocimiento y actuación de sociedades comerciales.

CONCLUSIONES

Analizando el alcance de la vigencia de la CIDIP II de acuerdo a las Constituciones Nacionales de los países integrantes del Mercosur se puede concluir que la Constitución Nacional de Paraguay, al igual que la Carta Magna Argentina, establecen la prioridad de rango de los tratados internacionales, con lo cual la CIDIP II tiene jerarquía superior a las leyes internas; por esa razón se aplica la norma convencional. Por otra parte, ambos países han suscripto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en el mismo sentido que las Constituciones señaladas, asigna primacía a los tratados internacionales sobre las leyes internas.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay, nada dice respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, no obstante lo cual, también ha adherido a la Convención de Viena, y en virtud de ello, se aplica la CIDIP II.

El verdadero problema se presenta con la República Federativa del Brasil, cuyos requisitos para la actuación de sociedades extranjeras difiere de lo normado por la Cipid II, y a su vez, la Constitución Nacional guarda silencio sobre el rango de los tratados internacionales, aplicándose la regla de que la norma posterior en el tiempo deroga a la anterior, ya sea ley o tratado, no habiendo ratificado además la Convención de Viena.

No obstante, se podría advertir en los cuatro países que integran

³⁵ Suprema Corte de Justicia, Sentencia N° 400, 23/12/85, *Anuario de Derecho Comercial*, T. 2. Montevideo. 1985, p. 87.

el Mercosur -incluyendo Brasil- una tendencia, a aplicar en los criterios de interpretación de la normativa del bloque, el enfoque teleológico -ico tal como ha sido unánimemente sustentado por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del Mercosur al dirimir conflictos surgidos en diferentes países que componen el Mercado Común, cuya causa final es la ampliación de los mercados nacionales a través de la integración.

La interpretación teleológica también podría servir de base para sostener que existe una voluntad expresa de cada uno de los países que integran el Mercosur, de someterse a una normativa específica sobre el tema en cuestión, voluntad que ha sido manifestada mediante la ratificación de la CIDIP II.

El derecho vigente, con las limitaciones actuales no brinda la seguridad jurídica suficiente en cuanto a la vigencia de su aplicación, para lograr un mayor incremento de actividades societarias dentro del marco del mercado ampliado. La normativa específica uniforme existe, pero dudamos de su efectiva aplicación, si no se jerarquiza la misma a los fines de tornarla obligatoria ya que quedaría librada al voluntarismo de los órganos jurisdiccionales o a la posibilidad de una legislación interna en sentido contrario, en los países que no admiten la superioridad jerárquica de los Tratados Internacionales.

Si no existe certidumbre sobre el derecho aplicable a las sociedades comerciales que actúan extraterritorialmente, se incurre en inseguridad jurídica, con la consiguiente retracción de las relaciones mercantiles. Es necesario entonces construir una norma comunitaria con carácter obligatorio, tanto para los Estados que hoy conforman el bloque, como también para los que ingresen en el futuro, evitando así que el tema quede supeditado a la investigación del derecho interno, convencional y al rango de este último en las Constituciones Nacionales a los efectos de determinar la ley aplicable a las sociedades extranjeras.

El Mercosur posee en su estructura actual, órganos con capacidad decisoria, que podrían elevar la CIDIP II al rango de normativa comunitaria. Concretamente consideramos que el Consejo del Mercado Común, que es competente para tomar decisiones que aseguren el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción, en virtud del artículo 10 del mencionado Tratado y del artículo 3 del Protocolo de Ouro Preto, podría adoptar por medio de una Decisión, la Convención Interamericana mencionada. En consecuencia transformaría la misma en una norma comunitaria, obligatoria para todos sus miembros, conforme lo prescribe el artículo 9 del Protocolo de Ouro Preto.

De esta manera las disposiciones que voluntariamente los integrantes del Mercosur aceptaron en la regulación del tema, cobrarían

fuerza en su vigencia, despejando la incertidumbre sobre el derecho aplicable, con la consiguiente ventaja de resguardar la seguridad jurídica indispensable en el tráfico comercial.

La personalidad jurídica reconocida y aceptada por su notable trascendencia, tendría así, un solo Derecho, que regiría en plenitud a las sociedades comerciales, contemplando la posibilidad de trasladarse de un país a otro, dentro del bloque al que pertenecen, mediante la equiparación de requisitos en cuanto a su reconocimiento y actuación extraterritorial, a los efectos de que sea viable el objetivo de las libertades consagradas en el Tratado de Asunción.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRÍA, Héctor. Reconocimiento, "Libertad de Establecimiento, Sociedades y Mercosur", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5. Consumidores. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1996.

ALEGRÍA, Héctor, Director de Área Sociedades. Comentarios Críticos de Jurisprudencia en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 21. *Derecho y Economía*. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 1999.

ARAYA, Miguel C., "Libertad de Establecimiento y Derecho de Sociedades". Ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Societario. Rosario 1997.

ARBUE-T-VIGNALI, Herber, "Las relaciones entre el sistema Jurídico del Mercosur y los Sistemas Internos de sus Estados Miembros" en *Jornadas Uruguayas- Santafesinas 2da. Etapa*, Santa Fe. 1997.

AYALA CORAO, Carlos M., *La Reforma Constitucional de Uruguay* en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 1998.

BARRA, Rodolfo Carlos, *Fuentes del Ordenamiento de la Integración*. Ábaco. Buenos Aires. 1998.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. T. IV. *La Reforma Constitucional de 1994*. Ediar. Buenos Aires. 1995.

DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MATINOLI, Amalia. *Parte General del Derecho Internacional Privado en las Convenciones Interamericanas*. Advocatus. Córdoba. 1990.

KALLER DE ORCHANSKY, Berta., *Nuevos Enfoques Respecto de la Actuación en Nuestro País de las Sociedades Constituidas en el Extranjero*, en *Anomalías Societarias. En Homenaje a Héctor Cámara*. Advocatus. Córdoba. 1992.

MARIÑO FAGES, Jorge R. J. (h). *La Supranacionalidad en los Procesos de Integración Regional*. Mave. Buenos Aires. 1999.

MUÑOZ, Ricardo, *Supremacía y Rigidez (o no) Constitucional a partir de la Reforma de 1994*. En Ponencias *Primeras Jornadas de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. U.N.R.C.. Universidad Nacional de Río Cuarto. 1995.

PEROTTI, Alejandro Daniel, "Una decisión que afianza el Derecho Mercosur (medidas cautelares) La sentencia del Superior Tribunal de Justicia del 8 de Junio de 2000. En *Revista de Derecho del Mercosur*. N° 4. La Ley. Buenos Aires. Agosto de 2000.

PIZZOLO, Calogero (h)., *Pensar el Mercosur*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. 1998.

RICHARD, Efraín Hugo., "El Derecho de la Organización en el Comercio Internacional", en *Jornadas de Derecho: El Desarrollo de la Integración hacia el siglo XXI*. Buenos Aires 6, 7 y 8 de Junio de 1996.

RIOS AVALOS, Bonifacio., "El comunitarismo y el Mercosur". En *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. Serie Internacional VI. Año 10 N° 16. 1996.

TORRES KIRMSEER, José Raúl, "Sistema de Solución de Controversias en el ámbito del Mercosur" en *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas. Serie Internacional*. Año XII, N° 20. 1998.