Armonización Legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?*

Por Luciana Beatriz Scotti

* TESINA FINAL DEFENDIDA Y APROBADA EL 1° DE JUNIO DE 2006 PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGISTER EN RELACIONES INTERNACIONALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. Calificación: nueve (9) puntos.

ÍNDICE

		Página
AGRADECIMIENTOS		**VII**
I.	**INTRODUCCIÓN**	**1**
II.	**METODOLOGÍA BÁSICA**	**5**
	1. Objetivos generales	6
	2. Planteo del problema	6
	3. Marco teórico - conceptual	9
	4. Hipótesis de trabajo	11
	5. Plan de trabajo	11
III.	**EL ESCENARIO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL SIGLO XXI: UNA APROXIMACIÓN INELUDIBLE A LA GLOBALIZACIÓN Y AL PAPEL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES**	**13**
	1. ¿Qué es la globalización?	14
	2. La globalización como fenómeno plurifacético	16
	3. ¿Cuáles son los beneficios y los riesgos de la globalización?	18
	4. ¿Quiénes son los protagonistas del escenario global?	21
	5. Las empresas y los grupos transnacionales como actores de las relaciones internacionales	22
	6. Las empresas transnacionales en América Latina. Hacia las empresas "translatinas"	27
IV.	**LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**	**36**
	1. Una aproximación al fenómeno de la integración regional	37
	A. ¿En qué consiste la integración regional?	37
	B. El sistema multilateral y los regionalismos	39
	C. ¿Cuáles son los tipos o formas de integración?	42

Página

2. Una aproximación al derecho de la integración 43

A. ¿Qué es el Derecho de la Integración? 44

B. Diferencias entre derecho comunitario y derecho de la integración 45

V. INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA: EL MERCOSUR 51

1. Integración latinoamericana: una fugaz mirada 52

2. La Asociación Latinoamericana de Integración (A.L.A.D.I.) 53

3. El MERCOSUR 54

A. Ideales del MERCOSUR: orígenes de un proceso de integración político - económico profundo 55

B. Dimensión económico - comercial del MERCOSUR: integración comercial incompleta 58

C. Dimensión político - estratégica del MERCOSUR: un proyecto político puesto en marcha 59

D. La dimensión jurídico - institucional: el derecho de la integración en el MERCOSUR 61

a. Las fuentes jurídicas del MERCOSUR 61

b. Los órganos del MERCOSUR 62

c. Principales deficiencias institucionales del MERCOSUR 66

VI. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN ESPACIOS INTEGRADOS: EL CASO DEL MERCOSUR 87

1. Armonización legislativa y áreas pertinentes 89

2. Diversos grados de armonización legislativa 96

3. Obstáculos para la creación de normas armonizadas en el MERCOSUR 97

4. Propuestas y reflexiones preliminares para alcanzar la armonización legislativa en el MERCOSUR 98

VII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y SISTEMAS DE REGULACIÓN 100

1. ¿Qué entendemos por insolvencia internacional? 101

2. Sistemas de regulación de la insolvencia internacional 101

Página

VIII. REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO

ARGENTINO DE FUENTE INTERNA Y PROYECTOS DE REFORMA **106**

1. Análisis del artículo 2° inciso 2° de la Ley 24.522 107

2. Análisis del artículo 3° inciso 5° de la Ley 24.522 112

3. Análisis del artículo 4° de la Ley 24.522 113

A. Evolución legislativa 113

B. Sistema de regulación adoptado 118

C. El dilema de las preferencias nacionales 120

D. La condición de reciprocidad: sus alcances 123

E. La paridad en los dividendos 126

4. Los proyectos de reforma 127

A. El Proyecto de 1998 127

B. El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado 129

C. El Proyecto de Ley sobre Insolvencia Transfronteriza 132

IX. DERECHO ARGENTINO DE FUENTE CONVENCIONAL: LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO **135**

1. Ámbito de aplicación material 137

2. Sistema adoptado: jurisdicción competente y ley aplicable 137

3. Calificaciones 142

4. Publicidad 142

5. Bienes situados en el territorio donde no se promueve juicio 142

6. Preferencias nacionales 143

7. Exclusión de bienes 143

8. Facultades del síndico, administradores o representantes de la quiebra 143

9. Rehabilitación del fallido 143

10. Responsabilidad civil del fallido 144

11. Interpretaciones jurisprudenciales recientes de los Tratados de Montevideo 144

X. OTROS MARCOS NORMATIVOS EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL **147**

1. El Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia 148

A. Características principales del Reglamento (CE) N° 1346/2000 149

Página

B. Fundamentos 150
C. Ámbito de aplicación material 151
D. Ámbito de aplicación territorial 152
E. Ámbito de aplicación temporal 153
F. Competencia internacional 154
G. Ley aplicable 155
H. Sistema adoptado: procedimientos principal y secundario. Coordinación 156
I. Eficacia extraterritorial de los procedimientos de insolvencia 159
2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza 161
A. Finalidad 163
B. Ámbito de aplicación material 163
C. Obligaciones internacionales del estado 164
D. Sistema adoptado: procedimientos principales y no principales 164
E. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del estado 166
F. Reconocimiento de un procedimiento extranjero 167
G. Cooperación internacional 168
3. La insolvencia internacional en el Derecho Comparado 173

XI. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA E INSOLVENCIA INTERNACIONAL: EL CASO DEL MERCOSUR 176
1. La normativa en materia de insolvencia internacional de fuente interna en los países miembros del MERCOSUR 177
A. Argentina 177
B. Brasil 177
C. Paraguay 180
D. Uruguay 181
E. Estados Asociados 182
F. Breve síntesis 183
2. La normativa en materia de insolvencia internacional de fuente convencional en los países miembros del MERCOSUR 184

Página

3. Marcos de regulación autónomos del MERCOSUR. Obstáculos para su

concreción 185

XII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES 187

1. Concentración empresaria y grupos económicos transnacionales 189

A. La concentración empresaria como género 189

B. Los grupos económicos o grupos de empresas. Los grupos transnacionales 190

2. Actuación internacional de las sociedades y de los grupos económicos en el Derecho Argentino 191

A. Fuente interna 191

B. Fuente convencional 197

3. Derecho societario argentino y grupos económicos transnacionales 201

A. El control societario y el derecho argentino 202

B. Participaciones societarias en el derecho internacional privado Argentino: artículos 30, 31 y 32 de la ley de sociedades 19.550 204

a. La participación de sociedades por acciones en otros tipos societarios. La regla del artículo 30 LSC 205

b. La participación de una sociedad en otra: el artículo 31 LSC 207

c. Las participaciones recíprocas. La regla del artículo 32 LSC 208

C. La extensión de la responsabilidad: la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica y el derecho societario argentino 210

4. La insolvencia internacional y los grupos económicos transnacionales. Extensión de la quiebra de grupos económicos en el derecho concursal argentino 215

XIII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES EN EL MERCOSUR 219

1. La regulación de las sociedades en el MERCOSUR 220

A. Fuente interna 220

B. Fuente convencional 222

C. El Derecho de las Sociedades en la Unión Europea 225

Página

2. La regulación de los grupos económicos transnacionales en el MERCOSUR 228

A. Fuente interna 228

a. Los grupos económicos en el derecho societario y concursal brasileño *228*

b. Los grupos económicos en el derecho societario y concursal uruguayo *234*

c. Los grupos económicos en el derecho societario y concursal paraguayo 235

B. Fuente convencional 236

3. Situación en el MERCOSUR: breve síntesis 236

XIV. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS 238

BIBLIOGRAFÍA 250

AGRADECIMIENTOS

En estas líneas deseo expresar, en primer lugar, mi más sincera gratitud a la Universidad de Buenos Aires por haber confiado en mi persona cuando, a través de la Secretaría de Ciencia y Técnica, me otorgó una beca de investigación en el marco de un Proyecto UBACYT, que me permitió durante dos años dedicarme con exclusividad a cursar la Maestría en Relaciones Internacionales y a realizar este trabajo de investigación, que hoy ha cobrado forma en la presente tesina.

Agradezco, asimismo, a los Profesores de la Maestría que han contribuido a profundizar mis estudios sobre el Derecho Internacional y a aquéllos que me han introducido en disciplinas, cuyos contenidos desconocía, y ahora me permiten comprender desde otra perspectiva, más amplia y reflexiva, tanto el ordenamiento jurídico internacional como las Relaciones Internacionales en general.

Tampoco puedo dejar de expresar mi reconocimiento a mis alumnos de esta Facultad de Derecho, con quienes intento día a día compartir las experiencias y los conocimientos adquiridos a través de mis actividades de investigación, ya que ellos, tal vez sin advertirlo, enriquecen mi labor a partir de sus inquietudes e interrogantes.

Mucho tengo para agradecer al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", que generosamente me ha abierto sus puertas y me ha permitido crecer en el camino que he elegido transitar. A su Director, Dr. Carlos M. Cárcova, a su Vicedirector, Dr. Tulio E. Ortiz, a sus miembros, a su personal, mi más profundo agradecimiento por los consejos, el apoyo y el estímulo permanentes.

Muy especialmente, me resta agradecer a mi titular de cátedra y directora de tesis, la Prof. Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas, quien con absoluta generosidad, ha orientado mi tarea, ha compartido conmigo sus conocimientos y sus valiosas experiencias, y me ha contagiado su inmenso amor por el Derecho Internacional Privado, por la docencia y por la investigación en esta querida Facultad de Derecho. Este reconocimiento, en parte, corresponde también a las Dras. Mónica S. Rodríguez y Vera M. Báez Peña, mis compañeras en la cátedra y en los proyectos de investigación, sin cuyo respaldo y aliento mi labor, sin dudas, hubiera sido mucho más ardua.

Finalmente, mi más profunda y sincera gratitud a mis padres por el afecto, por el apoyo, por haberme guiado cada día de mi vida.

I. INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La globalización de la economía internacional, la constante expansión de intercambios y de inversiones en el mundo, los procesos de integración regional, la irrupción de los grupos económicos transnacionales como actores protagónicos del escenario en el que hoy se tejen y destejen los hilos de las relaciones internacionales, son factores determinantes para el incremento de los casos de insolvencias transfronterizas.

Por su parte, esta interdependencia e interconexión mundial de las economías, en especial la facilidad de desplazamiento de los capitales por medios electrónicos, posibilita la realización de operaciones fraudulentas de los deudores insolventes, ya sea ocultando o transfiriendo sus bienes a Estados extranjeros.

En efecto, la actividad supranacional de las empresas y grupos económicos multinacionales importa que la insolvencia de una sucursal o filial se extienda a múltiples países que conforman hoy la aldea global. De allí que en los últimos tiempos han tomado estado público casos como el de *Maxwell Communication*, o el del *Bank of Credit and Commerce* (BCCI), así como otros casos de escandalosos fraudes de corporaciones multinacionales como los de las compañías *Parmalat, Worldcom* o el más conocido, ENRON.

A esta realidad innegable, sin lugar a dudas, responde la reciente concreción de proyectos de regulación de la insolvencia transfronteriza. En especial, aludimos al Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia, la Ley Modelo UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997, el concordato propuesto por el "Comité J" de la *International Bar Association* o las recomendaciones del *American Law Institute*.

Sin embargo, la mayor parte de las legislaciones nacionales todavía no se han adaptado a esta tendencia. La CNUDMI ha destacado en su 30° período de sesiones, al adoptar la Ley Modelo mencionada que sólo un número reducido de países dispone de un marco legislativo que permita abordar la insolvencia transfronteriza de forma adecuada a las necesidades del comercio internacional. En efecto, durante largos años e incluso hasta el presente, los Estados se han mostrado reticentes a modernizar sus legislaciones internas o a comprometerse en términos internacionales mediante un tratado bilateral o multilateral.

Sin dudas, la posición asumida por un número más que importante de Estados responde a una cuestión de fondo, que excede en mucho el ámbito del Derecho, el

mundo jurídico. Manifiesta la persistente tensión entre la soberanía nacional (y su resguardo en materia de insolvencia: el principio de la territorialidad) y la cada vez más frecuente internacionalización de este tipo de conflictos jurídicos, económicos y sociales y la consiguiente necesidad de ceder competencias consideradas tradicionalmente soberanas en la regulación de la economía.

La ausencia de previsibilidad y de certidumbre de los regímenes de insolvencia internacional perjudica el desarrollo económico, el comercio internacional, los flujos de capitales, desalienta las inversiones extranjeras, y aumenta el riesgo país.

Tal como se puede leer en la Guía para la incorporación de la Ley Modelo a los derechos internos: "La falta de previsibilidad sobre cómo se administra una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva a la inversión transfronteriza". En cambio, "todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión y operación comercial en ese Estado".

Asimismo, cabe señalar que tanto los escasos marcos legales internos como los pocos convenios internacionales vigentes en materia de insolvencia transfronteriza hacen caso omiso del fenómeno de los grupos económicos o grupos de sociedades en especial. En efecto, hoy la empresa multinacional posee una estructura que dista en gran medida de la de una simple sociedad que actúa en más de un Estado, sino que consiste en una red de sociedades, constituídas y con actuación en más de un país, vinculadas entre sí a través de las más diversas formas jurídicas. Este fenómeno, de gran trascendencia económica, política y social, permanece casi inexplorado desde el punto de vista jurídico, y en especial desde la mirada del Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, mientras avanza la globalización, no podemos desconocer que se reproducen y profundizan procesos de integración regional y subregional de diversa índole. Precisamente, en un espacio integrado, la falta de armonización legislativa en materia de insolvencia internacional genera con un alto grado de probabilidad la distorsión del libre tráfico de bienes, servicios y capitales en su interior. Piénsese en un régimen que da preferencia a los acreedores locales por sobre los extranjeros. O en un régimen que contemple procedimientos de reorganización, de conservación de la empresa. El problema planteado se agrava cuando las disparidades también afectan al tratamiento de las sociedades y de los grupos multinacionales. Esta situación

precisamente se presenta en la actualidad en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Por tanto, en esta investigación puntualmente abordaremos la delicada cuestión de la armonización en materia de insolvencia internacional de las empresas que conforman un grupo multinacional de sociedades en el MERCOSUR.

La importancia del tema objeto de esta investigación resulta evidente si nos detenemos principalmente en los siguientes aspectos. Por un lado, los grupos económicos son actores típicamente transnacionales que cumplen un rol protagónico en las Relaciones Económicas Internacionales, y un eventual estado de insolvencia se presenta como una situación fácticamente probable y prácticamente inevitable. Por otro lado, la integración regional es un fenómeno cuyo análisis no puede soslayarse en nuestros tiempos. Así, la armonización de las legislaciones en materia de insolvencia internacional que contemplen un capítulo especial dedicado a los grupos transnacionales, en función de sus particularidades, según intentaremos comprobar en este trabajo, es una asignatura pendiente en el MERCOSUR, que no está exenta, sin embargo, de serios obstáculos que deberán ser superados.

En suma, esta suerte de trilogía: insolvencia internacional - grupos económicos transnacionales - integración regional revela una amplia red de relaciones, conflictos e intereses en juego cuyo estudio puede resultar un aporte interesante para la comunidad científica y para una posible y futura regulación de la problemática esbozada en el ámbito del MERCOSUR.

II. METODOLOGÍA BÁSICA

II. METODOLOGÍA BÁSICA

1. OBJETIVOS GENERALES

Los objetivos que nos hemos propuesto cumplir en este trabajo de investigación son los siguientes:

1) Analizar brevemente el fenómeno de la integración regional y en especial el MERCOSUR, a fin de conocer sus características principales y así encontrarnos en condiciones de evaluar la necesidad de armonizar las legislaciones en la cuestión que nos ocupa.
2) Estudiar en profundidad la regulación de la insolvencia transnacional en los diversos marcos normativos existentes y en especial, en aquellos vigentes en nuestro país y en otros Estados miembros del MERCOSUR.
3) Analizar el fenómeno de los grupos transnacionales de sociedades, en particular, desde la perspectiva jurídica.
4) Realizar un estudio comparativo de la regulación de los grupos económicos y la insolvencia internacional en la legislación interna y convencional de los Estados Miembros del MERCOSUR.
5) Analizar el tratamiento de dicha cuestión en otros espacios integrados.
6) Destacar la posible conveniencia de elaborar un marco jurídico armonizado que vincule a los Estados Miembros del MERCOSUR en materia de insolvencia internacional y crisis de las empresas que integran grupos económicos a fin de eliminar las disparidades legislativas, fuentes de inseguridad jurídica.
7) Identificar los obstáculos y dificultades que presenta la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes en el MERCOSUR, y en particular en la que estamos abordando, a fin de proponer soluciones posibles y realistas para sortearlos.
8) Brindar aportes y pautas de armonización mínimas, teniendo en cuenta las bases comunes de los países miembros, como también las peculiaridades del área y los objetivos del MERCOSUR como esquema de integración.

2. PLANTEO DEL PROBLEMA

El fenómeno de la concentración de capital ha fomentado el desarrollo de grupos económicos, quienes irrumpen en la escena del mundo globalizado como actores principales de un nuevo orden transnacional.

Las empresas que integran estos grupos societarios, por su parte, pueden atravesar dificultades económicas y/o financieras que no les permitan dar cumplimiento a las obligaciones contraídas, provocando situaciones de crisis o insolvencia.

A su vez, la intensificación de los intercambios comerciales y la búsqueda de una economía sin fronteras ha llevado a los Estados a conformar espacios integrados a fin de alcanzar su propio desarrollo económico y social. En esta tendencia se inscribe la conformación del MERCOSUR a partir de la aprobación del Tratado de Asunción en 1991 por parte de la República Federativa de Brasil, la República Oriental del Uruguay, la República del Paraguay y la República Argentina.

Este espacio integrado en tanto tiene por objetivo alcanzar la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, incide en la regulación de los operadores comerciales, en general y de los grupos económicos, en particular, como también en la regulación de la insolvencia internacional puesto que los comerciantes, las empresas y los grupos de empresas que desarrollan sus actividades en dicha área de integración regional pueden, asimismo, atravesar por dificultades económicas y/o financieras, produciéndose casos de insolvencias transfronterizas.

En el momento actual, no existe un instrumento propio, autónomo del MERCOSUR y los Estados Miembros presentan en sus legislaciones nacionales disparidades normativas, circunstancia que constituye un grave problema.

Así, los artículos 65 a 68 de la ley de concursos y quiebras de Argentina N° 24.522 de 1995 regulan un procedimiento concursal especial para el caso de que alguna de las empresas que integran el grupo económico se halle en cesación de pagos. Asimismo, los artículos 160 a 171 del mismo cuerpo normativo establecen un procedimiento mediante el cual se extiende la quiebra de una empresa a las distintas sociedades que componen el grupo, normativa que se vincula con el art. 54 de la Ley de Sociedades N° 19.550 que recepta la teoría de la penetración del ente (*Disregard of Legal Entity Theory*). Además los artículos 31 y siguientes de esta ley tratan algunos aspectos vinculados a las participaciones societarias y al control de los conjuntos económicos. En tanto que en su capítulo 3 (arts. 367 y ss de la Ley 19.550) recoge dos figuras: las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas, otorgándoles carácter de contratos asociativos, sin reconocerles personalidad jurídica.

Por su parte, Brasil, en el capítulo XXI de la ley de sociedades por acciones legisla cuidadosamente sobre "Grupos de Sociedades". La legislación uruguaya tan solo regula los grupos de interés económico, mientras que el derecho paraguayo no contiene norma específica sobre el tema. Ninguna de estas normativas legisla sobre grupos económicos en sus respectivas leyes concursales.

Se observa que los Estados miembros cuentan en sus legislaciones ya sea en materia societaria y/o concursal con normas que regulan aspectos de la insolvencia de los grupos económicos, pero sin hacer referencia alguna al desenvolvimiento de los mismos en el ámbito internacional ni en el regional.

Por otra parte, no podemos soslayar la existencia de instrumentos internacionales que vinculan a los Estados integrantes del área y a terceros Estados. En efecto, el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1940 que vincula a la República Oriental del Uruguay, a la República del Paraguay y a la República Argentina dedica el título 8 a las quiebras internacionales y en su título 2 regula la materia societaria. Sin embargo, nada dispone acerca de los grupos económicos. Lo propio sucede con el Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén que vincula a Brasil con quince países latinoamericanos. Por otro lado, ninguna de las Convenciones sancionadas en el marco de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, que vinculan a los Estados del espacio integrado se dedica a la regulación de la insolvencia internacional. La CIDIP II sobre conflictos de leyes en materia societaria tampoco hace mención de los grupos económicos.

En síntesis, no existe regulación del tema que aborda el presente trabajo de investigación ni a nivel autónomo ni a nivel heterónomo en el MERCOSUR, constituyendo un vacío normativo.

En otro espacio integrado, como es la Unión Europea, encontramos que después de muchos proyectos de diversa índole se elaboró el Reglamento (CE) 1346/00 sobre Procedimientos de Insolvencia, actualmente vigente, que sin embargo no contempla en particular la situación de los grupos económicos.

En suma, a fin de dar efectivo cumplimiento al art. 1° del Tratado de Asunción, según el cual los Estados miembros asumen el compromiso de lograr la armonización legislativa en las áreas pertinentes, y atento a las asimetrías legislativas que presentan los Estados partes del MERCOSUR, se impone la necesidad de plantearnos algunos interrogantes:

- ¿Es un área pertinente a armonizar la insolvencia transfronteriza de los grupos económicos que actúan en el MERCOSUR?,
- ¿Es conveniente armonizar esta materia?,
- ¿Cuáles son los peligros de no hacerlo?,
- ¿La armonización de las legislaciones de los Estados Miembros es un medio apto para evitar que las empresas y los grupos encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado Miembro a otro en búsqueda de una posición más favorable?,

- ¿Existen principios jurídicos comunes en la materia compartidos por las legislaciones de los Estados Miembros del MERCOSUR?,
- ¿Cuáles serían las técnicas de armonización legislativa apropiadas según el área a armonizar y las particularidades del espacio integrado: coordinación, aproximación, armonía legislativa, o uniformidad legislativa?,
- ¿Cuáles serían los instrumentos jurídicos aptos para alcanzar tal armonización de legislaciones?, ¿ Un convenio regional?, ¿La reforma del derecho interno en la materia de cada uno de los miembros que implemente pautas comunes?,
- ¿Cuáles serían los obstáculos más relevantes que se opondrían a la armonización legislativa en esta materia?, ¿Es posible superarlas?, ¿Cómo?,
- ¿Es posible aprovechar los logros alcanzados en la regulación de las insolvencias transfronterizas por otros espacios integrados?

3. MARCO TEÓRICO - CONCEPTUAL

La presente investigación se enmarca en el Proyecto UBACyT D019 (2001/2004) cuyo título era: "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional y conservación de la empresa en crisis en el MERCOSUR, Chile y Bolivia". El mismo destacaba la importancia que reviste el compromiso de armonizar las legislaciones de los Estados partes del MERCOSUR y de los Estados Asociados a fin de fortalecer los cimientos del espacio integrado.

Dentro de dicho encuadre, el fenómeno de los grupos económicos, sus dificultades financieras y económicas y la posibilidad de contar con procedimientos preventivos que permitan su conservación, representa un tema de gran importancia y actualidad.

A fin de profundizar el estudio de la armonización legislativa en materia de insolvencia y conservación de las empresas que conformar los grupos económicos en el MERCOSUR, resultarán muy valiosas las clásicas teorías desarrolladas en materia de quiebras internacionales por el Derecho Internacional Privado: la doctrina de la extraterritorialidad y la de la territorialidad, según se sostenga el reconocimiento o no de los efectos de la declaración de quiebra en otro Estado. En nuestro caso, tratándose de un espacio integrado, el sistema que propone la teoría de la extraterritorialidad resulta más propicio para el cumplimiento de los objetivos del área. En cambio, el debate doctrinario se abre en torno a la posibilidad de apertura de un único juicio universal (teoría de la unidad) o de juicios plurales simultáneos (teoría de la pluralidad).

Asimismo se han elaborado teorías más modernas, que han buscado un punto de equilibrio entre las mencionadas doctrinas extremas como ser aquella que postula la existencia de un procedimiento principal y la posibilidad de incoar procedimientos secundarios, sistema finalmente adoptado por la Unión Europea.

La evaluación de estas diversas teorías será realizada teniendo en consideración que nuestra investigación se circunscribe a un espacio integrado y por tal razón, serán de suma utilidad las herramientas que brinda el Derecho de la Integración.

Por otra parte, serán utilizadas conceptualizaciones teóricas propias del Derecho Comercial Societario, tales como la Teoría de la penetración del ente o de la desestimación de la personalidad jurídica.

Asimismo, es necesario conceptualizar ciertos términos básicos utilizados a lo largo de la presente investigación, que serán desarrollados en profundidad más adelante:

- **ARMONIZACIÓN DE LEGISLACIONES:** En un sentido amplio, se trata de una de las técnicas para solucionar el régimen jurídico de las relaciones de Derecho Internacional Privado. Desde una perspectiva más estricta, se pueden diferenciar los términos "armonización" y "unificación. Una genuina "unificación" del derecho privado podría implicar la adopción de un texto común, que puede consistir en tratados o convenciones internacionales, y su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión judicial por un tribunal supranacional. En cambio, el concepto de "armonización" es más flexible y no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme; se refiere a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelos, o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado.
- **INSOLVENCIA:** Se entenderá por tal a la situación de crisis del comerciante, abarcativa de la imposibilidad, de la dificultad de la empresa que no puede afrontar debidamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Con el empleo del término "insolvencia" se procura abarcar los procedimientos contra diversos tipos de deudores, así como procedimientos destinados no sólo a reorganizar el patrimonio del deudor sino también a liquidar sus bienes y su personalidad en tanto que entidad comercial.
- **INSOLVENCIA INTERNACIONAL O TRANSFRONTERIZA**: Tal fenómeno se produce cuando en una situación de impotencia patrimonial como la descripta, hallamos elementos extranjeros, tales como un patrimonio internacionalmente disperso y/o la existencia de acreedores locales y extranjeros.

- **GRUPO ECONÓMICO MULTINACIONAL O INTERNACIONAL O TRANSNACIONAL:** Se entiende por tal a aquel conjunto de compañías, empresas, entrelazadas entre sí y, con un centro de poder (sociedad matriz, madre o *holding*) que intenta conducir sus actividades en una escala internacional, para lo cual transfiere fondos, utilidades, inversiones y negocios de toda índole.
- **MERCOSUR:** El Mercado Común del Sur es un espacio integrado subregional dentro del marco de la ALADI. El Tratado fundacional del área es el Tratado de Asunción de 1991. Sus Estados miembros son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Asimismo mantiene acuerdos de asociación con otros Estados, tales como Chile, Bolivia, Perú, Venezuela.

4. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Las hipótesis de trabajo que proponemos y que guiarán esta investigación son:

- La insolvencia de las empresas que conforman un grupo económico es un área pertinente de armonización legislativa en los términos del art. 1° del Tratado de Asunción en tanto incide de manera directa en el desarrollo económico y social del MERCOSUR.
- Resulta conveniente regular en el ámbito del MERCOSUR esta materia para contribuir al fortalecimiento del mercado común y evitar que los grupos de empresas encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado Miembro a otro en búsqueda de una posición más favorable.
- Las técnicas de armonización legislativa más apropiadas para regular esta cuestión son aquellas que, teniendo en consideración los marcos normativos ya existentes, respondan a las particularidades del espacio integrado y adopten soluciones realistas conciliando los intereses y los principios jurídicos que sean más aceptables para los Estados Miembros del MERCOSUR.

5. PLAN DE TRABAJO

A fin cumplir los objetivos propuestos, comenzaremos, como paso ineludible, esbozando algunas nociones y características elementales del escenario en el que se inserta el MERCOSUR, en el que se desenvuelven los grupos económicos y en el que se desencadenan las situaciones de insolvencia internacional.

En segundo lugar, nos dedicaremos al análisis de la integración regional, sus dimensiones, el derecho de la integración, sus alcances y peculiaridades en

Latinoamérica y en el Cono Sur, especialmente a partir de la constitución del MERCOSUR.

Seguidamente, abordaremos el fenómeno de la insolvencia transfronteriza, sus características y sistemas de regulación. A continuación, estudiaremos en profundidad el derecho argentino vigente de fuente interna y convencional, así como los proyectos nacionales de reforma en la materia que nos ocupa.

Una vez analizado la regulación en nuestro sistema, observaremos otras realizaciones cuyo estudio no puede soslayarse. Nos referimos a un marco normativo de naturaleza comunitaria en el ámbito de un espacio integrado como es la Unión Europea, es decir, el Reglamento (CE) N° 1346, y la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza elaborado en 1997 por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/CNUDMI). Además, realizaremos unas breves consideraciones acerca de recientes soluciones en el derecho internacional privado comparado.

De este modo, arribaremos a un punto clave de nuestro camino: realizaremos un recorrido por la situación normativa en los países que integran el MERCOSUR, a fin de observar las asimetrías existentes y evaluar la necesidad de una armonización legislativa en materia de insolvencia internacional en nuestro esquema de integración subregional.

Así, a continuación estaremos en condiciones de estudiar la delicada vinculación entre los grupos económicos transnacionales y la insolvencia transfronteriza en nuestro espacio integrado. También en este caso, someteremos a análisis nuestra legislación vigente así como las de los restantes Estados partes del MERCOSUR.

Finalmente, esbozaremos nuestras conclusiones, así como nuestras propuestas y recomendaciones sobre el tema que nos ocupa en esta investigación.

III. EL ESCENARIO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL SIGLO XXI: UNA APROXIMACIÓN INELUDIBLE A LA GLOBALIZACIÓN Y AL PAPEL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

III. EL ESCENARIO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN EL SIGLO XXI: UNA APROXIMACIÓN INELUDIBLE A LA GLOBALIZACIÓN Y AL PAPEL DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

El incremento de los intercambios comerciales, de las inversiones internacionales, el vigoroso desarrollo de las empresas multinacionales y de los grupos de sociedades transnacionales, los procesos de integración regional son, entre muchas otras, características definitorias de la denominada globalización. Este es el escenario actual de las relaciones internacionales y por tanto no podemos dejar de aproximarnos a este fenómeno que sin dudas condiciona y determina diversos aspectos del tema que abordamos en este trabajo.

1. ¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN?

Una de las primeras definiciones que podemos hallar del término "globalización" la encontramos en el Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, quienes en 1976 exponen una tesis sobre el fenómeno que ya vislumbraban: "El camino a una colaboración internacional cada vez más estrecha ha comenzado a corroer los tradicionales poderes de los Estados soberanos. Influyen mayormente las llamadas comunidades supranacionales que intentan limitar fuertemente la soberanía interior y exterior de los Estados miembros; las autoridades "supranacionales" tienen la posibilidad de asegurar y afirmar por medio de cortes de justicia adecuadas la manera en que su derecho "supranacional" debe ser aplicado por los Estados a casos concretos: ha desaparecido el poder de imponer impuestos y comienza a ser limitado el de acuñar moneda (...). *Pero hay también nuevos espacios, ya no controlados por el Estado soberano: el mercado mundial ha permitido la formación de empresas multinacionales que tienen poder de decisión no sujeto a nadie y libres de cualquier control* (...). Los nuevos medios de comunicación de masas han permitido la formación de una opinión pública mundial (...)La plenitud del poder estatal está en decadencia. Con esto, sin embargo, no desaparece el poder; desaparece solamente una determinada forma de organización del poder, que tuvo su punto de fuerza en el concepto político - jurídico de soberanía." (el destacado nos pertenece).[1]

[1] Bobbio, Norberto y Mateucci, Nicola, *Diccionario de Política*, Siglo XXI Editores, México, 1986, p. 1544 y ss. Hemos decidido incluir esta conceptualización del fenómeno porque la consideramos sumamente descriptiva y adelantada a la época.

Sin embargo, en general, se sostiene que el término "globalización" fue acuñado en 1983 por Theodore Levitte para designar una convergencia de los mercados del mundo. En este sentido escribió: "En todas partes se vende la misma cosa y de la misma forma".[2] En 1990, Kenichi Ohmae amplió el contenido del término ya que lo describió como una cadena que incluye la investigación y el desarrollo, la ingeniería, la producción, la comercialización, los servicios y la banca. Y en 1995 en "El fin del Estado-Nación", sostiene que en el futuro la nueva economía mundial tendrá como núcleo no a los estados-nación sino a muchas regiones entrelazadas, al modo de estados-región, ciudades-estado o ciudades globales.[3]

Por su parte, el Fondo Monetario Internacional (FMI) define la globalización como la interdependencia económica creciente en el conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento del volumen y variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que por la difusión acelerada y generalizada de la tecnología.[4]

Pero al margen de la utilización del vocablo globalización, el fenómeno en sí mismo, no es reciente. En efecto, algunos autores, como Aldo Ferrer consideran que el mundo comenzó a transitar por este proceso hace más de cinco siglos.[5] Sin perjuicio de lo cual nunca antes como en nuestros días el comercio y los mercados financieros han estado tan desarrollados e integrados. Otros autores como John Gray afirman que no se debe confundir la globalización, como proceso histórico que durante siglos ha estado en curso, con el efímero proyecto político de libre mercado de amplitud mundial. Para Gray, la globalización se refiere a la interconexión creciente de la vida económica y cultural entre las partes distantes del mundo. En esta inteligencia el Profesor de Política de la Universidad de Oxford, señala que este fenómeno tuvo

---

[2] Theodore Levitte propone la utilización de este término con el alcance mencionado en "Globalization of Markets" (Harvard Business Review, mayo-junio de 1983.)

[3] Véanse al respecto las obras de este consultor y analista japonés: *The Borderless World, The End of the Nation State, De l´état/nation aux états/ régions.*

[4] Esta definición y otras semejantes se pueden encontrar en diversos trabajos preparados por los grupos de trabajos del FMI, publicados en su página web: www.imf.org. Entre ellos fueron consultados: "La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?", de abril del 2000, "Perspectivas de la economía mundial", mayo de 2000, "Iniciativa para la reducción de la deuda de los países pobres muy endeudados (PPME)", y "Guide to Progress in Strengthening of the International Financial System".

[5] Cfr. Ferrer, Aldo, *Historia de la globalización*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996. En otra obra, Ferrer sostiene que una de las ficciones de la globalización es precisamente presentarla como un fenómeno sin precedentes históricos. Cfr. Ferrer, Aldo, *Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el Mercosur en el sistema internacional*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.

sus orígenes durante el siglo XVI, cuando el poder europeo se propuso proyectarse a otras partes del mundo a través de las políticas imperialistas.[6]

A su turno, tal como lo señala Aldo Ferrer, no debe soslayarse que la globalización coexiste aún con espacios nacionales en los cuales se desarrolla la mayor parte de las transacciones económicas. Más de 80% del consumo y la inversión se abastece con la producción interna de los países y más del 90% de la acumulación de capital en el mundo se financia con el ahorro interno de los países. En consecuencia, según el autor, en su inmensa mayoría, los gigantestos recursos financieros que circulan en la economía mundial no tienen una relación directa con la producción, el empleo y el comercio.[7]

2. LA GLOBALIZACIÓN COMO FENÓMENO PLURIFACÉTICO

Si bien se suele apreciar y definir a la globalización en términos económicos, su espíritu es mucho más amplio. Se trata, de hecho, de un fenómeno multidimensional y complejo, que para cierta línea de pensamiento se diferencia entonces del concepto de "mundialización", centrado en los aspectos económicos.[8] Así, la globalización afecta entre otros a los siguientes ámbitos:

1) **La economía:** la globalización económica o el capitalismo global es un proceso histórico, producto de la innovación humana y el progreso tecnológico y se refiere a la creciente integración de las economías de todo el mundo, en especial a través del comercio y los flujos financieros.[9]
2) **La política:** la irrupción de la aldea global y el proceso paralelo de integración regional ha producido la urgente necesidad de reformular conceptos esenciales de la teoría política como el de Estado, el de democracia, el de soberanía nacional, el de división de poderes, el de sistema de partidos políticos, el de las autonomías locales y el de federalismo, entre otros. En particular, la teoría del Estado - Nación soberano ha entrado en crisis.[10] El Estado ya no es el protagonista absoluto

[6] Gray, John, "Las desiluciones del capitalismo globalizado. Falso amanecer", *Nexos* 260, agosto de 1999, en www.nexos.org.
[7] Cfr. Ferrer, Aldo, "La Globalización, la crisis financiera y América Latina", en *Comercio Exterior*, Vol 49, N° 6, México, Bancomext, junio de 1999, ps. 527-536.
[8] Cfr. Secretaría Permanente del SELA, "Globalización, inserción e integración: tres grandes desafíos para la región", junio de 2000. Disponible en http://www.sela.org
[9] Cfr. Fondo Monetario Internacional, "La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?", abril del 2000, disponible en www.imf.org.
[10] Para un desarrollo de los procesos de integración en el contexto de globalización mundial, puede consultarse: Vilaseca I Requena, Jordi. “El Proceso de Integración como parte del Proceso de Mundialización” en Martinez Peinado, Javier y Vidal Villa, José María. (comps.), *Economía Mundial*, McGraw-Hill, Barcelona, 1995, ps. 299 a 309

de la política doméstica ni de la política internacional ya que las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales, las ONGs le disputan su antiguo lugar de privilegio. Nos encontramos ante un período histórico de transformación del Estado moderno, de erosión y hasta desaparición de algunas de sus características definitorias, proceso que lleva a un número importante de especialistas a utilizar una nueva categoría, la de Estado posmoderno.[11]

3) **La cultura:** en efecto, la globalización implica la interconexión cultural de Estados, regiones, continentes y civilizaciones. Estas relaciones pueden ser enriquecedoras pero también conflictivas, como cuando un Estado, continente o cultura pretenden crear una civilización universal mediante la propagación de sus propios valores.
4) **Las tecnologías y las comunicaciones:** la globalización importa la propagación mundial de nuevas tecnologías capaces de abolir las distancias. Asimismo, la información se ha vuelto accesible a un costo muy bajo y ha devenido mucho más transparente en todos los rincones del universo. Las redes digitales de información, el fenómeno de Internet, la globalización de la información y del conocimiento obligan al receptor a discernir, optar, seleccionar los datos y la veracidad de los mismos al momento de utilizarlos.
5) **Las guerras y los conflictos:** en un mundo cada vez más global, los conflictos se redefinen, y las estrategias tradicionales son inútiles ante los nuevos flagelos. En este sentido, el pensador francés Jean Baudrillard nos advierte que estamos presenciando la cuarta guerra mundial.[12] Ésta no tiene un frente propiamente dicho, pero será la primera guerra verdaderamente mundial pues lo que está en juego en esta ocasión es precisamente la propia mundialización. Según el autor se trata de una guerra que aunque no tiene un frente, paradójicamente esta en todos lados.

---

[11] Ver entre otros, Agulla, Juan C., *Globalización y agonía de la sociedad nacional*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999; Corigliano, Francisco "La globalización y la erosión de la soberanía del Estado Nacional", en *Revista Criterio* N° 2264 VIII/2001, p. 408 y ss; Held, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Ed. Paidós Ibérica, Buenos Aires, 1997; Hein, Wolfang, "La Ilusión del Estado Nación y el nuevo orden mundial", en *Nueva Sociedad* N° 132, Caracas, 1994; Kliksberg, Bernardo (comp.), *El rediseño del Estado. Una perspectiva internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996; Ortiz, Tulio, "La globalización y el Estado moderno. Extinción o transformación?", en *Origen y transformación del Estado argentino en períodos de globalización*, Ortiz, Tulio y otros (coords.) Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UBA y Biblos, Buenos Aires, 2003.

[12] Debemos aclarar que el autor considera que la tercera guerra mundial fue la Guerra Fría, que culminó con la caída del Muro de Berlín.

Es una guerra que incluso se juega en el interior de los seres humanos porque habría algo que se resiste en nosotros a ese modo de vida occidental, impuesto por los Estados Unidos. Sería una guerra muy violenta, perversa, terrorista. En efecto, después de los atentados a las Torres Gemelas y al Pentágono se ha puesto de relieve otra faceta de la globalización: la generalización del terrorismo, el "terrorismo global".

6) **El medio ambiente:** la utilización de los recursos naturales también se ha globalizado y emerge la necesidad de universalizar su protección. Sin embargo, hasta el momento el sistema internacional no posee instituciones efectivas para preservar la riqueza del medio ambiente. Esta situación se ha puesto de manifiesto como una amenaza a la paz mundial. Pensemos tan solo en la posibilidad de una lucha por el control de estos recursos, cada vez son más escasos.
7) **El derecho:** la globalización vacía de contenidos a las estructuras de los derechos nacionales internos, reformula al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional Privado y da nacimiento al Derecho de la Integración y al Derecho Comunitario. Por otro lado, el incremento de los intercambios comerciales internacionales da lugar a un desarrollo privilegiado del Derecho Comercial Internacional y del Derecho Internacional Económico por sobre otras ramas del derecho.[13] Desde esta reformulación, transformación, internacionalización, adaptación del Derecho a los tiempos que corren, partimos para la elaboración de este trabajo de investigación.

3. ¿CUÁLES SON LOS BENEFICIOS Y LOS RIESGOS DE LA GLOBALIZACIÓN?

Los defensores de la globalización manifiestan que ella ha traído un notable crecimiento del ingreso sin precedentes. Según informes del FMI durante el siglo XX se quintuplicó el PBI mundial per capita. La globalización sería para dicho organismo la vía para beneficiarse de mercados cada vez más vastos en todo el mundo y tener mayor acceso a los flujos de capital y a la tecnología y beneficiarse de importaciones más baratas y mercados de exportación más amplios. El FMI considera que los países

[13] Véase para un desarrollo pormenorizado de las implicancias de la globalización en el derecho: "Las ramas del mundo jurídico en la globalización/marginación", ponencia del Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, en las Jornadas sobre Globalización y Derecho, celebradas el 26 de junio de 2002, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Y la obra dirigida por Calvo Caravaca, Alfonso y Blanco Morales Limones, Pilar, *Globalización y Derecho*. Editorial Colex. 2003, entre otras.

que no se han integrado a la economía mundial, no han podido hacerlo por políticas internas que decidieron adoptar y por factores que escapan a su control. El imperativo sustentado por el organismo es que ningún país y menos los más pobres pueden permitirse quedar aislados de la economía mundial.

Además el Fondo sustenta que no debe mirarse solo la brecha en el nivel de ingreso aún existente, sino que también deben observarse otros indicadores para medir el bienestar de la población mundial. Así, destaca un contraste entre la "brecha de ingresos" y la "brecha de los indicadores del desarrollo humano" y llega a la siguiente conclusión: "Actualmente, el nivel de ingresos (ajustados por la inflación) de los países pobres es aún mucho más bajo que el de los grandes países en 1870, y además la brecha de ingresos se ha ampliado. No obstante, a juzgar por los indicadores del desarrollo humano, la situación de los países pobres es hoy mucho mejor que la que existía en 1870 en los grandes países. Esto se debe en gran medida a que los avances médicos y el mejoramiento de las condiciones de vida han aumentado considerablemente la esperanza de vida". [14]

Por otra parte, en general la opinión en contra de la globalización se focaliza en: la generación de grandes inequidades sociales, la marginalización y la exclusión social, las mayores presiones migratorias tanto en países ricos como en aquellos en desarrollo y su carácter antidemocrático, en tanto fue un proceso impuesto por los centros de poder en sus propias economías y en la periferia.[15]

Estos factores han contribuido a generar y/o incrementar variedades de nacionalismos y fundamentalismos, engendrando un profundo conflicto o "choque de civilizaciones"[16] e impulsando el terrorismo global.

Incluso algunos de quienes se han beneficiado en el proceso como George Soros son críticos acérrimos del mismo. Soros manifiesta que la crisis de la economía mundial es muy inquietante y peligrosa para el sistema capitalista global porque el sistema en sí mismo es su causa principal ya que los mercados financieros son

[14] Cfr. Fondo Monetario Internacional, "La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?", abril del 2000, disponible en www.imf.org. Sin embargo, en el mismo informe se reconoce que "aunque la brecha entre los indicadores del desarrollo humano se ha reducido a largo plazo, son demasiadas las personas que están quedando a la zaga".

[15] Un desarrollo extenso sobre estos temas se puede encontrar en "Globalizar la riqueza: justicia social en la era de la globalización", por Alvaro de Regil Castilla, noviembre de 1999, www.nexos.org.

[16] Para un desarrollo interesante acerca del denominado conflicto de civilizaciones se pueden estudiar tesis contrapuestas en Fukuyama, Francis, *¿El fin de la historia?*, The National Interest N° 16, Summer, 1989; Fukuyama, Francis, *No hay choque de civilizaciones*, La Nación, noviembre de 2001. www.sociología.de; y Huntington, Samuel, *El choque de civilizaciones*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2000; Huntington, Samuel, *El choque de civilizaciones*. Foreign Affairs, 1993.

esencialmente inestables y son el motivo más importante de la "epidemia económica", representada por las crisis de México, de Asia, de Rusia y de Brasil.[17]

Por su parte, síntomas del mismo malestar quedaron de manifiesto en el fracaso de la Reunión Ministerial de la OMC, en Seattle en noviembre de 1999 debido principalmente a las diferencias entre los países desarrollados, el reclamo de los países en desarrollo y las protestas callejeras provenientes de los grupos más diversos. Asimismo, en la Declaración de Bangkok, aprobada por la UNCTAD X se subrayó que "la mundialización conlleva también el peligro de marginación para los países, en particular los más pobres, para los grupos más vulnerables de todo el mundo... Las asimetrías y los desequilibrios de la economía internacional se han intensificado. La inestabilidad del sistema financiero internacional sigue siendo un grave problema, que precisa atención urgente". En el Consenso de Brasilia (UNESCO, 6/7/1997) se apeló a la necesidad de "gobernar la globalización". Otros organismos internacionales han alertado sobre la brecha entre ricos y pobres que han abierto las políticas utilizadas en las últimas décadas.[18]

Aún desde ex dirigentes de los organismos económicos internacionales provienen las críticas al modelo. Así, Michel Camdessus advirtió que "el mundo se halla sumido en un mar de dudas... ha quedado agotado en la carrera que media entre la miseria y el desarrollo, reina el miedo".[19]

De todas formas, antes de culminar con este apartado, debemos realizar una advertencia: no podemos ignorar que detrás de los beneficios que se predican y de los peligros que se pregonan de la globalización, existe una carga emotiva importante. Tal como lo destaca Anthony Giddens,[20] detrás de toda definición de este fenómeno

---

[17] Soros, George, "Capitalismo global ¿última llamada?", en www.nexos.org, donde sintetiza su opinión vertida in extenso en su libro *La crisis del capitalismo global*.

[18] El PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo) en su Informe sobre Desarrollo Humano 2003 alerta sobre la necesidad de una distribución más equitativa de los ingresos y de los servicios. Disponible en www.undp.org/hdr2003/espanol. En similar sentido la OIT (Organización Mundial del Trabajo) publicó recientemente un estudio sobre las consecuencias sociales de la liberalización de los mercados en el que concluye que unos 4.000 millones de seres humanos están excluídos de los beneficios de las mundialización. Disponible en www.ilo.org/public/spanish. Por su parte el Banco Mundial publicó un informe en 2003 según el cual la brecha entre ricos y pobres se sigue ensanchando y representa una amenaza para la paz en el mundo. Disponible en www.worldbank.org .

[19] Camdessus, Michel, "Vivir en la ciudad global", en *Revisa Capítulos del SELA* N° 45, enero-marzo de 1996, p. 9.

[20] Giddens, Anthony, *La tercera vía*, Ed. Taurus, Madrid, 1999. Giddens, desde la teoría que sustenta, la llamada "tercera vía", sugiere que una conceptualización del fenómeno adecuada debe diferir de ambos enfoques y por el contrario, debe poner atención en varias cuestiones: a) esta sacudida fundamental de la sociedad mundial tiene numerosas causas y no una sola; b) es un proceso contradictorio, no debe entenderse tan sólo como un concepto económico... En algunos casos genera solidaridades y en otros las destruye, y c) la fase actual del proceso no es sólo la extensión de las fases anteriores de la expansión del mundo occidental.

existe una disposición ideológica que divide a los "hiperglobalizadores" y los "anti-globalizadores" o "escépticos de la globalización".

Ambas posturas son extremas. La de los "globalizadores" al presentar al fenómeno como producto de una fuerza natural, "inevitable e irreversible", parece ocultar consciente o inconscientemente según los casos, a los actores: Estados, multinacionales, organismos e instituciones internacionales que impulsan el proceso.

Los antiglobalizantes pecan en muchos casos de reducir la cuestión al aspecto terminológico. En definitiva, ya sea que se trate de un fenómeno nuevo o de la reproducción de viejas ideas, la importancia de su estudio y comprensión se debe a los múltiples ámbitos que afecta y a las consecuencias que acarrea en el escenario mundial presente.

4. ¿QUIÉNES SON LOS PROTAGONISTAS DEL ESCENARIO GLOBAL?

En el proceso de globalización, organismos internacionales como la OMC, el FMI, el Banco Mundial, el BID, el Grupo de los Siete, la OCDE, el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria juegan un rol muy importante. Asimismo, las ONGs integradas por miembros de la sociedad civil que trasciende las fronteras, son un fenómeno de la globalización social que se están convirtiendo en partícipes activos en los procesos multilaterales de elaboración y puesta en práctica de políticas.

A su vez, las empresas transnacionales, a las que le dedicaremos el próximo apartado; la banca internacional; los fondos de inversión; las calificadoras de riesgos, influyen en las pautas que rigen la economía globalizada.

En lo que concierne a las finanzas internacionales, los protagonistas estelares son, sin lugar a dudas, los inversores institucionales. Ellos son los fondos de pensión y las compañías de seguros de vida y riesgos generales, los fondos comunes o mutuos de inversión, los denominados *hedge funds*. Todos ellos manejan un volumen creciente de activos y tienen por objeto transnacionalizar su cartera guiados por un criterio de diversificación de riesgos o de maximización de beneficios cuando descienden las tasas de interés de los países centrales. [21]

En este escenario, por ende, coexisten los tradicionales actores de las Relaciones Internacionales, los Estados, cuyas decisiones y actuación tanto en el campo doméstico, como en el internacional ya no son de su exclusiva soberanía sino que se ven, en muchas ocasiones, condicionadas, limitadas, influenciadas por los organismos intergubernamentales, no gubernamentales, regionales, por empresas

[21] Para un desarrollo in extenso de este tema, puede verse: Fondo Monetario Internacional, "Increasing Importance of Institutional Investors", en *International Capital Markets* 1995; ps. 165

transnacionales, por la propia sociedad civil, entre otros actores que hoy comparten el protagonismo con los Estados.

Veamos, ahora, el rol que juegan, en particular, las empresas y grupos transnacionales.

5. LAS EMPRESAS Y LOS GRUPOS TRANSNACIONALES COMO ACTORES DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Los llamados transnacionalistas, globalistas o liberales institucionalistas en la Teoría de las Relaciones Internacionales,[22] liderados por Keohane y Nye han destacado que la transnacionalidad aparece cuando relativizamos la premisa de que los Estados son los únicos actores del sistema internacional y, en cambio, centramos nuestra atención en los múltiples canales, flujos, que conectan a las sociedades a través o por encima de las fronteras estatales.[23]

Dentro de estas "fuerzas transnacionales" destacan tanto las organizaciones no gubernamentales como las empresas y los grupos multinacionales, transnacionales, que afectan directamente al sistema internacional en su conjunto.

---

a 183, y Vanoli, Alejandro.; "Inversores Institucionales e Ingeniería Financiera", en *Enoikos* año VII nº 14 1999; ps. 36 a 44.

[22] El **Transnacionalismo** o **globalismo** es una teoría de las Relaciones Internacionales que se enmarca en el contexto político de la distensión, la crisis del sistema de Bretton Woods, la crisis del petróleo y el aparente declive de la hegemonía de EEUU en el sistema internacional. Sus padres fundadores son Robert Keohane y Joseph Nye que lo bautizaron como "paradigma de la interdependencia compleja". Ellos son los autores de las obras más significativas de esta corriente: *Transnational Relations and World Politics* (1971/2) y *Power and Interdependence* (1977).

Sus características o postulados pueden resumirse del siguiente modo:

1) Cuestiona el sistema de Estados (el estatocentrismo) como estructura del sistema internacional. Su análisis incorpora una pluralidad de actores: organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, unidades políticas sub-estatales e individuos, entre otros.

2) La problemática de estudio supone la introducción de una nueva agenda: relaciones comerciales y financieras, desarrollo tecnológico, mundo de las comunicaciones, cuestiones energéticas, medio ambiente, temas culturales, etc.

3) La interdependencia (imagen de red o telaraña) es la clave de las relaciones internacionales. Existe una red compleja de interacciones entre los actores que los obliga al diálogo.

4) Ponen especial énfasis en el papel de las instituciones en la cooperación internacional. De allí, que también se conoce a esta corriente como institucionalismo liberal (*After Hegemony*, Keohane, 1984).

[23] Robert O. Keohane y Joseph S. Nye en "Realismo e interdependencia compleja", en *Power and Interdependence. World Politics in Transition*, Little Borwn, Boston, 1977, ya anunciaban que en un contexto de interdependencia compleja en las Relaciones Internacionales "...Las empresas multinacionales son significativas tanto como actores independientes como instrumentos manipulados por los gobiernos... ". "La propaganda en torno a las empresas multinacionales en los primeros años setenta, junto con su rápido desarrollo en los últimos veinte años situó el tema de la regulación de dichas empresas muy arriba en la agenda de Naciones Unidas y en las agendas nacionales.

Estas empresas se "multinacionalizan" precisamente cuando sus elementos relevantes se hallan en más de un Estado. Tales elementos pueden relacionarse con su lugar de constitución o registro, con la localización de sus actividades productivas o de su sede social, con sus mercados, con el origen de sus capitales, entre otros aspectos.

De este modo, las empresas multinacionales cumplen un papel destacado en la realización de la estrategia de mundialización o diversificación geográfica de la producción, a través de la cual se alcanzan más altos niveles de crecimiento económico y de comercio internacional. Así, adquieren un enorme poder económico y político.

Si bien, tal como afirma Barbé, no es hasta después de la segunda guerra mundial que el fenómeno de la empresa transnacional (ETN) gana en importancia y en dimensiones,[24] sus orígenes suelen ubicarse en los siglos XVIII y XIX, durante el proceso de colonización de Asia y África. Así lo describe Merle: "el fenómeno no es nuevo. Basta recordar las condiciones en las que se extendió el capitalismo, a través del mundo en el siglo XIX (...) Los empresarios capitalistas, atentos a protegerse de la concurrencia extranjera, presionaron frecuentemente sobre sus gobiernos para que tomasen el control de algunos territorios asegurándose de esta forma una situación de monopolio (...) La soberanía ejercida por la metrópoli sobre su imperio colonial tenía, pues, por efecto, no sólo proteger las empresas metropolitanas instaladas en ultramar contra la concurrencia extranjera, sino también servir de cobertura a la movilidad de los capitales y a los flujos de intercambios que se consideraba tenían lugar en el marco de un solo Estado. Fue precisa la descolonización, es decir, la ruptura de los lazos de dependencia, para que las actividades de las firmas coloniales se considerasen extranjeras y comenzase a suscitarse otro tipo de análisis."[25]

Por su parte, la Comisión de Empresas Transnacionales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas considera empresas transnacionales a aquellas "que incluyen entidades en dos o más países, sean cuales fueren las fórmulas jurídicas y las esferas de sus actividades; que funcionen con un sistema de adopción de decisiones que permita una política coherente y una estrategia común gracias a uno o más centros de adopción de decisiones, y que las entidades tengan vínculos de propiedad o de otra forma, de modo que una o varias de ellas puedan ejercer influencia sobre las demás, compartir conocimientos, recursos y responsabilidades".

---

[24] Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 192.
[25] Merle, Marcel*, Sociología de las relaciones internacionales*, Ed. Alianza, Madrid, 1991, p. 430-431.

En relación con los objetivos lucrativos de las empresas transnacionales (lo que permite diferenciarlas claramente de las ONGs), siguiendo a Merle, cabe sostener que "los objetivos de la firma no consisten únicamente en extender sus actividades más allá de las fronteras. Las implantaciones en el extranjero tienen como objetivo: i) tratar de reducir los costes de producción, beneficiándose de las condiciones fiscales, geográficas, sociales, más rentables; ii) diversificar las actividades de la firma, topográfica y sectorialmente, a fin de poder maximizar su beneficio y repartir los riesgos en distintos tipos de producción".[26]

Se han destacado, entonces, tantos aspectos positivos como negativos sobre este fenómeno. Entre los efectos positivos se pueden enumerar: aumentar el volumen del comercio mundial; formar capital añadido para activar el desarrollo; financiar créditos; apoyar el libre comercio y desmontar las barreras comerciales; favorecer el desarrollo tecnológico; transferir tecnología a los países en vías de desarrollo; reducir costes aprovechando el principio de las ventajas comparativas; generar empleo; apoyar la formación de trabajadores; extender la ocasión de comprar nuevos productos a través de la internacionalización de la producción; mundializar el marketting y los métodos publicitarios; potenciar el crecimiento nacional y facilitar la modernización de los países en vías de desarrollo; generar bienestar y riqueza; favorecer las relaciones pacíficas entre los Estados; romper las barreras nacionales y acelerar la globalización de la economía y de las reglas que rigen el comercio internacional.

Desde la vereda de enfrente, se han indicado una serie de efectos perjudiciales de las empresas transnacionales: crear oligopolios que reducen la competencia y la libre empresa; conseguir capital en los países receptores, en detrimento de la industria local, y exportar beneficios a los países de origen; crear un sistema de deudores y de dependencia financieras; monopolizar la producción y controlar su distribución mundial; exportar tecnología no adecuada a los países en vías de desarrollo; impedir el crecimiento de la industria local en el Tercer Mundo, que depende de la tecnología del Primer Mundo; crear carteles que contribuyen a generar inflación; limitar los salarios de los trabajadores; limitar la oferta de materias primas en mercados internacionales; erosionar culturas tradicionales, creando una cultura mundial, el consumismo; aumentar la diferencia entre ricos y pobres; aumentar el bienestar de las elites del Tercer Mundo a costa de los pobres; apoyar los regímenes represivos en

[26] Merle, Marcel*, Sociología de las relaciones internacionales*, Ed. Alianza, Madrid, 1991, p. 435.

nombre de la estabilidad y el orden ; desafiar la soberanía nacional y poner en peligro la autonomía del Estado - nación. [27]

En suma, podemos observar que las empresas transnacionales organizan la producción mundial y disputan el control que detentan los Estados sobre sus propias economías domésticas. El poder económico e internacional de estas corporaciones transnacionales, difuminadas en todas las áreas de producción y sus repercusiones en los Estados y sus políticas han llevado a pensar a algunos autores en una suerte de "corporativización del Estado" como una de las transformaciones que sufre de cara al Siglo XXI esta unidad política.[28]

En efecto, el trascendente papel que juegan las empresas transnacionales se puede apreciar si consideramos la distribución de la producción mundial. En el siguiente cuadro (Cuadro III.1), podemos observar que de las primeras 50 unidades productivas, figuran 40 países y 10 empresas. Aún más inquietante resulta advertir que 13 empresas transnacionales computan ventas por más 100.000 millones de dólares (cada una), y otras 25 alcanzan ventas de entre 50.000 y 100.000 millones de dólares (cada una),[29] mientras que, según los datos actualizados con que cuenta el Fondo Monetario Internacional para 180 países, sólo 47 tienen un PBI superior a los 100.000 millones de dólares y 120 Estados poseen un PBI inferior a los 50.000 millones, de los cuales 80, están por debajo de los 10.000 millones.[30]

Cuadro III.1: Países y empresas transnacionales ordenados por su producción anual *

N°	País / empresa transnacional	Millones de dólares
1	Estados Unidos	12.438.873
2	Japón	4.799.061
3	Alemania	2.906.658
4	Reino Unido	2.295.039
5	Francia	2.216.273
6	China	1.843.117
7	Italia	1.836.407
8	España	1.120.312
9	Canadá	1.098.446
10	Federación Rusa	755.437
11	India	749.443
12	Brasil	732.078
13	Corea del Sur	720.772
14	México	714.530

[27] Cfr. Cuadro 18: Balance del papel de las empresas transnacionales, en Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 196, tomado de C.W. Kegley y E. R. Wittkoff*, World Politics. Trend and Transformation,* St. Martin ´s Press, Nueva York, 1993, ps. 190-191.

[28] Cfr. Molina, Franklin, "El Estado en la frontera de la Globalización. Cambios y perspectivas", en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, Vol. VII, N° 1, 2001, (ps. 11 a 33), p. 27.

[29] Cfr. Tabla publicada por la UNCTAD: The world ´s top 100 non financial TNCs. Disponible en http://www.unctad.org .

[30] Cfr. Fondo Monetario Internacional, World Economic Outlook Database, abril de 2005. Disponible en http://www.imf.org .

15	Australia	692.436
16	Países Bajos	629.391
17	Bélgica	387.840
18	Suiza	384.642
19	Suecia	383.816
20	Taiwan	345.105
21	Turquía	340.263
22	Austria	318.343
23	Polonia	312.257
24	Afganistán **	295.206
25	Noruega	285.604
26	Arabia Saudita	284.895
27	Indonesia	284.072
28	Dinamarca	265.934
29	**Wal - Mart Stores (Estados Unidos)**	**256.329**
30	**Exxonmobil Corporation (Estados Unidos)**	**237.054**
31	**British Petroleum Company Plc (Reino Unido)**	**232.571**
32	Grecia	230.684
33	Sudáfrica	226.486
34	Irlanda	206.467
35	Finlandia	204.385
36	**Royal Dutch/Shell Group (Reino Unido/Países Bajos)**	**201.728**
37	Irán	195.200
38	**General Motors (Estados Unidos)**	**185.524**
39	Portugal	185.091
40	Tailandia	174.545
41	Hong Kong	172.932
42	Argentina	172.123
43	**Ford Motor Company (Estados Unidos**	**164.196**
44	**DaimlerChrysler AG (Alemania)**	**153.992**
45	**Toyota Motor Corporation (Japón)**	**149.179**
46	**General Electric (Estados Unidos)**	**134.187**
47	**Mitsubishi Corporation (Japón)**	**130.912**
48	Malasia	127.942
49	República Checa	125.709
50	Israel	122.987

* Para los países se consideró el Producto Bruto Interno (PBI) nominal (la suma de todos los bienes y servicios finales producidos por un país en un año) en millones de dólares.
Para las empresas transnacionales se tomaron las cifras de ventas totales, sumadas las de la casa matriz y las generadas por las filiales en el extranjero.
** La cifra para Afganistán incluye el mercado del opio.

FUENTE: Los datos del PBI fueron tomadas del *World Economic Outlook Database*, abril de 2005, publicado por el Fondo Monetario Internacional. Disponible en http://www.imf.org .
Las cifras de ventas totales de las ETNs fueron extraídas de las bases de datos y estadísticas de la UNCTAD (Table A.I.9. *The world ´s top 100 non - financial TNCs 2003/2004*) Disponible en http://www.unctad.org .

Así, los Estados se enfrentan a estos nuevos actores de las Relaciones Económicas Internacionales que bregan por la desregulación, y hasta por una suerte de "deslocalización normativa". Sin embargo, ante los graves riesgos que una situación jurídica de tal inseguridad e incertidumbre generaría y ante la ausencia, por otro lado, de un estatuto supranacional de alcance universal, resulta imperioso que los

Estados asuman la tarea de regular el fenómeno a través de pautas claras, las que según veremos, en especial en algunos aspectos, como la insolvencia, sería prudente consensuar con otros países que integran una misma región o subregión, como es el MERCOSUR.

Veamos cuál es la situación actual de las empresas transnacionales en nuestra región.

6. LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES EN AMÉRICA LATINA. HACIA LAS EMPRESAS "TRANSLATINAS"

El auge de las Inversiones Extranjeras Directas (IED) durante la década de los noventa en varios países de América Latina generó una sostenida expansión de las empresas transnacionales en la región.[31] [32] En efecto, tal como revelan los informes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre *La Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe* (serie anual), en 1999 estas compañías

[31] El MERCOSUR, y en especial Argentina y Brasil, se convirtieron en la década de 1990 en grandes receptores de inversión extranjera. Mientras que en el periodo 1984/1989 los cuatro Estados partes absorbían un 1,4% de los flujos totales de IED, entre 1997 y 1999 la cifra ascendió a un 6%. Cfr. Chudnovsky, Daniel y López, Andrés, "Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR", en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001, p. 275.
Argentina, desde 1990 a 1999, obtuvo incrementos progresivos en sus ingresos de capitales por IED. En 1990 ascendían a la cifra de 1.836 millones de dólares, mientras que en 1999 eran de 23.988 millones. En 2000 dicha tendencia se revirtió. En ese año tales ingresos descendieron a 10.418, en 2001, abruptamente se redujeron en consonancia con la crisis económico - institucional que conmocionó al país a 2166, en 2002, a 785 y en 2003 a 478 millones. FUENTE: Centro de Economía Internacional en base a Banco Central de la República Argentina, Ministerio de Economía e INDEC. Disponible en www.cei.gov.ar
En Brasil, mientras que en 1990, los ingresos de capitales en concepto de IED alcanzaban los 1.100 millones de dólares, 10 años después ascendían a 32.779 millones. Sin embargo, en 2001, descendió a 22.457, en 2002, a 16.590, y en 2003, a 10.144 millones. Aún cuando este país también se vio afectado por la crisis económica que padece la región, continúa siendo el más importante receptor de inversiones del Cono Sur. FUENTE: Centro de Economía Internacional en base a Banco Central de Brasil, IBGE, SECEX y FMI. www.cei.gov.ar
En el caso de Paraguay, los ingresos de capitales por IED en 1990 eran de 76 millones de dólares, alcanzando los 342 millones en 1998. En 1999 descendieron a 95, en 2002 volvieron a caer estrepitosamente a 11 millones y en 2003 ascendían a los 82 millones de dólares. FUENTE: Centro de Economía Internacional en base a Banco Central de Paraguay y FMI. www.cei.gov.ar
En 1990, Uruguay recibía ingresos de capitales por IED de 42 millones de dólares. Esta cifra fue paulatinamente en aumento hasta alcanzar en 2001, los 320 millones. En 2002, descendió a 175 y en 2003 nuevamente ascendió a 263 millones. FUENTE: Centro de Economía Internacional en base a Banco Central de Uruguay, INE y FMI. www.cei.gov.ar

[32] La IED en América Latina y el Caribe ha tendido a la compra de activos existentes, más que a la creación de nuevos. Así, en 2004, las fusiones y adquisiciones por montos superiores a 100 millones de dólares en la región sumaron casi 28.000 millones de dólares.

registraron un 43 % de las ventas de las 500 mayores empresas de la región, desplazando del primer lugar a las de capital local.

Sin embargo, esta tendencia se ha revertido: en 2003 las ventas de las empresas transnacionales han representado un 34 % del total, cifra semejante a la de hace una década. En ese año, las ventas consolidadas de las 50 mayores empresas transnacionales alcanzaron los 231.600 millones de dólares, un 4% más respecto de los 222.000 millones del año 2002 (Ver Cuadro III.2). Las empresas de Estados Unidos, España y Alemania, en ese orden, ocupan los primeros puestos. En efecto, 27 empresas estadounidenses concentran el 52% de las ventas (General Motors, Ford, Delphi, Wal-Mart, IBM, entre las principales), las españolas Telefónica, Repson YPF y Endesa alcanzan el 12 % de las ventas y las alemanas del sector manufacturero, Volkswagen, DaimlerChrysler, Siemens y Bayer suman el 11% de las ventas (ver Gráfico III.1).

A su vez, todas estas empresas tienen operaciones en los mayores mercados del continente: México, Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Venezuela (ver Gráfico III.2).

Cuadro III.2: América Latina y El Caribe: 50 Mayores Empresas Transnacionales, según Ventas Consolidadas, 2003 (En millones de dólares)

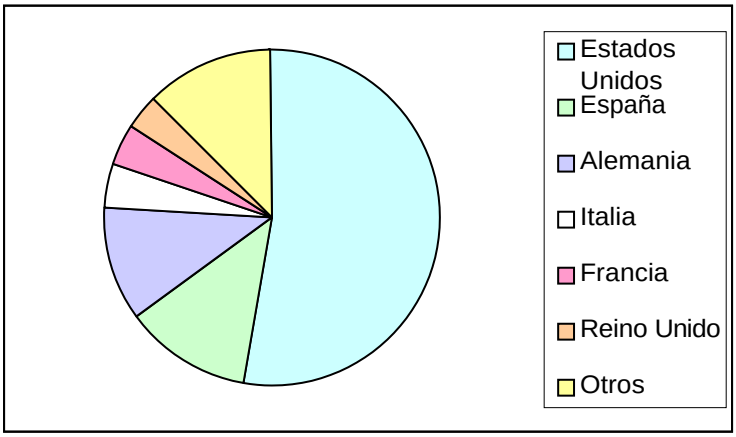
Posición en 2003	Empresa	País de origen	Sector	Ventas	% de las ventas mundiales	Principales filiales
1	General Motors Corp	Estados Unidos	Automotor	14317	7,3	México, Brasil, Colombia, Argentina
2	Telefónica SA	España	Telecomunicacio-nes	14112	44,7	Brasil, Chile, Perú, México, Argentina
3	Wal - Mart Stores	Estados Unidos	Comercio	12031	4,6	México, Brasil, Argentina
4	Volkswagen AG	Alemania	Automotor	10457	10,6	México, Brasil, Argentina
5	DaimlerChrysler AG	Alemania	Automotor	10123	6,5	México, Brasil, Argentina
6	Delphi Automotive System Corp.	Estados Unidos	Autopartes	10040	35,7	México, Brasil
7	Repsol YPF	España	Petróleo/Gas	7345	17,5	Argentina, Chile, Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia, Venezuela, Brasil
8	Endesa	España	Electricidad	7257	38,7	Chile, Brasil, Argentina
9	Ford Motor Co.	Estados Unidos	Automotor	7168	4,4	México, Brasil, Argentina, Venezuela, Colombia

10	Telecom Italia SpA	Italia	Telecomunicacio-nes	6765	19,2	Brasil, Argentina, Chile
11	IBM	Estados Unidos	Computación	6680	7,5	México, Brasil, Argentina
12	Portugal Telecom	Portugal	Telecomunicacio-nes	6502	n.d.	Brasil
13	ExxonMobil Corp.	Estados Unidos	Petróleo/Gas	6227	2,7	Brasil, Colombia, Argentina, Chile
14	AES Corp.	Estados Unidos	Electricidad	6083	63,0	Brasil, Venezuela, Chile, Argentina
15	Bunge	Estados Unidos	Agroindustria	5910	26,4	Brasil, Argentina
16	Carrefour Group	Francia	Comercio	5633	7,1	Brasil, Argentina, México, Colombia
17	Royal Dutch/Shell Group	Países Bajos/ Reino Unido	Petróleo/Gas	5514	2,7	Brasil, Chile, Argentina
18	Cargill, Inc.	Estados Unidos	Agroindustria	5102	8,5	Argentina, Brasil
19	Hewlett Packard (HP)	Estados Unidos	Computación	4771	6,5	México, Brasil
20	Unilever	Reino Unido	Higiene/ Alimentos	4545	9,4	Brasil, México, Argentina, Chile
21	Nestlé	Suiza	Alimentos	4420	6,8	México, Brasil, Colombia, Chile
22	Chevron Texaco	Estados Unidos	Petróleo/Gas	4192	3,7	Brasil, Colombia, Argentina
23	General Electric	Estados Unidos	Diverso	4157	3,1	México, Argentina
24	Visteon Corp.	Estados Unidos	Autopartes	3581	20,3	México, Brasil
25	Nissan Motor	Japón	Automotor	3574	5,4	México
26	LG Electronics Inc.	República de Corea	Electrónica	3513	11,8	México, Brasil
27	BellSouth	Estados Unidos	Telecomunicacio-nes	3393	15,0	Argentina, Colombia
28	The Coca-Cola Company	Estados Unidos	Bebidas/ Cervezas	3379	16,1	México, Brasil, Argentina
29	PepsiCo	Estados Unidos	Bebidas/ Cervezas	3372	12,5	México, Argentina
30	Siemens AG	Alemania	Equipo Eléctrico	3366	4,2	México, Brasil
31	Fiat Auto	Italia	Automotor	3192	6,0	Brasil, Argentina
32	British American Tobacco Plc (BAT)	Reino Unido	Tabaco	2901	14,7	Brasil, México, Venezuela, Chile
33	Alcoa	Estados Unidos	Aluminio	2827	13,0	México, Brasil
34	Koninklijke Philips Electronics N.V.	Países Bajos	Electrónica	2624	8,0	México, Brasil
35	MCI	Estados Unidos	Telecomunicacio-nes	2438	8,9	Brasil
36	Verizon Communications	Estados Unidos	Telecomunicacio-nes	1995	2,9	Venezuela
37	BHP Billiton Plc.	Australia/ Reino Unido	Minería	1986	12,7	Chile, Perú
38	Procter & Gamble	Estados Unidos	Higiene	1980	4,6	México
39	E.I. Du Pont de Nemours	Estados Unidos	Química	1714	6,2	México, Brasil, Argentina

40	Bayer	Alemania	Química	1688	5,2	Brasil, México, Colombia, Argentina
41	Philip Morris Co. Inc.	Estados Unidos	Tabaco	1640	11,1	México, Brasil, Argentina
42	Électricité de France (EDF)	Francia	Electricidad	1627	3,2	Brasil, Argentina
43	Eastman Kodak Company	Estados Unidos	Fotografía	1625	12,2	México, Brasil
44	Flextronics International Ltd.	Estados Unidos	Electrónica	1605	11,0	México
45	Dow Chemical	Estados Unidos	Química	1526	4,7	Brasil, Argentina, México
46	Kimberly-Clark Corp.	Estados Unidos	Celulosa/ Papel	1522	10,6	México
47	Renault	Francia	Automotor	1383	3,3	Brasil, Argentina, Colombia, Chile
48	Arcelor	Luxemburgo	Acero	1353	4,6	Brasil, México
49	Phelps Dodge Corp.	Estados Unidos	Minería	1300	31,4	Perú, Chile
50	Louis Dreyfus	Francia	Comercio	1297	n.d.	Brasil, Argentina
	Total			**231650**		

FUENTE: CEPAL, Informe 2004: *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, p. 78-79. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/

Gráfico III.1: América Latina y El Caribe: Países de Origen de las 50 Mayores Empresas Transnacionales, según Ventas Consolidadas en la Región, 2003 (En porcentaje)

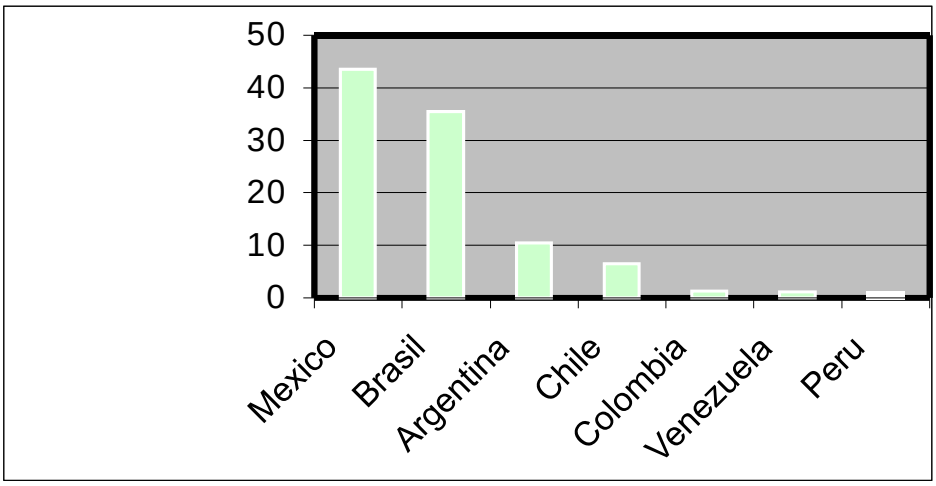


Estados Unidos: 52,0%
España: 12,2%
Alemania: 10,9%
Italia: 4,2%
Francia: 4,2%
Reino Unido: 3,2%
Otros: 12,5% *

FUENTE: CEPAL, Informe 2004: *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, p. 56. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/

* "Otros" incluye Portugal, Suiza, Japón, República de Corea, Países Bajos, Australia y Luxemburgo, y empresas de capitales binacionales.

Gráfico III.2: América Latina y El Caribe: Principales Países en los que operan las 50 Mayores Empresas Transnacionales, según Ventas Consolidadas, 2003. (En porcentajes)



FUENTE: CEPAL, Informe 2004: *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, p. 57. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/

Un análisis por sectores pone en evidencia que por primera vez, en el grupo de las 100 mayores empresas manufactureras, las de origen local cuentan actualmente con una participación mayor que las de origen extranjero.

Por su lado, también ha cambiado la composición de las mayores empresas exportadoras en la región. Mientras que desde mediados de la década de los noventa, las empresas transnacionales mostraron una trayectoria ascendente, superando a las empresas estatales, mayores exportadoras hasta 1997, desde 2001 tanto las empresas estatales, como las privadas locales y las transnacionales se reparten equitativamente las exportaciones.

Asimismo, en el sector servicios, tras una marcada expansión de las empresas transnacionales producto de su participación en los procesos de privatización encarados por los gobiernos de los principales países de la región, ya a fines de la década pasada se reflejó un repunte de las compañías de origen local, participando actualmente del 52% de las ventas de las 100 mayores empresas del sector. Esta tendencia ha sido motivada principalmente por la depresión del mercado local, los consiguientes malos resultados para muchas de las empresas transnacionales sumado a las dificultades en el cumplimiento de los contratos de inversión por parte de

los países receptores.[33] En este contexto desfavorable, varias compañías decidieron reducir sus operaciones en la región o incluso abandonarlas, dejando el camino libre para las empresas de capitales locales, que invirtieron en su país de origen, y, en algunos casos, se expandieron hacia otros países de la región.

De este modo, el último informe publicado por la CEPAL en materia de IED en América Latina y el Caribe, de 2004, da cuenta del surgimiento de un nuevo tipo de empresa en nuestra región. Lo expresa en estos términos: "A las tradicionales empresas estatales, las compañías transnacionales - caracterizadas por contar con activos repartidos a nivel global - y las compañías privadas nacionales con escasa o nula operación fuera de sus fronteras se le suman las ´translatinas´. Se trata de compañías latinoamericanas, mayoritariamente privadas, que han invertido en otros países de América Latina y el Caribe. En algunos casos, este ha sido el primer paso antes de la expansión por otros continentes". [34]

Algunas cifras confirman esta contundente afirmación: en el 2003, las ventas de las 25 empresas con mayor presencia regional ascendieron a casi 130.000 millones de dólares, es decir, un 15% de las ventas de las 500 mayores compañías que operan en América Latina. Un 49 % corresponde a empresas brasileñas. Esta cifra responde principalmente a la expansión de Petrobras y a la presencia de compañías de tal origen en sectores como la metalurgia, la minería y la construcción. Asimismo, de las diez primeras empresas, seis son mexicanas, y se dedican principalmente al sector manufacturas (CEMEX, Femsa, Grupo Carso y Grupo Alfa) y a la provisión de servicios (Telmex y América Móvil) (ver Cuadro III.3).

Por otra parte, varias de estas empresas han ampliado sus operaciones no sólo por América Latina y el Caribe, sino también hacia otras regiones del mundo, alcanzando de este modo, un carácter eminentemente transnacional.

Cuadro III.3: América Latina y El Caribe: 25 Mayores Empresas Translatinas según Ventas Consolidadas, 2003. (En millones de dólares)

	EMPRESA	PAÍS	SECTOR	VENTAS	PAÍSES EN QUE OPERA
1	Petrobras	Brasil	Hidrocarburos	33138	Brasil, Argentina, Bolivia, Colombia, EEUU
2	Telmex	México	Telecomunicaciones	10339	México, EEUU, Chile, Colombia, Perú, Brasil, Argentina

[33] Esta situación generó la presentación de demandas ante tribunales internacionales, especialmente en los casos de Argentina y México, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), organismo dependiente del Grupo Banco Mundial.
[34] CEPAL, Informe 2004: *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, p. 51. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/

3	América Móvil	México	Telecomunicaciones	7649	México, Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Venezuela, Nicaragua, Brasil, EEUU
4	CEMEX	México	Cemento	7167	México, EEUU, España, Venezuela, Colombia, Egipto, Filipinas, Indonesia, Tailandia, Barbados, Costa Rica, Chile, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Rep. Dominicana, Puerto Rico, Trinidad y Tobago
5	Companhia Vale do Rio Doce	Brasil	Minería	6729	Brasil, EEUU, Argentina, Chile, Noruega, Francia, Bahrein
6	Femsa	México	Bebidas/cervezas	6669	México, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, Venezuela, Panamá, Colombia, Brasil, Argentina
7	Odebrecht	Brasil	Construcción	5998	Brasil, Argentina, Chile, Colombia, Perú, Ecuador, Venezuela, EEUU; Portugal
8	Grupo Carso	México	Industria/comercio	5045	México, EEUU, Chile, Brasil
9	Gerdau	Brasil	Acero	4627	Brasil, Chile, Uruguay, Argentina, EEUU, Canadá
10	Grupo Alfa	México	Petroquímicos	4164	México, EEUU, Canadá, Rep. Checa, Costa Rica, y El Salvador
11	Grupo Bimbo	México	Alimentos	4153	América Latina, EEUU
12	Grupo Modelo	México	Bebidas/cervezas	3600	México, Costa Rica, Argentina, EEUU
13	Tenaris	Argentina	Acero	3180	Argentina, Bolivia, Chile, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela, México, Canadá, EEUU, China, Japón, Europea Occidental
14	AmBev	Brasil	Bebidas/cervezas	3006	Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Perú, Guatemala
15	Usiminas	Brasil	Acero	2997	Brasil, Chile, México
16	Imsa	México	Acero	2779	México, EEUU, Brasil
17	CSN	Brasil	Acero	2415	Brasil, EEUU, Portugal
18	Embraer	Brasil	Industria aeroespacial	2274	Brasil, EEUU, China
19	CSAV	Chile	Transportes	2138	Chile, Brasil, EEUU
20	Televisa	México	Medios	2097	México, EEUU
21	Falabella	Chile	Comercio	2077	Chile, Argentina, Perú, Uruguay
22	Grupo Maseca	México	Alimentos	2051	México, EEUU, Venezuela, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala
23	Elektra	México	Comercio	1833	México, Honduras, Guatemala, Perú
24	Sadia	Brasil	Alimentos	1832	Brasil, Argentina, Chile, Uruguay
25	CMPC	Chile	Celulosa/papel	1675	Chile, Argentina, Brasil, Perú, Uruguay.
	Total			**129692**	

FUENTE: CEPAL, Informe 2004: *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, p. 52. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/

Por otra parte, la presencia de los bancos transnacionales en América Latina es importante. Actualmente, España es el principal país de origen, con un 52% de los activos de los diez mayores. Principalmente dominan la escena el Santander Central Hispano (SCH) y el Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA). La lista la completan los bancos originarios de Estados Unidos (Citibank, FleetBoston, y J. P. Morgan Chase) con un

27% de activos, y los provenientes de los Países Bajos, el Reino Unido, Canadá y Francia, con cifras considerablemente menores. La mayor parte de estos activos se encuentran en México (43%), Brasil (27%) y Chile (13%) (ver Cuadro III.4).

Considerando los 100 mayores bancos de la región, tenemos que los de propiedad local representan el 40% de los activos, con claro predominio de la banca brasileña: Bradesco, Itaú y Unibanco. Los extranjeros tienen el 34% de los activos, encabezados por filiales de los bancos españoles SCH y BBVA, el Citibank, y el ABN Amro, ubicadas principalmente en México y Brasil. Finalmente la banca estatal representa un 26% de los activos, repartidos entre los brasileños Banco do Brasil y la Caixa Econômica Federal, el Banco de la Nación Argentina y el BancoEstado, de Chile.

Cabe señalar que el sector bancario local, aunque en una escala mucho menos significativa, también ha iniciado un proceso de expansión por la región.

Cuadro III.4: América Latina y El Caribe: 25 Mayores Bancos Transnacionales, según Activos Consolidados, Junio de 2004. (En millones de dólares)

Posición 2004	Banco	País de origen	Activos	Principales filiales
1	Banco Santander Central Hispano (SCH)	España	73039	México, Brasil, Chile, Argentina, Venezuela, Colombia, Uruguay
2	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)	España	66260	México, Chile, Argentina, Perú, Venezuela, Colombia, Panamá, Uruguay
3	Citibank	Estados Unidos	55603	México, Brasil, Chile, Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, Panamá
4	ABN Amro Bank	Países Bajos	21560	Brasil, Uruguay, Chile, Argentina
5	HSBC Holding	Reino Unido	14568	Brasil, Argentina, Panamá, Chile
6	FleetBoston Financial Corp.	Estados Unidos	12571	Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, Panamá, México, Perú
7	Scotiabank	Canadá	12022	México, Chile, R. Dominicana, El Salvador, Panamá
8	JP Morgan Chase	Estados Unidos	5531	Brasil, México, Chile
9	Banca Intesa (Sudameris)	Italia	4093	Perú, Argentina, Brasil, Colombia
10	BNP Paribas	Francia	3958	Brasil, Panamá
11	Bank of America Corp	Estados Unidos	2868	México
12	ING Bank	Países Bajos	2373	México, Brasil
13	Deustche Bank AG	Alemania	2157	México, Chile
14	Dresdner Bank AG	Alemania	1473	Brasil, Chile, Panamá
15	Banca Nazionale del Lavoro (BNL)	Italia	1233	Argentina
16	Volkswagen	Alemania	1207	Brasil
17	Rabobank Nederland	Países Bajos	1090	Brasil
18	CNH Capital	Estados Unidos	984	Brasil
19	Arab Banking Corporation	Bahrein	892	Brasil
20	CorpBanca	Chile	890	Venezuela
21	Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB)	Alemania	867	Brasil
22	General Motors	Estados Unidos	818	Brasil
23	Bancolombia	Colombia	779	Panamá
24	Lloyds TSB Group	Reino Unido	728	Colombia, Argentina
25	Banco Itaú	Brasil	648	Argentina
	Total		**288226**	

FUENTE: CEPAL, Informe 2004: *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, p. 80. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/

En síntesis, y aún cuando a partir de 2004, pareció invertirse nuevamente la prolongada tendencia a la baja de las corrientes de IED hacia América Latina y el Caribe, tanto organismos internacionales como diversos especialistas en la materia han puesto de relieve que nuestra región tiene algunas tareas pendientes, en particular: mejorar la calidad de la IED y los efectos de las empresas transnacionales.

Asimismo, es necesario tener en cuenta la creciente regionalización e internacionalización de las empresas originarias de países latinoamericanos. El surgimiento de estas empresas "translatinas" ha sido estimulado por los procesos de integración regional, en particular por aquellos que persiguen objetivos de constituirse en mercados comunes, a través de la consagración de la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción.

Y a su vez, las propias empresas transnacionales que operan en una determinada región tienen efectos integradores. Cabe recordar, en este sentido que el TLCAN o NAFTA, firmado en 1994 por Estados Unidos, Canadá y México fue promovido por las empresas transnacionales, en especial, las automotrices estadounidenses con el fin de formalizar los intercambios ya existentes en la frontera de México y así, asegurarse estándares flexibles en materia de trabajo y medio ambiente, y el acceso a las reservas petroleras de México. Por su parte, los empresarios mexicanos y canadienses apoyaron el acuerdo de integración a fin de conquistar un mercado de consumo más amplio, y acceder a inversiones de capital y tecnología.[35]

De este modo, nos adentrarnos en otra de las piezas claves de la globalización: la integración regional, que será objeto de análisis en el próximo capítulo.

[35] Cfr. Botto, Mercedes, *La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?,* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2003, p. 6.

IV. LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

IV. LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

1. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Según ya hemos señalado, una de las características de la "aldea global", según la ya clásica expresión utilizada por Lester Brown[36] es la conformación de espacios integrados de diverso grado de profundidad y compromiso. El paradigma de esta tendencia "centrípeta" de la globalización es hoy la Unión Europea.[37] En efecto, la integración ocupa un lugar destacado en la agenda política de los Estados y es considerada por un número relevante de autores como el fenómeno internacional de mayor importancia de cara al siglo XXI.[38]

En este sentido, se suele señalar que estos bloques regionales comparten en la actualidad un rol protagónico con los Estados nacionales en el escenario de las relaciones internacionales. El dato de la cooperación que conlleva este fenómeno ha permitido a idealistas o liberales transnacionalistas demostrar con ejemplos concretos sus teorías. Y pese a que los teóricos del realismo continúan sosteniendo el papel central de los Estados, incluso ellos han reconocido en sus versiones más modernas y moderadas un lugar a estos nuevos actores. En efecto, al menos desde la posguerra fría, tanto para unos como para otros, los procesos de integración regional forman parte de sus respectivas agendas de investigación, aún cuando cada teoría de las relaciones internacionales pone el acento en diversos matices.

En suma, los esquemas de integración regional afectan, condicionan el comportamiento de los Estados y de otros actores de la escena internacional, así como al propio sistema internacional.

A. ¿En qué consiste la integración regional?

A la pregunta ¿qué es la integración?, las respuestas son múltiples. Etimológicamente, "integrar" significa hacer un todo o conjunto con partes diversas, contribuir a formar un todo o conjunto.

Desde una perspectiva económica "integrar" significa configurar un espacio económico ampliado respecto de la unidad económica tradicional, el Estado - Nación.

---

[36] Brown, Lester, *World without Borders: The Interdependence of Nations*, 1972.

[37] Usamos la expresión "centrípeta" en el sentido en el que la utiliza Francisco Corigliano en "La globalización y la erosión de la soberanía del Estado Nacional", en *Revista Criterio* N° 2264 VIII/2001, p. 408 y ss. Es decir como expresión "vinculada con la emergencia y consolidación de grandes espacios que albergan dentro de sí a diferentes estados". En cambio la tendencia centrífuga de la globalización alude al fenómeno de la fragmentación. Sobre la tensión Integración - fragmentación como dos caras de la globalización también puede verse Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 274 a 279.

En la práctica, implicará la eliminación de barreras comerciales entre los socios del bloque regional.[39]

Por su parte, Barbé identifica al menos tres visiones distintas de la integración regional.[40] En primer lugar, una mirada jurídico – institucional se concentra en el estudio de las organizaciones internacionales de integración. Así, Díez de Velasco, las define como aquellas en las que "se opera una cesión de competencias de los Estados miembros a los órganos comunes, que se caracteriza por suponer la atribución de poderes del mismo tipo de los que resultan de las funciones superiores de un Estado a unos órganos independientes de los Estados, y por la posibilidad que tienen dichos órganos de pronunciarse por mayoría en caso de estar formados por representantes gubernamentales (y no por unanimidad como en las Organizaciones tradicionales), al tiempo que las decisiones que adopten podrán tener, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata en los órdenes jurídicos nacionales".[41]

Un segundo enfoque pone de relieve la dimensión política de la integración. Y en este sentido, autores como Ernst Hass definen a la integración política como un proceso a través del cual los actores políticos transferirían su lealtad y sus expectativas hacia una nueva autoridad o comunidad superpuesta a las existentes, es decir, a los propios Estados nacionales. Existiría, así, una identidad común.[42]

Y finalmente, Barbé hace referencia a una tercera visión, cuyo autor principal es Karl Deutsch, que aborda la integración a partir de la noción de "comunidad de seguridad". Desde esta perspectiva, en un mundo integrado en una comunidad de seguridad, no habría guerras, las disputas se resolverían por otras vías y se conformaría una "zona de paz".

De las diversas definiciones, podemos apreciar que la integración regional como fenómeno tiene diversas dimensiones, vinculadas a los objetivos propuestos por cada esquema de integración: Económico - comercial; Político - estratégica; Social; Jurídica - Institucional. Es decir, nos encontramos ante un fenómeno pluridimensional, multifacético y que como tal requiere de una aproximación interdisciplinaria.

En síntesis, más allá de las teorías y múltiples enfoques, lo cierto es que los esquemas de integración regional en sus diversas facetas y grados son una realidad

---

[38] Cfr. Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 277.
[39] Cfr. Botto, Mercedes, *La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?,* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2003, p. 2.
[40] Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 220 y ss.
[41] Diez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
[42] Hass, Ernst, *The Uniting of Europe. Political, Economic and Social Forces*, 1950-1957, Stanford, 1958, citado por Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 221 (nota 284).

que debe ser objeto de detenido análisis. Estudiemos, entonces, algunos de sus aspectos fundamentales.

B. El sistema multilateral y los regionalismos

Como sabemos, en 1944 se erigió en Bretton Woods el nuevo orden económico mundial sobre tres grandes instituciones: el Fondo Monetario Internacional (para velar por la estabilidad de los tipos de cambio), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), hoy conocido como el Banco Mundial (para fomentar el desarrollo del Tercer Mundo y la reconstrucción de los países occidentales devastados por la Guerra) y la Organización Internacional del Comercio (para coordinar las políticas comerciales, y brindar un foro para la resolución de las controversias de la misma índole). La OIC así fue creada por la Carta de La Habana en marzo de 1948 como organismo internacional en el seno de la ONU.

Sin embargo, paralelamente, se inició otro proceso de negociación, cuyo objetivo era lograr una reducción de los obstáculos al comercio. En este marco, se suscribió el 30 de octubre de 1947 el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), compuesto de 38 artículos destinados a servir de base de regulación para el comercio internacional hasta que entrara en vigencia la Carta de la Habana. Dado que esto nunca sucedió, el GATT subsistió como único marco multilateral de regulación del comercio internacional, con una naturaleza eminentemente contractual, como acuerdo de cooperación.

Las negociaciones en el marco del GATT se llevaron a cabo a través de varias rondas: Ginebra 1947, Annecy 1949, Torquay 1951, Ginebra 1956, Dillon 1960/1, Kennedy 1964/7, Tokio 1973/9 y Uruguay 1986/94. En el curso de esta última, precisamente, se firmó en 1994 el Acuerdo de Marraketch (en vigor desde el 1° de enero de 1995) por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, con personalidad jurídica propia e integrada por 148 Miembros (al 13 de octubre de 2004), que representan más del 97% del comercio mundial.

Es así como actualmente el sistema multilateral de comercio se basa en los Acuerdos de la OMC, que establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional[43] y se rige por una serie de principios básicos:

[43] En el año 2001 se inició una nueva ronda - la Ronda Doha, también conocida como la Ronda del Milenio o del Desarrollo- en la cual se están negociando entre otros los siguientes temas: los aranceles de productos no agrícolas, la revisión del Acuerdo sobre agricultura, la cuestión del comercio y el medio ambiente, las inversiones extranjeras directas, los movimientos financieros, la política de competencia, la facilitación del comercio, la transparencia de la contratación pública, la propiedad intelectual, y toda una serie de cuestiones planteadas por los países en desarrollo en cuanto a las dificultades que enfrentan en la aplicación de los actuales

1) No discriminación: en sus dos expresiones : cláusula de nación más favorecida (NMF) y trato nacional (TN);[44]
2) Reciprocidad en las concesiones arancelarias;[45]
3) Prohibición de restricciones cuantitativas;
4) Consolidación de los aranceles.[46]

Algunos de estos principios, propios del sistema multilateral parecen ser incompatibles a primera vista con todo acuerdo de integración regional económica que otorgue mayores beneficios entre sus socios.

Sin embargo, la propia Secretaría de la OMC ha señalado una relación de complementariedad entre ellos.[47]

En efecto, ambos procesos generan productos diferentes que sin embargo, son útiles para fomentar la liberalización. En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sostiene que "El sistema multilateral es un ´hipermercado´ mundial de más de 140 miembros que debe tomar decisiones por consenso. Establece un mínimo común denominador para la regulación ordenada del comercio mundial. En cambio, el regionalismo tiene las características de un mercado ´de barrio´ para países con intereses similares que explotan posibilidades de liberalización comercial que van más allá del sistema multilateral porque no están contempladas o no son factibles a nivel mundial, y que a menudo persiguen objetivos regionales que van más allá de un acuerdo de carácter puramente comercial como la OMC".[48]

En esta inteligencia, cabe señalar que estos acuerdos preferenciales regionales, en sus diversas modalidades, no violan las reglas multilaterales pues es el propio sistema el que prevé toda una serie de normas que habilitan la no aplicación de la cláusula NMF. Es decir que la comunidad económica internacional reconoce bajo determinadas condiciones la legitimidad de tratamientos discriminatorios, o sea, más

---

Acuerdos. La Declaración Ministerial de Doha del 14 de noviembre de 2001 que inauguró la nueva ronda reafirmó el sentido de negociación permanente.

[44] La **cláusula de la nación más favorecida** (NMF) es definida como aquella según la cual en aquellos supuestos en que una parte otorga un tratamiento más favorable a un tercer Estado, la otra parte se beneficiará también de esos nuevos términos más favorables.
La **cláusula de trato nacional** (TN) implica que toda ventaja concedida a los nacionales debe otorgarse también a los operadores extranjeros. Es operativa desde que el bien o servicio ingresó al territorio, por ende no comprende, derechos de aduana.

[45] Las negociaciones son recíprocas, es decir que el país A otorga acceso preferencial al país B a cambio de una concesión similar.

[46] Los resultados de cada negociación se consolidan. Los derechos consolidados son obligatorios e importan techos máximos.

[47] Cfr. Organización Mundial del Comercio (OMC), *Regionalism and the World Trading System*, OMC, Ginebra, 1995.

[48] Cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Globalización y Desarrollo*, Naciones Unidas, 2002, p. 56.

favorables y no extensivos entre algunos de los Estados que la integran, a través de particulares mecanismos de excepción, entre los que destacan la denominada cláusula de anterioridad,[49] las excenciones o *waivers* previstas por el art. XXV del GATT,[50] las Uniones Aduaneras y Zonas de Libre Comercio,[51] los Acuerdos de acceso preferencial no recíprocos entre países desarrollados con países en desarrollo (PED) en virtud del capítulo IV del GATT sobre Comercio y Desarrollo;[52] y la denominada Cláusula de Habilitación.[53]

Por tanto, si bien los esquemas de integración regional son exceptuados del cumplimiento de la cláusula NMF, deben regirse por los mismos principios consagrados a nivel multilateral. Son réplicas en una escala más pequeña del sistema multilateral. Tan es así, que dentro del propio esquema, debe imperar el trato NMF. De allí la importancia de comprender que los procesos de integración se insertan en un sistema multilateral, cuyas reglas deben ser conocidas y respetadas tanto dentro como fuera de las fronteras ampliadas del espacio integrado de que se trate.

En suma, el piso mínimo está constituido por las normas OMC. Por ende, cada bloque, atento a que el objeto de la integración es alcanzar la profundización de los compromisos y vínculos económicos entre los Estados partes, puede adoptar un nivel diferencial de exigencia o compromiso entre sus socios, a través de la aprobación de normas "OMC plus".

---

[49] Ya el GATT ´47 en el art. I. 2 eximía de la obligación de trato NMF a los acuerdos de integración económica vigentes. Entre ellos: las Preferencias Imperiales Británicas, la UA entre Bélgica, Luxemburgo, y Países Bajos, etc.

[50] El art. XXV establece que en circunstancias excepcionales, los miembros eximan a otros miembros de alguna de las obligaciones impuestas por el GATT, pero con la condición de que esta decisión sea aprobada por una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y de que esta mayoría represente a más de la mitad de los miembros. La CECA (Comunidad Económica del Carbón y del Acero) que no reunía las condiciones para ser considerada una Unión Aduanera debido a los escasos productos incluidos fue autorizada en 1952 en virtud de esta excención. Otro ejemplo es el acuerdo de libre comercio para productos de la industria automotriz entre Canadá y EEUU, autorizado en 1965 y el Cuarto Convenio de Lomé, otorgado en 1994.

[51] El art. XXIV del GATT prevé la conformación de estos esquemas de integración bajo ciertas condiciones y siempre que tengan por objeto facilitar el comercio entre los Estados que los constituyen y no configuren obstáculos al intercambio con otros Miembros de la OMC no integrantes del acuerdo comercial. No obstante cabe señalar que hasta enero de 1995, de un total de 98 acuerdos notificados por el art. XXIV sólo 2 de los aprobados expresamente por el Grupo de Trabajo se encuentran vigentes: el CARICOM y la Unión Aduanera entre las Repúblicas Checa y Eslovaca.

[52] Entre estos acuerdos hallamos el Primer, Segundo y Tercer Convenio de Lomé donde la CE no exige reciprocidad de preferencias a los países de Asia, el Caribe y Pacífico.

[53] En virtud de la Decisión sobre Trato diferencial y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los Países en Desarrollo (PED), adoptada en la Ronda Tokio en 1979, las partes pueden, bajo una serie de condiciones, otorgar a los PED un trato diferenciado y más favorable. Ampara a las concesiones otorgadas sin reciprocidad por los países desarrollados a los PED en el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) que administra la UNCTAD y los acuerdos regionales entre PED, que tienen por objetivo reducir o eliminar mutuamente los aranceles y las restricciones no arancelarias. En ningún caso, estos acuerdos pueden crear dificultades indebidas al comercio con otras partes contratantes. Un ejemplo es la ALADI.

C. ¿Cuáles son los tipos o formas de integración?

De acuerdo al diverso grado de compromiso asumido por los Estados partes del esquema, se pueden diferenciar básicamente los siguientes tipos o modalidades de integración regional:

1) **ÁREAS DE PREFERENCIAS ARANCELARIAS:** constituyen el primer paso para incentivar el intercambio comercial entre un grupo de Estados e implican un trato diferencial respecto de terceros limitado exclusivamente a las concesiones relativas a los derechos aduaneros que gravan la importación o la exportación de las mercaderías.
2) **ÁREAS DE PREFERENCIAS ADUANERAS**: además de las concesiones de índole arancelaria, comprenden otros tributos aduaneros que se aplican a las exportaciones y a las importaciones. Pueden tratarse de restricciones indirectas (tributos) o directas (contingentes, cupos, licencias, monopolios, etc.).
3) **ÁREA DE PREFERENCIAS ECONÓMICAS:** comprenden otros aspectos adicionales que no son estrictamente de índole aduanera, como por ejemplo un tratamiento diferencial en materia de tributación interna.

Sin embargo, cabe señalar que para muchos autores, todas estas áreas preferenciales no son *strictu sensu* procesos de integración sino **acuerdos de cooperación económica**. Recién a partir de la consolidación de una zona de libre comercio, entonces, podría predicarse la existencia de un tipo de integración regional.

4) **ZONA DE LIBRE COMERCIO (ZLC):** se eliminan las barreras aduaneras con relación a las mercaderías originarias de los territorios de cada uno de los Estados partes que conforman la ZLC. La política comercial hacia terceros países queda librada a cada uno de los miembros. Por ende, los territorios aduaneros no se fusionan. Esta eliminación de derechos de aduana y de las demás reglamentaciones comerciales restrictivas debe regir respecto a lo *esencial* de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de la ZLC. La conformación de estas ZLC requieren de un programa de liberación comercial que permita eliminar gradualmente restricciones directas e indirectas hasta alcanzar al arancel cero dentro de un plazo determinado, y de reglas o normas de origen que posibiliten distinguir si una mercadería es originaria o no de los países partes de la ZLC (los criterios de cambio de partida en la nomenclatura y de valor agregado, de modo separado o en forma combinada son los más comunes).
5) **UNIÓN TARIFARIA (UT):** se conforma un solo territorio aduanero ya que se adopta una tarifa o arancel externo común (AEC). Ello implica unificar la política

arancelaria hacia los terceros Estados. La conformación de una UT presupone la adopción de una nomenclatura arancelaria común para la designación y codificación de las mercaderías. Y ya en este estadio se requiere el establecimiento de una organización con personalidad jurídica propia.

6) **UNIÓN ADUANERA (UA):** requiere además de un AEC, de una política comercial compartida y de personalidad jurídica propia, una verdadera legislación aduanera común que se traduce en un Código Aduanero Común.
7) **MERCADO COMÚN:** se conforma un mercado interior único, común a todos los miembros del bloque. La libre circulación se extiende a los factores de producción. Por ello, se suele aludir a las cuatro libertades fundamentales de un mercado común: la libre circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales. Requiere, por tanto, de una legislación armonizada en todos estos ámbitos.
8) **UNIÓN ECONÓMICA:** comprende la integración de prácticamente todos los aspectos de la actividad económica de los Estados Partes. Implica la adopción de políticas micro y macro económicas uniformes.
9) **UNIÓN MONETARIA**: cuando entre las mencionadas actividades económicas, se incluyen las actividades financieras, se hace necesaria la adopción de una política monetaria comunitaria, que llevará a la creación de un sistema monetario bajo la conducción de un Banco Central de la Comunidad y por último de una moneda común, a través de la cual se perfeccionará la Unión Monetaria. El único espacio que ha alcanzado este nivel de integración es la Unión Europea, entre los países que integran la zona euro.[54]

2. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Tal como hemos destacado, una de las dimensiones del fenómeno plurifacético de la integración regional es la jurídica, constituida por todas aquellas normas que tienen por objeto regularlo. Así nos encontraremos con normas internas de los Estados partes de un espacio integrado, en particular las disposiciones constitucionales que se refieren a la integración regional, en general desde su dimensión política; y otras normas internas de inferior jerarquía que internalizan, cuando así se exige, reglas elaboradas por los órganos del bloque; tratados internacionales a través de los cuales se constituyen y se les da estructura a estos espacios, otras convenciones elaboradas

[54] Para un desarrollo de los tipos de integración regional, puede consultarse entre otros: Basaldúa, Ricardo X., "En torno al Derecho de la Integración", en *Revista de Estudios Aduaneros* N° 10, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Año VI, Buenos Aires, 1997, ps. 89 a 113; Botto, Mercedes, *La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?,* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2003, p. 3 y ss.

en su seno; así como aquellas normas emanadas de los órganos creados, que deberán o no ser incorporadas por los Estados, según lo que dispongan las propias normas constitutivas. De este modo, nos enfrentamos a una compleja amalgama de normas, cuyos alcances y jerarquías suelen ser difíciles de desentrañar.

Veamos, entonces, en qué consiste el denominado derecho de la integración.

A. ¿Qué es el Derecho de la Integración?

El Derecho de la integración es "el conjunto de normas jurídicas que regulan un proceso de integración entre dos o más países".[55] Esta definición, tal como destaca María Cristina Vázquez destaca la singularidad de cada fenómeno integrador, que elige los instrumentos técnicos y jurídicos más idóneos para el logro de los objetivos concretos propuestos.[56]

Por otra parte, el "Derecho de la integración económica" ha sido definido como "aquél que regula el proceso o conjunto de acciones tendientes a la reducción o la eliminación de las discriminaciones al comercio o a las actividades económicas entre los Estados que se han comprometido con dicho proceso".[57]

Tal como podemos apreciar existen definiciones más amplias o más restringidas, según las diversas concepciones de la propia integración regional, y los objetivos y alcances que se le concedan.

Lo cierto es que, más allá de que se conciba un derecho de la integración más abarcativo o por el contrario, restringido a los objetivos económicos, se encuentra compuesto por normas que corresponden al Derecho Internacional y otras que pertenecen al Derecho nacional o interno de los Estados miembros. Sin perjuicio de ello, para un número importante de autores, el derecho de la integración se distingue tanto de uno como de otro, pues "va más allá de la regulación que tradicionalmente propone el derecho internacional y obviamente, de la inherente al derecho nacional, basado o vinculado al concepto de soberanía".[58]

Sin embargo, podremos ver que esta independencia del Derecho de la Integración de los ordenamientos interno e internacional se puede predicar en un espacio integrado en particular, la Unión Europea, en la cual el derecho comunitario tiene

---

[55] Zelada Castedo, Alberto, citado por Ruiz Díaz Labrano, Roberto y Silva Alonso, Ramón, *El MERCOSUR. Marco jurídico institucional, análisis y perspectivas de sus normas derivadas*, Asunción, 1993.

[56] Vásquez, María Cristina, "Análisis de algunos aspectos de la integración en el MERCOSUR, desde el punto de vista del derecho administrativo", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 1995, p. 30.

[57] Basaldúa, Ricardo X., "En torno al Derecho de la Integración", en *Revista de Estudios Aduaneros* N° 10, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Año VI, Buenos Aires, 1997, p. 106.

[58] Basaldúa, Ricardo X., ibidem, ps. 112-113.

principios definitorios que lo diferencian del orden jurídico de otros esquemas como el del Mercosur, según analizaremos más adelante.

El Derecho de la Integración suele comprender normas llamadas de derecho constitutivo y otras de derecho derivado.

En efecto el llamado **derecho constitutivo, originario o primario** está integrado por aquellos tratados que constituyen el marco general que dan origen o ponen en marcha el proceso de integración. Establece los objetivos y los medios para alcanzarlos, así como los órganos del esquema y sus atribuciones.[59] Además comprende a los tratados o acuerdos complementarios, adicionales o modificatorios de aquél. Las condiciones de vigencia de estas normas se encuentran regidas por el derecho internacional, en especial por el derecho de los tratados, de fuente consuetudinaria, como convencional (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969). El derecho constitutivo se ubica en el vértice de la pirámide normativa de un proceso de integración.

En cambio, el denominado **derecho derivado o secundario** está conformado por las normas emanadas de los órganos o instituciones del esquema y por tanto no es derecho convencional. Su vigencia está determinada por las normas primarias. Se encuentra en una jerarquía inferior a la del derecho originario.

B. Diferencias entre derecho comunitario y derecho de la integración

¿El derecho de la integración es un ordenamiento jurídico autónomo, autosuficiente? ¿Es independiente del derecho interno y del derecho internacional?. A fin de responder estos interrogantes, resulta imprescindible identificar si las características peculiares del derecho comunitario europeo, se configuran en otros procesos de integración. En particular, abordaremos este análisis en relación con el MERCOSUR, en el próximo capítulo. Sin embargo, según ya adelantamos, a nuestro entender los caracteres definitorios del Derecho Comunitario de la Unión Europea están ausentes en el Derecho de la Integración de otros esquemas. Es por ello, que podemos afirmar que la relación entre ambos es de genero (Derecho de la Integración) a especie (Derecho Comunitario).

[59] Estos órganos podrán ser intergubernamentales o supranacionales de acuerdo a su naturaleza y composición. Sus competencias son variadas. Siguiendo a la clasificación de Pallarés, podrán ser normativas, de control o vigilancia, técnicas o administrativas o ejecutivas, y jurisdiccionales para el control de legalidad y la solución de controversias dentro del esquema de integración. Cfr. Pallarés, Beatriz, "El derecho frente a la integración latinoamericana", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 12, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de julio de 2005, p. 12 y ss.

En este apartado nos dedicaremos a describir los rasgos peculiares del derecho comunitario de la Unión Europea. Estos sintéticamente son:

a) Aplicabilidad inmediata

La aplicabilidad inmediata implica la incorporación automática de las normas comunitarias a los ordenamientos internos estatales sin necesidad de ningún acto de recepción, incorporación o transposición a tal fin. La entrada en vigencia se produce según las previsiones del propio sistema comunitario (publicación en el diario oficial de las Comunidades Europeas).

b) Efecto directo

El efecto directo hace referencia a la posibilidad de regular la actividad de los particulares directamente, implica que el derecho comunitario confiere derechos e impone obligaciones a los ciudadanos, a los Estados Miembros y a las instituciones, y que aquéllos pueden exigir su cumplimiento y observancia ante los tribunales internos, sin necesidad de incorporación previa a los derechos nacionales. [60] Este principio fue sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa "Van Gend & Loos" (Asunto 26/62) en los siguientes términos: "(...) que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico (...) cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho Comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados Miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos(...) que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones". En sentido similar el tribunal de Luxemburgo en el caso "Simmenthal" (Asunto 106/77) afirmó que "las normas de derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y a lo largo de todo su periodo de validez".[61]

---

[60] Cabe destacar que la doctrina diferencia entre efecto directo horizontal y vertical. El efecto directo vertical de una norma comunitaria ha sido definido como "el derecho de un particular de invocar, frente a los órganos jurisdiccionales de su Estado, los efectos inmediatos que se desprenden de una obligación impuesta a los Estados miembros por el tratado". En cambio, el efecto directo horizontal importa "la posibilidad de que ciertas disposiciones de los tratados surtan efecto entre los particulares, (...)", es decir "el derecho de un particular de invocar frente a otro particular el derecho comunitario.". Cfr. Freeland López Lecube, Alejandro, "De la primacía y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario", en *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires* 1991-III, Ed. Abeledo Perrot, p. 115 y ss.

[61] No todo el derecho comunitario derivado de la Unión Europea goza de efecto directo. El Tribunal de Justicia ha dicho al respecto que en principio las disposiciones de los reglamentos si son claras, incondicionales, definidas y precisas tienen efecto directo. En cambio, las directivas no tienen por regla general, efecto directo, salvo cuando además de cumplir las características de precisión mencionadas se agota el plazo otorgado para su desarrollo interno

c) Supremacía sobre los derechos nacionales

Este principio de supremacía fue afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tanto en relación con normas anteriores como frente a reglas posteriores a la sanción de la disposición comunitaria. En el célebre caso "Costa c/ENEL" (Asunto 6/64) el Tribunal sostuvo que los Estados han transferido definitivamente los derechos de soberanía a la Comunidad creada por ellos, no pudiendo revocar tal transferencia con medidas posteriores y unilaterales incompatibles con el concepto de Comunidad. En "Simmenthal", el Tribunal enérgicamente afirmó que el juez nacional tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias "dejando inaplicable toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea anterior o posterior a la regla comunitaria".[62] Incluso, el Tribunal afirmó la obligación de los Estados Miembros de derogar las normas incompatibles con el derecho comunitario. (Asunto 165/85, "Comisión c/ Italia"). Aún cuando la aplicación directa de la norma comunitaria no esté supeditada a tal derogación.

Asimismo, el Tribunal sostuvo la primacía de las normas comunitarias frente a las Constituciones de los Estados Miembros en estos términos: "la invocación de atentados contra los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado Miembro (...) no podrán afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto directo sobre el territorio de ese Estado" (Casos "Handelsgesellschaft" del 17 de diciembre de 1970 y "Leonsio" del 17 de mayo de 1972). Es decir que las normas comunitarias no se encuentran sujetas a un control de constitucionalidad por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea.

En definitiva, según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, ningún Estado podrá alegar dificultades internas o disposiciones de su ordenamiento jurídico nacional, incluso constitucional, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos resultantes de una norma comunitaria. El recurso a disposiciones, aún constitucionales, del orden jurídico interno para limitar el alcance de las normas del Derecho Comunitario no podría admitirse porque afectaría a la unidad y a la eficacia

---

a los efectos de su aplicación. Asimismo el Tribunal reconoció efecto directo a algunas decisiones.

[62] En el caso "Simmenthal", el Tribunal de Luxemburgo dedujo del principio de primacía que:

1. Si la norma interna incompatible es anterior a la norma comunitaria, la norma comunitaria hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional. (prevalece la norma comunitaria posterior).
2. Si la norma interna incompatible es posterior a la norma comunitaria, la vigencia de la norma comunitaria impide la formación valida de los nuevos actos legislativos nacionales en la medida que fueran incompatibles con la norma comunitaria.
3. El juez del litigio concreto puede y debe excluir la norma interna para aplicar la norma del Derecho Comunitario.

de este Derecho ya que la primacía es una característica propia y esencial del derecho comunitario y en tal sentido es una "regla fundamental para la existencia de la Comunidad".

Cabe señalar que este principio ha sido incorporado en el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, no en vigor, en estos términos: "La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros".

Esta norma, tal como lo ha afirmado la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros por medio de Declaración anexa al Tratado (Declaración anexa al art. I-6), "refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia", y en su expresa proclamación acota la primacía del Derecho de la Unión al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas.

Sin embargo, no se puede soslayar que la situación en la que se encuentra un juez europeo ante una norma nacional anterior o posterior, contraria a la comunitaria es muy delicada pues se ve obligado a considerar inexistente o inválida dicha norma interna para asegurar la primacía del Derecho Comunitario. Es por ello que los tribunales constitucionales europeos han, de un modo u otro, mitigado los alcances absolutos del principio de supremacía del derecho comunitario, en pos de la defensa de las Constituciones Nacionales.

En este sentido, a modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional de España ha reconocido, en su Sentencia 45/1996, del 25 de marzo de 1996, que recoge otras anteriores, el principio de supremacía del Derecho comunitario europeo, pero con precisiones y colocando al margen de esta apreciación a la Constitución.

Asimismo, el Pleno de dicho Tribunal a través de una Declaración pronunciada ante el requerimiento (asunto N° 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, ha sostenido que "...la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, *aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional*. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se

derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)...” (el destacado es nuestro). Y asimismo, el Tribunal constitucional español afirmó que “Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (art. I-11.1 del Tratado), en cuya virtud “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina” (art. I-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo I-60 del Tratado”. Y por último dicho Tribunal señala sobre el particular que: “En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, *en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado* podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y *que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros*”[63] (el destacado nos pertenece).

De este modo, podemos apreciar el complejo equilibrio en un espacio integrado consolidado, como el de la Unión Europea, entre el derecho comunitario y los derechos estaduales, reflejo, en definitiva, la puja entre los intereses comunitarios y los nacionales.

[63] DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

Realizadas estas consideraciones, en el próximo capítulo abordaremos el fenómeno de la integración latinoamericana y en especial, profundizaremos nuestro análisis en el MERCOSUR.

V. INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA: EL MERCOSUR

V. INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA: EL MERCOSUR

1. INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA: UNA FUGAZ MIRADA

En América Latina el regionalismo no es un fenómeno de los últimos años. En efecto, tras la independencia de muchos países de la región, se propusieron diversas iniciativas de unión política.[64] Sin embargo, fue necesario esperar hasta la segunda mitad del siglo XX, durante la cual, aún cuando no todos fueron exitosos, comenzaron a vislumbrase serios proyectos de integración. Así, encontramos el emprendimiento de ambiciosos desafíos con mayor o menos dosis de realismo: la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) de 1960 que veinte años más tarde y ante su fracaso se convirtió en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI),[65] el Mercado Común Centroamericano (MCCA)[66] de 1960, el Grupo Andino de 1969, que desde el Protocolo de Trujillo de 1996, se convirtió en la Comunidad Andina de Naciones (CAN),[67] y la Asociación de Libre Comercio del Caribe, actualmente CARICOM (Comunidad del Caribe).[68]

El principal promotor de estos proyectos de integración regional fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como vía para dar solución a los problemas abiertos por el proceso de sustitución de importaciones en América Latina.

A estas viejas iniciativas se han sumado desde la década de los años noventa una treintena de casos de "nuevo regionalismo" o "regionalismo abierto"[69] que abarcan

---

[64] Entre las iniciativas integracionistas del Siglo XIX más relevantes, cabe mencionar el Congreso de Lima de 1847, el Congreso de Santiago de Chile de 1856, el Tratado de Alianza y Confederación firmado en Washington en 1856, el Tratado de Alianza firmado por Bolivia, Chile y Perú en 1867, la Primera Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington en 1889.

[65] Los Estados miembros de la ALADI son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. En su marco, se han celebrado más de 40 acuerdos de alcance parcial entre dos o mas países; la mayoría de los cuales fueron suscriptos en la década de los noventa. Un ejemplo es precisamente el MERCOSUR.

[66] El MCCA está formado por Costa Rica, El Salvador , Guatemala , Honduras y Nicaragua.

[67] Los actuales miembros de la CAN son Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Chile fue miembro originario del acuerdo pero se retiró en 1976.

[68] Los miembros del CARICOM son los Estados insulares del Caribe: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, San Kitts y Nevis, Surinam y Trinidad y Tobago.

[69] La distinción entre viejo regionalismo o regionalismo cerrado o de primera generación y nuevo regionalismo o abierto o de segunda generación es la existencia en los primeros de instituciones supranacionales, de motivaciones originarias que exceden lo estrictamente comercial, y además el contexto histórico en que se originan. La Unión Europea y el NAFTA (TLCAN) son respectivamente ejemplos emblemáticos de cada uno de estos tipos de regionalismo. Puede verse un análisis detallado del tema en Botto, Mercedes, *La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?,* Trabajo preparado para FLACSO, 2003.

áreas de preferencias arancelarias, zonas de libre comercio o uniones aduaneras con objetivos en la mayoría de los casos menos ambiciosos, y limitados en líneas generales al ámbito económico-comercial.[70] Un ejemplo claro del regionalismo abierto es el NAFTA, integrado por Canadá, Estados Unidos y México que desde el 1°de enero de 1994 se constituyó en una de las zonas de libre comercio más grandes del mundo.

Lo cierto es que todas estas iniciativas de integración, en mayor o menor medida, buscan ser un medio para lograr un mayor desarrollo socio - económico, la inserción internacional en un mundo globalizado, el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes y en alguna medida, el logro de cierta autonomía de la región y de los Estados que la conforman.

2. LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (A.L.A.D.I.)

La A.L.A.D.I. (Asociación Latinoamericana de Integración) fue constituida por el Tratado de Montevideo del 12 de agosto de 1980, en reemplazo de la A.L.A.L.C (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio).[71] Este nuevo esquema, cuyos miembros son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba (desde 1999), Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, propone un sistema más flexible y realista.

Su objetivo es establecer un área de preferencias económicas y a largo plazo un mercado común latinoamericano; y sus principios son:

- El Pluralismo: admite diversidades políticas y económicas.
- La Flexibilidad: permite la concertación de acuerdos parciales entre algunos de sus miembros, siempre que sean compatibles con la consecución de su convergencia y el fortalecimiento de los vínculos de integración.
- La Convergencia: tiene por finalidad la multilateralización progresiva de los acuerdos parciales, mediante negociaciones periódicas entre los países miembros, en función del establecimiento del mercado común latinoamericano.

[70] Cfr. BID, "El nuevo regionalismo en América Latina", en *Más allá de las fronteras: el nuevo regionalismo en América Latina,* Washington 2003, p. 29.

[71] La A.L.A.L.C. fue constituida por el Tratado de Montevideo del 18 de febrero de 1960, ratificado por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay y con la adhesión de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela. Su objetivo era conformar en lo inmediato una zona de libre comercio y a largo plazo un mercado común. Ello se llevaría a cabo mediante negociaciones multilaterales periódicas, sobre la base de listas nacionales de productos con reducciones anuales de gravámenes y una lista común de productos cuyos gravámenes las partes se comprometían a eliminar íntegramente bajo el principio de la generalización de las concesiones. Los objetivos eran muy ambiciosos y ya a partir de 1966 se vislumbraron las muestras de su fracaso.

- Tratos diferenciales: distingue tres categorías de países: países de menor desarrollo económico relativo, países de desarrollo intermedio y otros países miembros.
- Trato de Nación Más Favorecida: según el art. 44 del Tratado de la A.L.A.D.I. "Las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios que los países miembros apliquen a productos originarios de o destinados a cualquier otro país miembro o no miembro, por decisiones o acuerdos que no estén previstos en el presente tratado o en el Acuerdo de Cartagena, serán inmediata e incondicionalmente extendidos a los restantes países miembros". Sin embargo tanto el trato diferencial por categorías de países así como los acuerdos de alcance parcial constituyen excepciones a este principio.

En efecto, guiado por el principio de flexibilidad, el Tratado de Montevideo de 1980 propone una serie de instrumentos:

- **La Preferencia arancelaria regional** (PAR): se parte de un mínimo y se tiende a abarcar todo el universo arancelario, pero se admiten listas de excepciones y se contempla la situación de sectores sensibles de la economía de los países miembros.
- **Los Acuerdos de alcance regional** (AAR): participan todos los Estados miembros y puede cubrir campos diversos: comercial, agropecuario, cooperación científica y tecnológica, etc.
- **Los Acuerdos de alcance parcial** (AAP) (pueden ser comerciales, de complementación económica, de promoción de comercio, agropecuarios, etc.). En estos acuerdos bilaterales o subregionales participan sólo algunos de los miembros, pero admiten la adhesión de los otros. La extensión de los beneficios no es automática. Precisamente el **Mercado Común del Sur (MERCOSUR)** es un acuerdo de alcance parcial, según veremos.

3. EL MERCOSUR

El MERCOSUR o Mercado Común del Sur es un **Acuerdo de alcance parcial** (AAP - pues no participan todos los miembros de la ALADI y los derechos y obligaciones no se extienden a ellos en virtud de la cláusula NMF del art. 44 del Tratado de Montevideo de 1980) **de complementación económica** (AAP.CE) pues su objeto es aumentar el comercio y estimular la complementación de los factores de producción). Nos encontramos, entonces, ante un proceso de integración subregional.

El MERCOSUR fue creado por el denominado Tratado de Asunción de 1991, suscripto por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay y se le atribuyeron según el art. 1° los siguientes objetivos:

- "La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;
- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;
- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración".

Demos una mirada ahora a sus orígenes y antecedentes.

A. Ideales del MERCOSUR: orígenes de un proceso de integración político - económico profundo

Aún cuando se suele identificar los inicios de la cooperación entre Brasil y Argentina con el advenimiento de regímenes democráticos en ambos países, no podemos soslayar que la antigua historia de rivalidad y desencuentros entre los dos socios más importantes del que sería luego el MERCOSUR quedó cerrada durante gobiernos de facto.[72] En efecto, el 19 de octubre de 1979 se firmó el Acuerdo Tripartito sobre Corpus e Itaipú entre Argentina, Brasil y Paraguay para solucionar el conflicto

[72] La historia de la relación Brasil-Argentina es un relato de encuentros y desencuentros, sentimientos amistosos y fuertes rivalidades. Tal como destaca Mónica Hirst, de un lado, se encuentran "la fraternidad republicana, los intereses comunes frente a las potencias mundiales y el celo compartido por la paz - y más tarde por la democracia - en el espacio sudamericano. Del otro: la memoria de la disputa territorial surgida en las primeras décadas del siglo XIX, los riesgos de un desequilibrio de poder en la Cuenta del Plata y la competencia entre ambas por experiencias de desarrollo económico" Cfr. Hirst, Mónica, "La política de Brasil hacia las Américas", en *Foreign Affairs En Español*, Otoño-Invierno, 2001. Disponible en http://www.foreignaffairs-esp.org. Un análisis in extenso del tema puede encontrarse en Herrera Vegas, Jorge H., "Las políticas exteriores de la Argentina y del Brasil. Divergencias y convergencias", Serie Documentos de Trabajo N° 10, septiembre de 1995. Disponible en www.isen.gov.ar

por las represas y en 1980 finalmente se normalizaron las relaciones bilaterales cuando Videla y Figueiredo firmaron numerosos acuerdos de cooperación. A partir de entonces, pareció abrirse un importante camino hacia la integración. En tal sentido, el 17 de mayo de 1980 Argentina y Brasil suscribieron un acuerdo de cooperación para el desarrollo y la aplicación de los usos pacíficos de la energía nuclear. Además Brasil apoyó las posiciones argentinas en la Guerra de las Malvinas, tanto en la Organización de Naciones Unidas (ONU) como en la Organización de Estados Americanos (OEA).

Finalmente con la llegada de las democracias en ambos países, en Argentina con la presidencia de Raúl Alfonsín en 1983 y en Brasil con el gobierno de José Sarney en 1985, se encaró seriamente el proceso de integración propiamente dicho.

En 1985 los Presidentes Sarney y Alfonsín firmaron el Acta de Iguazú que dio lugar al año siguiente al Programa de Integración y Cooperación Económica Brasil - Argentina (PICE), bajo el cual ambos países llegaron a varios acuerdos sectoriales. Sus objetivos, por entonces, eran en primer lugar de carácter político - estratégico: fortalecer las democracias recientemente instauradas en ambos países y eliminar toda hipótesis de conflicto posible. Sólo en un segundo lugar, estaban movidos por intereses económicos, en especial: promover la cooperación y el intercambio tecnológico en ciertas áreas consideradas estratégicas: sector automotor, bienes de capital y alimentos.

Posteriormente firmaron la Declaración Conjunta de Iguazú sobre política nuclear y un acta en la que se estableció un programa de integración y cooperación económica gradual y flexible. A fines de 1988 ambos países celebraron el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo en el que se comprometieron a conformar un espacio económico integrado en diez años, a través de la eliminación de las barreras tarifarias y no tarifarias y la liberalización gradual del comercio bilateral.

La llegada al poder de dos presidentes con fuertes orientaciones liberales, Carlos Menem en Argentina en 1989 y Fernando Collor de Melo en Brasil en 1990 aceleraron el proceso integracionista. En efecto, se redujo el plazo para la terminación del mercado común en cinco años, según se estipuló en el Acta de Buenos Aires de julio de 1990. Un nuevo paso fue la entrada de Uruguay y Paraguay en el programa de integración argentino - brasileño.

Así es como llegamos a la celebración del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991 que creó el Mercado Común del Sur, firmado y ratificado por Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina, redoblando la apuesta pues se abandonó la meta de la zona de libre comercio y se la reemplazó por la conformación de un mercado común.

A partir de entonces, sin embargo, el proyecto político quedó rezagado y se concentraron todas las fuerzas en la consolidación de la integración económico - comercial de la región. Sin perjuicio de ello, la dimensión política del MERCOSUR logró algunos resultados tal como veremos.

El Tratado de Asunción de 1991 previó la posibilidad de adhesión de otros Estados miembros de la A.L.A.D.I., pero condicionada a la negociación y aprobación unánime de los Estados partes del MERCOSUR (art. 20).

Efectivamente, hasta la fecha no ha habido adhesiones plenas al tratado constitutivo del MERCOSUR.

Sin embargo, el MERCOSUR o alguno de sus Estados partes celebraron acuerdos de integración con diversos actores. Entre ellos, pueden destacarse: el ACE (Acuerdo de Complementación Económica) N° 35 entre los gobiernos de los Estados partes del MERCOSUR y la República de Chile (25 de junio de 1996), el ACE N° 36 con Bolivia (17 de diciembre de 1996), el Acuerdo Marco para la creación de una Zona de libre comercio MERCOSUR - Comunidad Andina de Naciones (16 de abril de 1998), el ACE N° 39 entre Colombia, Ecuador, Perú, y Venezuela (miembros de la CAN) y Brasil (12 de agosto de 1999), el ACE N° 48 entre la Argentina y Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela - miembros de la CAN - (29 de junio de 2000); el ACE N° 54 entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados partes del MERCOSUR (5 de julio de 2002); el ACE N° 56 entre la Comunidad Andina y el MERCOSUR para la formación de un Área de Libre Comercio Sudaméricana - ALCSA - (6 de diciembre de 2002); el ACE N° 58 entre Perú y el MERCOSUR (25 de agosto de 2003); el Acuerdo Marco para la creación de un área de libre comercio entre el MERCOSUR y la República de Sudáfrica (15 de diciembre de 2000); el Acuerdo Marco entre el MERCOSUR y la India (17 de junio de 2003) y el Acuerdo preferencial de comercio entre el MERCOSUR y la India (25 de enero de 2004).[73]

En la XXVI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, celebrada en Puerto Iguazú el 8 de julio de 2004 se logró la aprobación de la solicitud de México y Venezuela para adherirse como estados asociados al MERCOSUR, sumándose a Chile, Bolivia y Perú. En el caso de México, la incorporación se llevará a cabo recién cuando se logré un acuerdo de libre comercio con los países miembros del bloque. Y en el caso de Venezuela su adhesión será efectiva cuando el acuerdo sea oficialmente aprobado por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Asimismo, el MERCOSUR interviene en los foros de negociación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y entabla negociaciones con la Unión Europea (UE) para lograr una asociación interbloque y participa en el proyecto de la

llamada Comunidad Sudamericana de Naciones, constituida por los dos bloques comerciales sudamericanos: el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, más Chile, Surinam y Guyana. Ello, sin perjuicio, de negociar tanto con otros países como con áreas de integración en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la liberalización comercial multilateral.

Cuadro V.1: Antecedentes del MERCOSUR. Síntesis

ANTECEDENTES DEL MERCOSUR

- Declaración de Foz de Iguazú del 29 de noviembre de 1985 dada por los Presidentes Alfonsín y Sarney que creó una Comisión Mixta de Alto Nivel para la Integración.
- Acta para la integración Argentina-Brasileña del 29 de julio de 1986, Buenos Aires, firmada por los Presidentes Alfonsín y Sarney mediante la cual se crea el **Programa de Integración y Cooperación Económica** (PICE) entre Argentina y Brasil.
- Acta de Amistad Argentino-Brasileña "Democracia, Paz y Desarrollo" del 10 de diciembre de 1986.
- Acta de Alborada, del 7 de abril de 1988, firmada por los Presidentes de Brasil, Uruguay y Argentina a través de la cual se formaliza la participación de Uruguay en el proceso de integración, en el sector de transporte terrestre.
- **Tratado de integración, cooperación y desarrollo entre Argentina y Brasil**, del 29 de noviembre de 1988, que dispone la creación de un espacio económico común mediante la remoción de todos los obstáculos arancelarios y paraarancelarios al comercio de bienes y servicios en un plazo máximo de 10 años.
- Acta de Buenos Aires, firmada por los Presidentes Menem y Collor el 6 de julio de 1990, por la cual se decide establecer **un mercado común a conformarse el 31 de diciembre de 1994**. Para ello se estableció el Grupo Común Binacional.
- Reunión en Brasilia de los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay el 1° de agosto de 1990 a fin de prever el ingreso de Uruguay a un mercado común subregional e invitar a Chile y a Paraguay.
- Acuerdo de alcance parcial de complementación económica entre Argentina y Brasil (**AAP.CE.14**), del 14 de diciembre de 1990, registrado en la ALADI en el que sistematizaron y profundizaron los 24 protocolos bilaterales firmados entre 1984 y 1989.
- **Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Tratado de Asunción),** del 26 de marzo de 1991.

B. Dimensión económico - comercial del MERCOSUR: integración comercial incompleta

[73] Fuente: página oficial del Mercosur: www.mercosur.org.uy

En la práctica, el MERCOSUR se limitó, prácticamente, a desarrollar su esfera económico - comercial, tal como ya lo proponían sus bases constitutivas en el Tratado de Asunción. Sin embargo, los objetivos propuestos en el artículo 1° del mismo no fueron acabadamente cumplidos. En efecto, no ha alcanzado el nivel de integración al que se orientaba el proceso, es decir, hacia un mercado común. Pero lo más preocupante es que no ha logrado consolidarse como una unión aduanera perfecta, por las múltiples excepciones consagradas en la propia normativa derivada del MERCOSUR o bien, según los casos, decididas unilateralmente por alguno de sus miembros. En rigor, ni siquiera es una zona de libre comercio pura puesto que existen ciertos regímenes exceptuados, como el sector automotor y el azucarero.

Todas las perforaciones al arancel externo común en el comercio extrazona como asimismo las excepciones reconocidas en el comercio intrazona, según se prevé, serán superadas el 1° de enero de 2006.

C. Dimensión política - estratégica del MERCOSUR: un proyecto político puesto en marcha

El MERCOSUR, pese a las numerosas dificultades que obstaculizaron su desarrollo en sus diversas dimensiones, obtuvo significativos avances en materia de compromiso democrático y seguridad, constituyéndose en una verdadera "opción estratégica".[74]

En la X Reunión del Consejo del Mercado Común en San Luis el 25 de junio del año 1996, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay celebraron la "Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur", al que se le suma el "Protocolo de Adhesión de Bolivia y Chile". Estos instrumentos reconocen la plena vigencia de las instituciones democráticas como condición indispensable para la existencia y el desarrollo del MERCOSUR.

Asimismo, el 24 de julio de 1998, los presidentes de los Estados partes y asociados suscribieron el "Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático". Con la firma de dicho instrumento reiteraron que la democracia es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los seis países, y que toda ruptura del orden democrático dará lugar a la aplicación de una serie de medidas que abarcarán desde la suspensión del derecho del Estado afectado a participar en los

[74] Cfr. Villagra Delgado, Pedro, "Un nuevo paradigma de seguridad hemisférica", en *Foreign Affairs En Español*, Octubre-Diciembre, 2003. Disponible en http://www.foreignaffairs-esp.org

distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos.

Sin dudas, la consagración de mecanismos colectivos que posibilitan a un país intervenir en los asuntos de un tercer Estado cuando la democracia está en peligro constituye un hito importante, si tenemos en cuenta que precisamente nuestra región fue la promotora del principio de no intervención.[75]

Cabe destacar que en virtud del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático de 1998 y la Declaración Presidencial de 1996, los Estados del MERCOSUR intervinieron en la resolución de la crisis de Paraguay en 1999. Así, en la XVI Cumbre de Presidentes del MERCOSUR, celebrada en Asunción entre los días 14 y 15 de junio de 1999 los seis Estados suscribieron la "Declaración de Apoyo a la Democracia Paraguaya y a su Proceso de Normalizacion y Fortalecimiento Institucional", en la cual declararon: 1. Su enérgica condena y repudio a la violencia como recurso de acción política y al asesinato del Vicepresidente de la República del Paraguay, doctor Luis María Argaña, así como de los ciudadanos que se manifestaban en el marco constitucional; y 2. Su apoyo al sistema democrático paraguayo y a su proceso de normalización y fortalecimiento institucional. En cambio, el bloque no fue capaz de intervenir en otros casos de crisis institucionales como la de Bolivia en octubre de 2003.

En la misma oportunidad en que se suscribió el Protocolo de Ushuaia, se celebró la "Declaración Política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz", mediante la cual los seis países expresan que la paz constituye un elemento esencial para la continuidad y el desarrollo del proceso de integración regional. La Declaración de Ushuaia asimismo establece algunos lineamientos referidos, por ejemplo, al fortalecimiento de mecanismos de consulta y cooperación sobre temas de seguridad y defensa existentes y promover su progresiva articulación; avanzar en la cooperación en el ámbito de las medidas de fomento de la confianza; apoyar en los foros internacionales el desarme nuclear y la no proliferación de armas nucleares y otras de destrucción en masa; y ampliar y sistematizar la información que se provee al Registro de Armas Convencionales de Naciones Unidas, y establecer una metodología uniforme para la información a fin de aumentar la transparencia y la confianza.

Por su parte, en lo que concierne a las nuevas amenazas a la seguridad, el MERCOSUR adoptó algunos acuerdos en materias como tráfico de drogas, lavado de dinero y tráfico de armas. En la misma inteligencia, en la Reunión Extraordinaria de

[75] Cfr. Villagra Delgado, Pedro, "Procesos de Cumbres: Gobernabilidad, Seguridad y Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil", FLACSO-Chile, Santiago, 26 de marzo de 2004. Disponible en www.flacso.cl/flacso/areas/semosc/villagra.pdf

Olivos en el año 2002 los seis Estados decidieron crear un Grupo de Trabajo Permanente del MERCOSUR contra el terrorismo a fin de intensificar la cooperación internacional permanente contra el terrorismo y apoyar el trabajo de la OEA en este ámbito.[76]

Finalmente, cabe señalar que en materia de seguridad, suelen prevalecer los acuerdos bilaterales o trilaterales concluidos fuera del marco estricto del Mercosur, principalmente nos referimos a las medidas adoptadas al estilo ABC (Argentina, Brasil, Chile). Por otra parte no podemos olvidar que la tarea de emprender políticas de seguridad y defensa común entre los Estados partes y asociados (Bolivia, Chile y Perú) se dificultan por conflictos históricos pendientes de resolución como son los casos de Chile/Bolivia y Perú/Chile.

D. La dimensión jurídico - institucional: el derecho de la integración en el MERCOSUR

D. a) Las fuentes jurídicas del MERCOSUR

Según dispone el art 41 del Protocolo de Ouro Preto, las fuentes jurídicas de nuestro espacio integrado son:

1) El Tratado de Asunción, sus protocolos e instrumentos complementarios, tales como el Protocolo de Ouro Preto sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, de 1994, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias de 1991, hoy sustituido por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de 2002. Estos instrumentos constituyen, sin dudas, derecho constitutivo.
2) Los acuerdos celebrados en el marco de ese tratado y sus protocolos. Por ejemplo: el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional de 1992, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción internacional en materia contractual de 1994, el Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional de 1998, entre muchos otros. Estos protocolos aprobados por el Consejo del Mercado Común suelen tener la indicación de que "son parte integrante del Tratado de Asunción". El carácter constitutivo de estas normas queda en evidencia, tal como advierte Moncayo, en la

[76] Para la relación entre integración regional, democracia y seguridad, en particular en el Cono Sur, puede verse Villagra Delgado, Pedro, "El Cono Sur: una realidad tangible", Seminario Internacional sobre Desarme, Lima, 1999. Disponible en http://www.opanal.org/Articles/Seminar-Lima/villagra_lima_e.htm

circunstancia de que la adhesión al Tratado de Asunción por parte de un Estado implica *ipso iure* la adhesión a cada uno de estos protocolos.[77]

3) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio. Estamos en presencia del denominado derecho derivado del MERCOSUR, ya que todas estas normas emanan de sus órganos con capacidad decisoria, tal como podremos observar en el siguiente apartado.

D.b) Los órganos del MERCOSUR

Sintéticamente los órganos del MERCOSUR son:

- El **Consejo del Mercado Común** (CMC) se ha erigido como la instancia decisoria máxima puesto que está a cargo de la coordinación política del proceso de integración, y ejerce la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR, acordada por el Protocolo de Ouro Preto. En virtud de ello, negocia y firma acuerdos con terceros países, con grupos de países y con organismos internacionales. Está facultado para crear o eliminar órganos auxiliares. Se expresa formalmente a través de decisiones.[78] Sus reuniones son coordinadas por los Ministros de Relaciones Exteriores y al menos una vez por semestre participan en ellas los Presidentes de los Estados Miembros. Sus órganos auxiliares son: la Reunión de Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales; la Reunión de Ministros de Educación, la Reunión de Ministros de Justicia, la Reunión de Ministros de Trabajo, la Reunión de Ministros de Agricultura, la Reunión de Ministros de Cultura, la Reunión de Ministros del Interior, la Reunión de Ministros de Salud, la Reunión de Ministros de Industria, la Reunión de Ministros de Minería y Energía, la Reunión de Ministros de Turismo, la Reunión de Ministros de Medio Ambiente, la Reunión de Ministros de Cultura, la Reunión de Ministros de Desarrollo Social y el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), creado en 1998, e integrado especialmente por las Reuniones de Ministros competentes en temas no comerciales.
- El **Grupo Mercado Común** (GMC) es el órgano ejecutivo, goza de facultad de iniciativa y emite resoluciones en virtud de su capacidad decisoria. Está

[77] Cfr. Moncayo, Guillermo, R., "MERCOSUR. Orden normativo y realidad", en C.A. Armas Barea et al (ed.) *Liber Amicorum "In Memoriam" of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, p. 603.

[78] La Decisión CMC 19/02 le acordó al Consejo la facultad de emitir Recomendaciones, de carácter no vinculante, con el fin de establecer orientaciones generales, planes de acción o fomentar iniciativas que contribuyan a la consolidación del proceso de integración.

integrado por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y de los Bancos Centrales. Además se organiza mediante Subgrupos de Trabajo. Sus funciones consisten en general en proponer proyectos de decisión al Consejo de Mercado Común y adopta las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones del Consejo. Fija los programas de trabajo y aprueba el presupuesto.

Sus órganos auxiliares son los **Subgrupos de Trabajo (SGT) (**SGT Nº1: Comunicaciones; SGT Nº2: Minería; SGT Nº3: Reglamentos técnicos y evaluación de la conformidad; SGT Nº4: Asuntos financieros; SGT Nº5: Transporte e infraestructura; SGT Nº6: Medio Ambiente; SGT Nº7: Industria; SGT Nº8: Agricultura; SGT Nº9: Energía; SGT Nº10: Asuntos laborales, empleo y seguridad social; SGT Nº11: Salud; SGT Nº12: Inversiones; SGT Nº13: Comercio electrónico; SGT Nº14: Seguimiento de la coyuntura económica y comercial)**;** las **Reuniones Especializadas** (Ciencia y tecnología, turismo, comunicación social, promoción comercial, infraestructura de la integración, entre otras); los **Grupos Ad Hoc** (azúcar, relaciones externas, compras gubernamentales, concesiones, integración fronteriza, entre otros) y **otros Foros dependientes** (el Grupo de Servicios, la Comisión Sociolaboral, la Reunión Técnica de Incorporación de la Normativa Mercosur, el Comité Automotor, el Centro de Promoción del Estado de Derecho, entre los más importantes).

- La **Comisión de Comercio del MERCOSUR** (CCM), también goza de capacidad decisoria y en tal sentido se expresa a través de directivas y propuestas. Es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común. Su función primordial es velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados para el funcionamiento de la unión aduanera y para el seguimiento y revisión de los temas y materias vinculadas con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-zona y con terceros países. Adopta las decisiones sobre la administración y aplicación del arancel externo común. Sus órganos auxiliares son: los Comités Técnicos (CT1: Aranceles, nomenclatura y clasificación de mercaderías, CT2: Asuntos aduaneros, CT3: Normas y disciplinas comerciales, CT4: Políticas públicas que distorsionan la competitividad, CT5: Defensa de la competencia, CT6: Defensa del consumidor y el Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias).
- La falta de participación de la sociedad civil se intentó canalizar a través de un órgano consultivo: el **Foro Consultivo Económico y Social** (FCES), que representa a los sectores económicos y sociales de cada uno de los Estados

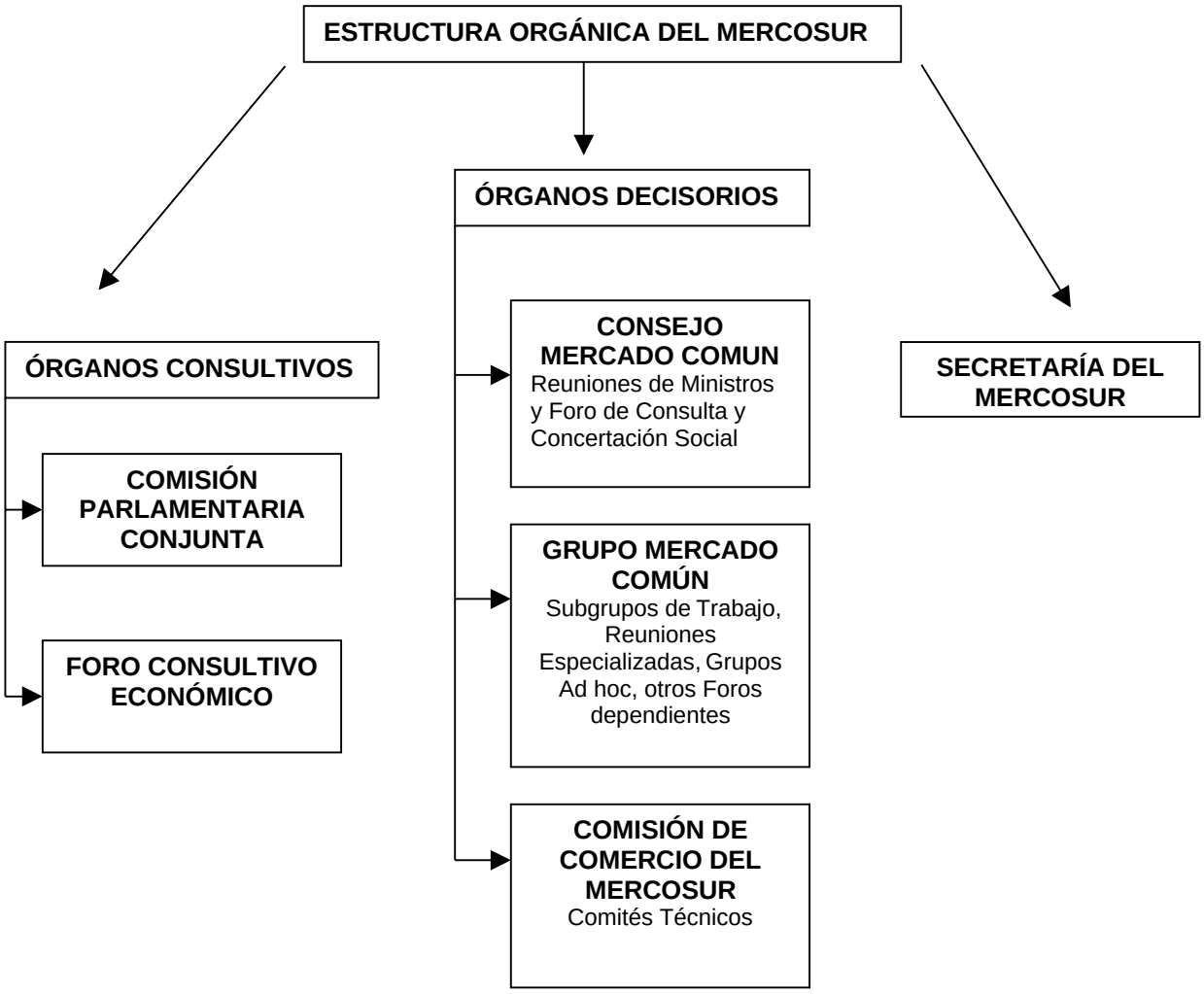
Parte. Es el único órgano que representa al sector privado. Sin embargo su implementación no fue exitosa puesto que fue percibido como un logro meramente simbólico por los operadores privados que comprendieron rápidamente que su poder de presión funcionaba con mayor efectividad en el plano doméstico.[79] Sus órganos auxiliares son las Comisiones y el Comité Mixto CES-FCES.

- ❖ No corrió mejor suerte la **Comisión Parlamentaria Conjunta** (CPC) en su carácter de órgano legislativo consultivo, encargado de representar a los Parlamentos de los Estados Partes e integrada por legisladores nacionales en ejercicio. En efecto, sólo es consultada voluntariamente y sus opiniones no son vinculantes. Su tarea principal consiste en contribuir a la aceleración de la armonización legislativa. Sus órganos auxiliares son: la Mesa Ejecutiva, la Secretaría Administrativa Parlamentaria Permanente y las Subcomisiones.
- ❖ El MERCOSUR cuenta además con una **Secretaría**, con sede en Montevideo, que se desempeña como órgano de apoyo operativo de los demás órganos del MERCOSUR. Desde mayo de 2003 se creó un Sector de Asesoría Técnica a fin de convertir gradualmente a la Secretaría Administrativa en una Secretaría Técnica. Las funciones de tal Sector son básicamente: el apoyo técnico a los órganos del MERCOSUR, el seguimiento y evaluación del desarrollo del proceso de integración, y el control de consistencia jurídica de los actos y normas emanadas de los órganos del MERCOSUR.

Cabe señalar que en 2003 se creó la **Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR,** dependiente del Consejo del Mercado Común, con sede en Montevideo, integrada por los cuatro embajadores ante la A.L.A.D.I. y el MERCOSUR y un Presidente, que no representa a ninguno de los países miembros.

[79] Cfr. Bouzas, Roberto y Soltz, Hernán, "La formación de instituciones regionales en el Mercosur", en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001, p. 187.

Figura V.1: Estructura orgánica básica del MERCOSUR.



Cuadro V. 2: Síntesis de los principales órganos del MERCOSUR

ÓRGANO	INTEGRANTES	FUNCIONES PRINCIPALES
CONSEJO DEL MERCADO COMÚN	Los Ministros de Relaciones Exteriores; y los Ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados Partes. Al menos una vez por año, participan los Presidentes.	Es el órgano supremo del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común. Se pronuncia a través de decisiones vinculantes.
GRUPO MERCADO COMÚN	Cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país que representan a los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y al Banco Central. Es coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.	Es el órgano ejecutivo del MERCOSUR, que tiene entre sus funciones: velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; fijar programas de trabajo que

		aseguren avances para el establecimiento del mercado común; negociar, con la participación de representantes de todos los Estados Parte, por delegación expresa del Consejo del Mercado Común, acuerdos en nombre del MERCOSUR con terceros países, grupos de países y organismos internacionales. El Grupo Mercado Común se pronuncia mediante Resoluciones, las cuales son obligatorias para los Estados Partes.
COMISIÓN DE COMERCIO DEL MERCOSUR	Cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado parte y es coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores.	Velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países. La Comisión de Comercio del MERCOSUR se pronuncia mediante Directivas y Propuestas al Grupo Mercado Común.
COMISIÓN PARLAMENTARIA CONJUNTA	Está integrada por igual número de parlamentarios representantes de los Estados Partes, y elegidos por los Parlamentos nacionales. Sólo podrá estar integrada por Parlamentarios en ejercicio de su mandato.	Es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del MERCOSUR. La Comisión tiene carácter consultivo, deliberativo y de formulación de Declaraciones, Disposiciones y Recomendaciones (no vinculantes).
FORO CONSULTIVO ECONÓMICO - SOCIAL	Está integrado por igual número de representantes de cada Estado parte.	Organo representativo de los sectores económicos y sociales. Se pronuncia mediante Recomendaciones (no vinculantes) al Grupo Mercado Común, a solicitud de éste o por iniciativa propia.
SECRETARÍA DEL MERCOSUR	A cargo de un Director, elegido por GMC y designado por el CMC, por dos años, sin reelección.	Organo de apoyo operativo, responsable de la prestación de servicios a los demás Organos del MERCOSUR. La Decisión del CMC 30/02 y la Resolución del GMC 1/03 implementaron la creación de un Sector de Asesoría Técnica, compuesto por dos abogados y dos economistas elegidos por concurso internacional.

D. c) Principales deficiencias institucionales del MERCOSUR

No podemos soslayar las imperfecciones, limitaciones, insuficiencias e incluso carencias que padece este esquema de integración regional en el plano institucional. Ello, refleja el bajo grado de compromiso asumido por los Estados partes que se han negado sistemáticamente a ceder atribuciones a los órganos del bloque.

En general, las grandes deficiencias del esquema que analizamos se refieren a los siguientes aspectos:

i) Carácter intergubernamental de los órganos,

ii) Procedimiento para la toma de decisiones,

iii) Incorporación del derecho derivado a la normativa interna de los Estados partes y jerarquía en los ordenamientos nacionales,

iv) Mecanismo para la solución de disputas.

i) CARÁCTER INTERGUBERNAMENTAL DE LOS ÓRGANOS

Los órganos con poder decisorio en el MERCOSUR, es decir el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio son de carácter eminentemente **intergubernamental,** puesto que están compuestos sólo por representantes gubernamentales y deciden por consenso. Todo ello permite a los gobiernos nacionales mantener el control del proceso.

Este marcado carácter intergubernamental de los órganos del MERCOSUR, según Czar de Zalduendo, responde esencialmente a dos causas: los fracasos de algunas experiencias latinoamericanas anteriores que, muy ambiciosas, tendieron a la supranacionalidad, y por otra parte, las preocupaciones presupuestarias de los gobiernos de los Estados partes que los llevan a cuidarse de incurrir en gastos excesivos para administrar el esquema.[80]

Por lo expuesto, los órganos del MERCOSUR no pueden ser denominados comunitarios, puesto que no media renuncia ni transferencia de atribuciones y potestades soberanas. Estas instituciones no tienen poderes propios ni autónomos, por el contrario al estar compuestos por representantes de los Estados partes, tienen dependencia orgánica y funcional con respecto a estos, y por ello expresan la voluntad y el interés nacional del Estado al que representan.[81]

ii) PROCEDIMIENTO PARA LA TOMA DE DECISIONES

El Tratado de Asunción dispuso para la toma de decisiones el **principio del consenso y del quorum de todos los miembros presentes**. En efecto, estos principios caracterizan a los órganos con poder de decisión del MERCOSUR. Es decir, todos los representantes de los Estados partes tienen igual derecho a vetar una

[80] Cfr. Czar de Zalduendo, Susana, "La institucionalización en los acuerdos regionales: el caso del MERCOSUR", en Basevi, Giorgio, Donato, Vicente y O´Connell, Arturo, (comps.) *Efectos reales de la integración regional en la Unión Europea y el MERCOSUR*, Ed. de la Universidad de Bologna, Buenos Aires, 2003, p. 109 y ss

[81] Moncayo, Guillermo, R., "MERCOSUR. Orden normativo y realidad", en C.A. Armas Barea et al (ed.) *Liber Amicorum "In Memoriam" of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, ps. 599 y ss.

normativa y de esta forma, pueden paralizar el funcionamiento del bloque, facilitando las denominadas crisis de "asientos vacíos".

Tal como destaca el Profesor Guillermo Moncayo, este procedimiento para la toma de decisiones es propio de un proceso de cooperación, puesto que el mismo consagra la igualdad entre los Estados y permite resguardar las potestades soberanas.[82]

iii) INCORPORACIÓN DEL DERECHO DERIVADO A LA NORMATIVA INTERNA DE LOS ESTADOS PARTE Y JERARQUÍA EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES[83]

El Protocolo de Ouro Preto (art. 42 POP) establece que las normas del MERCOSUR una vez aprobadas, cuando sea necesario, deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, siendo vinculantes para los Estados Miembros. No obstante, no establece plazos perentorios para tal incorporación y la misma se lleva a cabo de acuerdo al procedimiento establecido por cada país. [84] En consecuencia la falta de incorporación en alguno de los Estados partes, conlleva un clima de inseguridad jurídica y falta de efectividad puesto que en estas circunstancias los operadores económicos quedan sujetos a diversas reglas según el Estado en cuestión haya o no internalizado las normas del MERCOSUR. A ello se suma una interpretación divergente en cuanto al procedimiento de vigencia simultánea (art. 40

[82] Moncayo, Guillermo, ibidem. p. 601.

[83] En este apartado nos referiremos, salvo mención expresa, a las normas de derecho derivado del MERCOSUR, es decir, aquellas, emanadas por sus órganos. En tanto el derecho constitutivo, conformado por instrumentos internacionales, bajo la forma de tratados, celebrados entre los Estados partes en el marco del Tratado de Asunción, se rige para su entrada en vigor por las disposiciones pertinentes del Derecho de los Tratados. De todos modos, cabe señalar una particularidad del complejo sistema de fuentes del MERCOSUR. Un número importante de Decisiones del CMC contienen como anexo tratados internacionales. Estos instrumentos son fuente autónoma de derecho internacional y están sometidos a sus propias cláusulas de vigencia, y, en su caso, a las prescripciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sin embargo, como parte integrante de la Decisión, es decir derecho derivado del esquema, están, a su vez, sujetos al procedimiento de incorporación y vigencia simultánea del art. 40 POP.

[84] Los trámites o procedimientos internos para la incorporación de las normas MERCOSUR pueden diferir entre los Estados miembros, ya que depende de la distribución de competencias de los poderes y organismos de cada uno de ellos. Es así como una misma norma MERCOSUR en un país puede requerir el dictado de una ley, en otro, de un decreto o bien de una disposición o resolución ministerial. Asimismo queda librado a cada Estado la determinación del órgano competente que deberá cumplir con la obligación de internalizar la norma. En este sentido, el acta de la XI Reunión del CMC de Fortaleza, 16 y 17 de diciembre de 1996, dispone que "... Teniendo en cuenta que los referidos procedimientos de internalización de las normas no son los mismos en los cuatro Estados partes, cada país deberá, en el plano nacional, adoptar los mecanismos que consideren pertinentes.

POP), que exige que los cuatro países hayan incorporado una norma MERCOSUR antes de entrar en vigor. [85]

En efecto, y aún cuando, tal como nos recuerda Pallarés, incorporar al derecho interno las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR de manera oportuna y eficaz es un deber jurídico de los Estados miembros en virtud de la obligación de cumplir un tratado de buena fe (principio de derecho consuetudinario y art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969)[86], en la experiencia vivida desde la conformación del MERCOSUR, se vislumbra un alto porcentaje de reglas no incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos: de 274 Decisiones del CMC dictadas entre 1991 y 2002, 105 se encontraban pendiente de incorporación, para igual período de 949 Resoluciones del GMC, 380 no habían sido internalizadas y de 126 Directivas de la CCM, 45 continuaban sin ser incorporadas.

En estas condiciones, las normas MERCOSUR no incorporadas sólo obligarían a los Gobiernos, en virtud del carácter intergubernamental de sus órganos, no así a los particulares, pues tal como podemos apreciar las reglas de nuestro espacio integrado no gozan ni de aplicabilidad inmediata ni de efecto directo.

iii. a) Principales deficiencias detectadas

Entre las deficiencias más relevantes en materia de incorporación de normas MERCOSUR, cabe destacar:

- Limitaciones políticas y valoraciones divergentes para la implementación de un régimen adecuado para el desarrollo del derecho de la integración en el MERCOSUR. En este sentido, por ejemplo, un sector de la doctrina brasileña sostiene que las normas MERCOSUR no son por sí mismas normas jurídicas, sino que se trata de resoluciones políticas que obligan a los Estados a realizar adecuaciones en sus ordenamientos internos.
- Existencia de importantes asimetrías constitucionales entre los países miembros, tal como veremos en mayor detalle.
- La práctica deficiente de los Estados en materia de incorporación de normas MERCOSUR que posibilita su vigencia unilateral en detrimento de la vigencia simultánea, generando inseguridad jurídica para los particulares que desconocen así el ámbito territorial de aplicación de tales normas.

[85] El procedimiento de vigencia simultánea se lleva a cabo a través de los siguientes pasos: 1) la incorporación por cada país a su derecho interno y la comunicación de ese hecho a la Secretaria MERCOSUR, 2) la notificación de ello por parte de la Secretaría a todos los países y 3) la vigencia simultánea a los 30 días de la notificación de la Secretaría.

[86] Cfr.Pallarés, Beatriz, "El derecho frente a la integración latinoamericana", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 12, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de julio de 2005, p. 8.

- La ausencia de plazos para la incorporación de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR.
- La falta de transparencia y la deficiente publicidad oficial de las normas MERCOSUR.
- La diversa forma de entrada en vigor de los Protocolos adicionales y para las normas de derecho derivado.
- La indefinición de las normas que no requieren incorporación.
- Los problemas jurídicos derivados de la protocolización de las normas MERCOSUR en la A.L.A.D.I.[87]
- La incorporación de una norma MERCOSUR al derecho interno de modo parcial o con un texto diverso, generando potenciales conflictos interpretativos.
- Muchas de las normas aprobadas carecen de consistencia interna, son imprecisas, poco claras, originando diversas interpretaciones.

iii. b) Avances recientes en materia de incorporación de normas MERCOSUR

Durante la vida institucional del MERCOSUR, se han producido una serie de avances significativos en materia de incorporación de normas. Entre ellos merecen ser señalados:

- La Resolución N° 08/93 del Grupo Mercado Común encomendó a la Secretaría Administrativa que efectúe un relevamiento trimestral de la puesta en vigencia y aplicación de las Decisiones del CMC y de las Resoluciones del GMC, en el orden interno de los Estados partes.
- La Resolución N° 20/93 dispuso que en toda ley, decreto, reglamento, o acto jurídico de naturaleza similar de los gobiernos centrales, estaduales, provinciales, departamentales, municipales, empresas del Estado, etc. de cada Estado parte, en que se haga referencia a normas técnicas, se considerará la Norma MERCOSUR correspondiente, como equivalente a las normas referidas.
- A su turno, la Resolución N° 91/93 estableció que las Decisiones del CMC y las Resoluciones del GMC incluirán una disposición en la que se identifique con respecto a cada Estado parte, las autoridades competentes encargadas de adoptar

[87] Recuérdese que el Tratado constitutivo de la A.L.A.D.I. prevé la posibilidad de incorporar el derecho gestado por los órganos del sistema a través de actos de los Poderes Ejecutivos como acuerdos en forma simplificada de ejecución de un tratado marco que ya ha atravesado los trámites internos de aprobación. Tal como destaca Beatriz Pallarés, la inscripción del Tratado de Asunción en la A.L.A.D.I., podría sugerirnos que los Estados partes tuvieron en cuenta la posibilidad de que algunas de sus normas tuvieran aplicación directa, aún cuando éste no haya sido el principal objetivo de tal protocolización. Cfr. Pallarés, Beatriz, "El derecho frente a la integración latinoamericana", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 12, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de julio de 2005, p. 6.

las normas o medidas necesarias para asegurar su implementación; y la modalidad de la norma o medida que debe adoptar la repartición indicada, y cuando sea pertinente, la fecha de entrada en vigor.

- Por Resolución N° 22/98, el Grupo Mercado Común resolvió instar a los Estados partes a realizar los máximos esfuerzos para la incorporación de las normativa MERCOSUR no incorporada al ordenamiento nacional por razones de carácter administrativo; y solicitar a la Comisión Parlamentaria Conjunta que arbitre los medios para que los Poderes Legislativos Nacionales den consideración prioritaria a los distintos proyectos en trámite parlamentario de normativa MERCOSUR aprobada, que requiere incorporación por vía legislativa.
- En la Resolución N° 23/98 se estableció que las normas que requieren sólo decisiones administrativas nacionales para su internalización, deben incluir un plazo expreso para completar tal proceso y cuando fuera posible, se deben identificar las agencias nacionales involucradas y los pasos necesarios.
- Por Decisión N° 03/99, el Consejo del Mercado Común decidió solicitar a la Comisión Parlamentaria Conjunta que, por su intermedio, sean efectuadas todas las gestiones necesarias junto con los Poderes Legislativos de los Estados partes, a fin de acelerar los procedimientos internos necesarios para la incorporación de normativa MERCOSUR que requiera aprobación legislativa.
- Asimismo, la Decisión N° 23/00 dispuso la obligación de los Estados partes de notificar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, la incorporación de las normas del mismo a sus ordenamientos jurídicos nacionales, y estableció las normas que no necesitarían incorporación: las que traten asuntos vinculados al funcionamiento interno del MERCOSUR, y cuando el contenido de la norma MERCOSUR ya estuviera contemplado en términos idénticos en la legislación nacional.[88] Además brinda precisiones respecto a los plazos para incorporar y los procedimientos a seguir en tanto en su art. 7 expresa que: "En los casos en que las Decisiones, Resoluciones y Directivas incluyan una fecha o plazo para su incorporación, esas cláusulas revisten carácter obligatorio para los Estados partes y deben ser incorporadas en las fechas o plazos establecidos, a efectos de poder

[88] Cabe señalar que para un sector de la doctrina cuando el art. 42 POP condiciona el deber de incorporación de los actos del MERCOSUR a "cuando sea necesario", es dable sostener la incorporación inmediata de dichos actos en los ordenamientos internos de los Estados miembros si sus respectivos sistemas constitucionales lo permiten, como es el caso de Argentina, Paraguay y Uruguay. Cfr. Pallarés, Beatriz, "La incorporación de las normas MERCOSUR a los derechos internos y la seguridad jurídica", en Ciuro Caldani, Miguel Ángel, Latucca, Ada y Ruiz Díaz Labrano, Roberto (Coords.), *Economía globalizada y MERCOSUR*, Ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 63 y ss.

cumplirse con el procedimiento de vigencia simultánea determinado por el Art. 40 del Protocolo de Ouro Preto."

- La decisión 20/02 del 6 de diciembre de 2002 dispuso la realización de consultas internas en los países miembros de todo proyecto de norma MERCOSUR, con el objetivo de confirmar su conveniencia técnica y jurídica y establecer los procedimientos y el plazo necesarios para su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos (art. 1). Es decir, crea una suerte de "cuarentena" en la que ingresan los proyectos de normas MERCOSUR hasta que estén dadas las condiciones que aseguren su incorporación a los derechos internos.[89] Además estableció la obligación de incorporar las normas emanadas de los órganos decisorios del esquema en su texto integral para lograr uniformidad. E insta a los Estados partes a procurar la centralización en un único órgano interno del procesamiento de los trámites necesarios para la incorporación por vía administrativa y a solicitar la colaboración de la Comisión Parlamentaria Conjunta cuando la incorporación deba realizarse por la vía legislativa.
- A través del Acuerdo Interinstitucional entre el Consejo del Mercado Común y la Comisión Parlamentaria Conjunta suscripto en octubre de 2003, el CMC se comprometió a consultar a la CPC en todas aquellas materias que requieran aprobación legislativa para su incorporación a los ordenamientos internos de los Estados partes. Mientras tanto, la CPC asumió la responsabilidad de impulsar la labor de internalización de la normativa MERCOSUR, en especial, de aquella cuya adopción por el CMC sea el resultado de un consenso con la propia CPC.
- Una reciente decisión del Consejo Mercado Común N° 22/04 del 7 de julio de 2004 dispuso que a los efectos de la vigencia y aplicación por los Estados partes de las Normas MERCOSUR que no requieran aprobación legislativa, se adoptará un procedimiento teniendo en cuenta ciertos lineamientos que constan en su anexo con arreglo al respectivo ordenamiento jurídico interno.[90] Y los Estados asumen la

[89] Cfr PENA, Celina y ROZEMBERG, Ricardo, "MERCOSUR: ¿Una experiencia de desarrollo institucional sustentable?", Documento presentado en la Segunda Conferencia Anual de la Red de Estudios Europa - América Latina sobre Integración y Comercio, Florencia, 29 y 30 de octubre de 2004. Disponible en www.focal.ca/pdf/mercosur_s.pdf

[90] Según el Anexo de LINEAMIENTOS PARA EL PROCEDIMIENTO DE ENTRADA EN VIGOR DE LAS NORMAS MERCOSUR QUE NO REQUIEREN TRATAMIENTO LEGISLATIVO, ese procedimiento deberá prever la realización de las consultas internas y los análisis de consistencia jurídica establecidos en la Decisión CMC 20/02, con anterioridad a la adopción de las Normas MERCOSUR. Asimismo, dispone que una vez aprobadas por los órganos del MERCOSUR y recibida por el Ministerio de Relaciones Exteriores la copia certificada por la Secretaría del MERCOSUR, las Normas MERCOSUR deberán publicarse, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado Parte, en los respectivos diarios oficiales cuarenta (40) días antes de la fecha prevista en ellas para su entrada en vigencia. La publicación de las Normas MERCOSUR en los diarios oficiales implicará la incorporación de la norma al orden jurídico nacional, conforme al Artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. A los efectos de la

obligación de iniciar o complementar la implementación de tal procedimiento en un plazo de noventa días. Además se estipula que a partir de la fecha en que sea adoptado tal procedimiento, todas las normas MERCOSUR, deberán incluir la fecha de su entrada en vigor.

iii. c) Un problema de fondo: las asimetrías constitucionales

Al abordar la delicada cuestión de las asimetrías constitucionales en los países miembros del MERCOSUR, nos enfrentamos con un tema de estudio del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional. Nos referimos al análisis de las relaciones entre el derecho interno y el internacional. Tales relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, como sabemos, originan dos problemas: el primero atinente a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, es decir que nos preguntamos si el derecho internacional puede ser aplicado directamente en el ámbito interno o bien si requiere de una norma de fuente interna que lo integre a tal ordenamiento. Ahora bien, si suponemos que el derecho internacional se integra directamente al orden interno, surge el segundo problema que anunciábamos, que consiste en determinar la relación jerárquica de las normas internacionales con respecto al ordenamiento nacional.

Existen dos clásicas teorías opuestas que tratan de explicar la integración del derecho internacional en los distintos ordenamientos internos y las múltiples relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. La primera teoría denominada Dualista,[91] postula la separación del derecho internacional y de los distintos ordenamientos internos. Sostiene que son dos ordenamientos jurídicos totalmente diferentes e independientes uno del otro, incomunicados entre sí, que tienen ámbitos de validez y de acción diversos. Por ello, para que una norma internacional ingrese al ordenamiento interno necesita de un acto de transformación. Cabe adelantar que al transformarse en derecho interno, no se plantea el problema de la jerarquía de las normas.

La segunda teoría llamada Monista[92] sostiene que existe un solo orden jurídico universal con dos subsistemas: uno interno y otro internacional, relacionados

---

publicidad de las Normas MERCOSUR cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para crear una sección o título especial en su respectivo diario oficial.
Finalmente establece que las Normas MERCOSUR comprendidas en dicho procedimiento dejarán sin efecto, a partir de su entrada en vigencia, a las normas nacionales de igual o menor jerarquía que se les opongan, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado Parte.

[91] Posición defendida por el Prof. Hans Triepel en 1899 en su obra *Volkerrecht und Landesrecht*, reafirmada en 1905 por Anzilotti.

[92] Sostenida por la Escuela de Viena, representada por el Prof. Hans Kelsen. Principal escuela monista.

jerárquicamente. En tanto la integración es directa e inmediata, según esta teoría el derecho internacional no requiere ningún acto de transformación para que se incorpore al ordenamiento interno.

En rigor, se trata de dos teorías que sustentan posturas rígidas e intransigentes, que por otra parte incurren en excesos e incluso en errores.[93]

Sólo para los sostenedores del monismo, como anunciáramos se presenta el segundo problema. En efecto, esta teoría tiene distintas variantes para tratar de solucionar los problemas de jerarquías entre las distintas normas del ordenamiento jurídico una vez integrado el derecho internacional al ordenamiento interno. Se puede hablar de un monismo con predominio del derecho interno, en este caso si se suscitara algún conflicto prevalecería el derecho interno.[94] En este supuesto, no solamente una ley posterior puede derogar un tratado o bien modificarlo sino que también una ley anterior contraria a las disposiciones de un tratado ratificado con posterioridad impediría su vigencia, atento a que el tratado es considerado inferior a la ley interna. La otra variante es el monismo con primacía del derecho internacional[95] que postula exactamente lo contrario a la anterior, es decir, que en caso de conflicto entre el derecho internacional y una norma de derecho interno, va a prevalecer la norma internacional. Esta segunda concepción a su vez puede ser absoluta o relativa. La primera hipótesis se configura cuando no existe ningún límite a la aplicación del derecho internacional, es decir, no existe ninguna norma de derecho interno, aún cuando sea fundamental, por encima de aquél. En definitiva, el orden jurídico internacional prevalece sobre todo el derecho interno, aún sobre la Constitución del Estado. Este es el caso, como hemos mencionado, de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. En efecto, los tratados constitutivos del espacio integrado, típicos tratados internacionales y el derecho comunitario son, en principio, jerárquicamente superiores a las propias constituciones de los Estados, en virtud del principio de supremacía, ya visto La segunda hipótesis, en cambio, se configura cuando existe un límite a la aplicación del derecho internacional, o sea que las normas fundamentales del ordenamiento doméstico, las reglas constitucionales del Estado prevalecen frente al derecho internacional en caso de conflicto normativo.[96]

---

[93] Cfr. Biocca, Stella Maris, Cárdenas, Sara Lidia y Basz, Victoria*, Lecciones de Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Ed.* Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 46.
[94] Esta variante del monismo fue sostenida por la escuela soviética de derecho internacional.
[95] Tal postura fue defendida por Hans Kelsen.
[96] Ambas variantes son pasibles de criticas. Al respeto puede verse, Moncayo, Guillermo, Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia D. T.; *Derecho Internacional Publico.* Tomo I. Editorial Zavalía. 1997, p. 53-54.

Finalmente nos encontramos con la denominada teoría de la coordinación, que proclama la igualdad jerárquica del tratado y la ley. En tal caso los conflictos entre tratados y leyes se resuelven por los clásicos principios: ley posterior deroga ley anterior, ley especial deroga ley general. Esta ha sido la postura sustentada por la Corte Suprema en casos como "Martín y Cía Ltda. C/ Adm. Gral. de Puertos" de 1963 y "Esso S.A. Petrolera Arg. C/ Gob. Nacional" de 1968.[97]

Sin embargo, cabe destacar que fuera de los distintos sistemas adoptados por los ordenamientos internos, para el derecho internacional las normas internas son meros hechos y siempre es superior aquél frente al derecho interno. Por ello, la falta de adaptación del derecho interno a las normas internacionales genera responsabilidad internacional del Estado. En efecto, esta supremacía del derecho internacional fue invocada en numerosos sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, como también en otros tantos laudos arbitrales. Esta costumbre internacional fue receptada y codificada por la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.) al momento de elaborar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969,[98] que en su art. 27 expresa: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".[99]

¿Cuál es la situación de los Estados miembros del MERCOSUR?.

La **Constitución Nacional de la República Argentina**, antes de la reforma de 1994, no contenía ningún articulo que le otorgara en forma clara una superioridad jerárquica al tratado internacional respecto de la ley, o viceversa.

Sin embargo, dicha reforma introdujo varias innovaciones trascendentes en lo que concierne a la relación entre derecho interno y derecho internacional, aún cuando,

[97] Se pueden ver las críticas que despierta esta variante del monismo y de los fallos mencionados en Biocca, Cárdenas, Basz, op. cit., p. 50 y ss.

[98] Ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 20 de enero de 1980.

[99] Cabe destacar, sin embargo, que el art. 46 de la Convención de Viena establece una excepción al art. 27 cuando existe violación manifiesta de una norma fundamental de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados. Esta expresión ha sido objeto de interpretaciones contrapuestas. Para algunos autores es amplia y se refiere a toda norma considerada fundamental para el Estado. En cambio desde una interpretación más estricta se puede sostener que el art. 46 se refiere única y exclusivamente a normas internas fundamentales sobre el denominado *treaty making power*. En efecto esta última interpretación resulta la más compatible con la jurisprudencia internacional en la materia. Tal como expresa Barboza, "Sostener lo contrario sería desconocer el principio del artículo 27, que quedaría inoperante y vacío de contenido" Cfr. Barboza, Julio, *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1999, p. 76.

los artículos 27 y 31 de la Carta Magna[100] no han sido modificados, atento a la limitación impuesta en la ley declarativa de necesidad de reforma que impedía la modificación de la primera parte de la Constitución.

En primer lugar, la reforma en el art. 75 inc. 22 CN,[101] primera parte, consagró la superioridad de los tratados internacionales y de los concordatos celebrados con la Santa Sede frente a las leyes. Es decir que los tratados en general tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional (art. 27 CN). Seguidamente, jerarquizó, dándoles el mismo rango de la Constitución a once instrumentos internacionales de derechos

[100] Art. 27 C.N.: “El gobierno federal esta obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho publico establecidos en esta constitución”. Recuérdese que la Corte Suprema en autos "Nardelli, Pietro s/ Extradición", de 1996, interpretó que los principios a los que hace referencia dicha norma "comprenden actualmente los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional".

[100] Art. 31 C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”. Del análisis de este articulo puede afirmarse que los tratados internacionales son fuente autónoma, es decir, que los mismos no requerirían un acto de transformación para ser incorporados al ordenamiento interno, con lo cual podemos afirmar que nuestra Constitución Nacional se enrola dentro de la teoría monista. En nuestro ordenamiento jurídico interno el poder ejecutivo firma los tratados, el poder legislativo posteriormente deberá aprobarlos mediante una ley y luego el poder ejecutivo los ratificará. Este procedimiento en el cual intervienen ambos poderes del Estado ha sido denominado por la doctrina “acto federal complejo”. Este acto de aprobar el tratado por una ley no tiene el efecto de transformarlo en norma interna porque no se votan los artículos del tratado sino que simplemente se habilita, se autoriza al poder ejecutivo para que lo ratifique. Como podemos observar ninguno de los pasos que se siguen dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno para la incorporación del derecho internacional a nuestro ordenamiento importa un acto de transformación por lo cual nunca podría interpretarse que nuestro sistema adhiere a la tesis dualista.

[101] Artículo 75. "Corresponde al Congreso: ...inc. 22. 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.
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

humanos,[102] que son "constitucionalizados",[103] pero no incorporados a la Constitución Nacional. En efecto, prestigiosa doctrina ha señalado que tales instrumentos no son incorporados al texto de la Carta Magna, sino que "valen" como ella,[104] se encuentran en pie de igualdad, conforman junto con la Constitución Nacional el denominado "bloque de constitucionalidad".[105]

Además faculta al Congreso para que jerarquice a otros tratados sobre derechos humanos, siempre que luego de aprobados, le otorgue tal jerarquía constitucional con las dos terceras (2/3) partes de la totalidad de sus miembros. Nuestro Poder Legislativo Nacional ha ejercido dicha facultad en dos oportunidades hasta la fecha: por Ley 24.820 concedió jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[106] y por Ley 25.778, a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.[107]

Asimismo, la Constitución reformada otorga jerarquía supralegal a los tratados de integración y al derecho derivado siempre que se cumplan las condiciones prescriptas en el art. 75 inc. 24 CN.[108]

---

[102] Debemos referirnos a instrumentos y no a tratados pues en la enumeración del art. 75 inc. 22 se incluyen dos declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En cambio la posibilidad otorgada al Congreso de "constitucionalizar" otros instrumentos queda reservada, si nos atenemos a la letra de la norma, a los tratados internacionales.

[103] Tomamos esta expresión de Moncayo, Guillermo R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema," en Abregú, Martín, Courtis, Christian, (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales,* 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

[104] Cfr. Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público,* Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 78.

[105] Esta expresión ha sido acuñada en nuestro país por el Prof. Dr. Germán Bidart Campos. Tal denominación fue utilizada por primera vez en una sentencia del Consejo Constitucional de Francia en 1970 para referirse al bloque integrado por la Constitución, la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República.

[106] Aprobada durante la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556.

[107] Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584.

[108] Art. 75: "Corresponde al Congreso... inc. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.
La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.
La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara".

Cabe destacar que esta disposición consagró a nivel constitucional la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)" del 12 de octubre de 1994,[109] en el cual nuestro más alto tribunal de justicia reconoció jerarquía supralegal a un acuerdo celebrado entre la Argentina y Brasil, en el marco de la A.L.A.D.I. sobre normas nacionales que imponían gravámenes a la importación.

En efecto, la reforma constitucional ha dado un paso muy importante al reconocer ciertos rasgos propios del derecho de la integración, en particular, la jerarquía superior de los tratados de integración respecto de las leyes internas; la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supranacionales y la jerarquía superior del derecho derivado respecto de las leyes.[110]

La Constitución subordina la facultad del Congreso para aprobar estos tratados con Estados Latinoamericanos a las siguientes condiciones: 1) que se observen condiciones de igualdad y reciprocidad; 2) que se respete el orden democrático; 3) que se respeten los derechos humanos; y 4) que se aprueben por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Por su parte, la aprobación de los tratados de integración con Estados que no son latinoamericanos está sujeta, además de a las condiciones enumeradas en 1), 2) y 3), a: 4) que la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de su aprobación y 5) que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara lo apruebe dentro de los ciento veinte días posteriores al acto declarativo.

Cabe precisar que la Ley 24.080 del 10 de junio de 1992 exige que los hechos y actos referidos a tratados internacionales en que sea parte la República Argentina sean publicados dentro de los 15 días hábiles posteriores a cada hecho o acto. El art. 2 dispone que los tratados o convenciones que "establezcan obligaciones para las personas físicas o jurídicas que no sea el Estado nacional son obligatorias sólo después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescrito en el art. 2 del Código Civil."

En materia jurisprudencial, además del mencionado caso "Cafés La Virginia", cabe recordar las palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación "... es también voluntad de legislador insertar a la Argentina en un régimen de integración regional, en una decisión que acompaña la realidad política, económica y social de nuestro tiempo (...) Es ésta una clara definición de política legislativa, que el

[109] "Cafés La Virginia", CSJN, 10 de octubre de 1994, en *Fallos* 317:1282.
[110] Cfr. Feldstein de Cárdenas, Sara y Basz, Victoria, "El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional" en *La Ley* 1995-E, 1133.

ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica".[111]

En consonancia con la constitución de nuestro país, **la norma fundamental de Paraguay** de 1992 reconoce la supralegalidad de los tratados internacionales: "La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional *en el orden de prelación enunciado...*" (art. 137: De la Supremacía de la Constitución) (el destacado nos pertenece). En forma concordante el art. 141 (De los Tratados Internacionales) dispone: "Los tratados internacionales validamente 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". Y en especial en materia de integración, el art. 145 prescribe: "Del orden jurídico supranacional. 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, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso"

En cambio, la **Constitución de Brasil**, si bien, según su art. 4° (segunda parte, párrafo único) "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações", no admite en ninguno de sus artículos la posibilidad de transferir algunas competencias a organismos supranacionales. Tampoco contiene normas que especifiquen las relaciones entre derecho interno y derecho internacional.

En consecuencia, la jurisprudencia ha manifestado que, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, una ley posterior puede impedir la eficacia interna de un tratado ya que "los tratados y convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan en el sistema jurídico brasileño en los mismos planos de validez, eficacia, y autoridad de las leyes

[111] "Cocchia, J. D., c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", CSJN, 2 de diciembre de 1993, en *Fallos* 316:2624.

ordinarias; por consiguiente, entre éstas y los actos del derecho internacional público hay una mera relación de paridad normativa."[112]

De esta equiparación, quedan exceptuadas las leyes tributarias brasileñas ya que según el art. 98 del Código Tributario Nacional, los tratados en esta materia prevalecen sobre aquéllas.

Además la República Federativa de Brasil adscribe a la doctrina dualista y por tanto exige la promulgación del tratado internacional por el Presidente para considerarlo incorporado al ordenamiento interno.

En efecto, la jurisprudencia brasileña rechaza la aplicabilidad inmediata de los tratados. Por el contrario, "depende, para su ulterior ejecución en el plano interno, de una sucesión causal y ordenada de actos revestidos de carácter político - jurídico así definidos: a) aprobación por el Congreso Nacional, mediante decreto legislativo, de tales convenciones; b) ratificación de los actos internacionales por el jefe del Estado, mediante depósito del correspondiente instrumento; c) promulgación de tales acuerdos o tratados por el Presidente de la República, mediante decreto, en orden a viabilizar la producción de los siguientes efectos básicos, esenciales para su vigencia doméstica:
1) publicación oficial del texto del tratado; 2) ejecutoriedad del acto de Derecho Internacional Público, que pasa entonces - y solamente entonces - a vincular y a obligar en el plano del Derecho positivo interno."[113]

Y con especial referencia al MERCOSUR, el Tribunal Supremo Federal de Brasil ha dicho que "la recepción de los acuerdos celebrados por Brasil en el ámbito del MERCOSUR está sujeta a la misma disciplina constitucional que rige el proceso de incorporación en el orden positivo interno brasileño de los tratados y convenciones internacionales en general."[114]

Tampoco la **Constitución de Uruguay** de 1997 determina la jerarquía entre derecho interno e internacional ni contiene disposiciones que expresamente habiliten la transferencia de competencias estaduales a organismos surpranacionales. Tan solo establece en el art. 6 que "...La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa

[112] Ver entre otras: Sentencia del Tribunal Federal brasileño del 1 de julio de 1977, *en Revista do Tribunal de Justiça*, vol. 83, 1978, p. 809; del mismo tribunal, sentencias del 28 de noviembre de 1999, en *Diario da Justiça* del 30 de mayo de 1997, y del 4 de septiembre de 1997, en *Informativo (STF)* N° 82, septiembre de 1997. Disponibles también en www.stf.gov.br.
[113] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Federal brasileño del 17 de junio de 1998, en *Diario da Justiça* del 10 de agosto de 2000, p. 6. Disponible también en www.stf.gov.br
[114] Cfr. Sentencia del 17 de junio de 1998, en *Diario da Justiça* del 10 de agosto de 2000, p. 6. Disponible también en www.stf.gov.br.

común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos".

Por su parte, la jurisprudencia uruguaya reconoce igual rango a tratados y leyes y por tanto, concede prioridad a leyes posteriores nacionales, ya que "cabe compartir la tesis de que la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación."[115]

De esta aproximación a los derechos constitucionales de los Estados miembros del MERCOSUR, podemos advertir que para dar efectivo cumplimiento a los objetivos previstos en el Tratado de Asunción, sería necesaria una reforma constitucional en Brasil y Uruguay.[116] A la espera de tal acontecimiento, a corto plazo, deberían elaborarse e implementarse normas claras en materia de internalización y vigencia de las normas de derecho derivado del MERCOSUR.

iv) MECANISMO PARA LA SOLUCIÓN DE DISPUTAS

iv. a) El sistema implementado por los Protocolos de Brasilia y de Ouro Preto

En general, los mecanismos de solución de controversias pueden diferenciarse según estén orientados a la búsqueda de una solución diplomática o alcanzada por la vía de la negociación, o bien fundada en reglas y principios jurídicos. El sistema del MERCOSUR, en este sentido, es ecléctico, puesto que contiene características de ambos mecanismos.

En efecto, el Protocolo de Brasilia y el de Ouro Preto contemplan cuatro modalidades diversas para la resolución de controversias: negociaciones bilaterales, consultas a la Comisión de Comercio, reclamaciones a la Comisión de Comercio y al Grupo Mercado Común y el arbitraje.

En primer lugar debemos advertir que los mecanismos instituidos en el Protocolo de Brasilia de diciembre de 1991 fueron concebidos para ser utilizados durante un periodo de transición. Sin embargo, el Protocolo de Ouro Preto de 1994 prorrogó su vigencia hasta el año 2006.

Una primera etapa se lleva a cabo a través de negociaciones durante un breve periodo. Si las mismas fracasan, el Grupo Mercado Común formulará

[115] Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay del 20 de junio de 1990, en *Justicia Uruguaya*, vol. 102, 1991-1, p. 109. También disponible en www.impo.com.uy.

[116] Cabe señalar que prestigiosos juristas uruguayos y brasileños sostienen que una interpretación dinámica de los textos constitucionales permitiría asumir los compromisos de integración, sin necesidad de un proceso de reforma constitucional. Por otra parte, en el caso de Brasil, se podría recurrir a una Enmienda constitucional, teniendo en cuenta que este procedimiento es ampliamente utilizado (entre 1992 y 2004 se aprobaron 44 enmiendas).

recomendaciones, asesorado por expertos, en su caso. Asimismo se puede optar por iniciar el procedimiento ante la Comisión de Comercio. Esta elección no elimina la posibilidad de reclamo posterior ante el Grupo Mercado Común. Si la controversia aún no hubiera encontrado solución, se inicia la instancia arbitral, a través de la conformación de un tribunal ad hoc, compuesto por tres árbitros.[117] El laudo es vinculante para las partes y no podrá ser apelado (ante la inexistencia de un Órgano de Apelación, hasta la entrada en vigor del Protocolo de Olivos) salvo la solicitud de su aclaración (art. 21 Protocolo de Brasilia).

En caso de incumplimiento del laudo, el art. 23 establece que si un Estado parte no cumpliere con el laudo dentro de los 30 días, los otros Estados partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendientes a obtener su cumplimiento.

Según lo visto, las negociaciones directas y el procedimiento ante la Comisión de Comercio y ante el Grupo Mercado Común son una suerte de primera instancia conciliatoria. Las recomendaciones que realicen estos órganos no son obligatorias. En caso de incumplimiento, el único recurso es acudir al procedimiento arbitral.

Debe tenerse presente que tanto el Grupo Mercado Común como la Comisión de Comercio están compuestas por personas que dependen funcionalmente de los Estados partes y representan su voluntad, y en definitiva, en caso de un conflicto, la opinión no será imparcial.

Por su parte los Tribunales Ad Hoc (constituidos para cada caso) funcionaban como última instancia mediante el pronunciamiento de laudos vinculantes.

Cabe destacar que los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, no pueden acceder a la instancia arbitral. Sus reclamos contra medidas legales o administrativas restrictivas, discriminatorias o de competencia desleal violatorias de normas del MERCOSUR, sólo pueden ser canalizadas a través de la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado parte donde el particular tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios. Ésta podrá negociar con la Sección Nacional del Estado parte al que se le atribuye la violación o podrá elevar la reclamación ante el Grupo Mercado Común.

[117] El art. 8° del Protocolo de Brasilia disponía: "Los Estados Partes declaran que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya para conocer y resolver todas las controversias a que se refiere el presente Protocolo". Y el art. 21 disponía: "Los laudos del Tribunal Arbitral son inapelables, obligatorios para los Estados Partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación y tendrán respecto de ella fuerza de cosa juzgada". Estas disposiciones han sido consideradas como el gran logro del mecanismo instaurado por dicho protocolo.

En suma, la legitimación activa y pasiva en el sistema de resolución de controversias adoptado por el MERCOSUR, es siempre de los Estados. Sólo se admite la iniciativa de los particulares.

Al respecto, debemos tener en cuenta que tanto en el sistema de resolución de disputas de la Comunidad Europea como de la Comunidad Andina, se advierte la preferencia de los Estados por las vías indirectas para demandar a otro Estado, incitando a actuar a los órganos o a los particulares. Es decir que los Estados evitan demandar directamente a sus pares a fin de no crear tensiones de índole política y diplomática.[118] En el sistema del Mercosur, por el contrario, sólo de permite la opción por la demanda de un Estado contra otro.

Por otro lado, ningún órgano del MERCOSUR puede llevar a un Estado ante el Tribunal Arbitral. Lo que por otra parte no tendría sentido si recordamos que los órganos decisorios adoptan sus decisiones por consenso y en presencia de los representantes de todos los Estados partes.

Asimismo, cabe señalar que los reclamos entre particulares no están contemplados ni por el Protocolo de Brasilia ni por el de Ouro Preto. Sus conflictos son resueltos, en principio, por las jurisdicciones nacionales, que aplicarán el derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR, teniendo en cuenta las limitaciones y obstáculos vinculados a la incorporación de estas normas al derecho interno y a la jerarquía que cada ordenamiento constitucional le confiere, según hemos visto. Cabe señalar que el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994 contempla la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales judiciales y arbitrales, contiene criterios atributivos de jurisdicción subsidiarios y normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Asimismo en la XVI Reunión Cumbre del MERCOSUR (Ushuaia, 23/24 de julio de 1998) el Consejo del Mercado Común aprobó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Decisión 3/98) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, Chile y Bolivia (Decisión 4/98), a fin de promover la solución extrajudicial de controversias privadas y a modo de contribuir a la expansión del comercio regional e internacional y al fortalecimiento del MERCOSUR.[119]

---

[118] Garré Copello, Belter "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 1995, p. 205.

[119] Sobre este tema pueden verse, entre otros, Feldstein de Cárdenas, Sara, *Jurisdicción internacional en materia contractual*, en Colección *El sistema Jurídico en el Mercosur* (dir. Atilio A. Alterini), Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995; Dreyzin de Klor, Adriana, "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nuevo instrumento jurídico del MERCOSUR", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 19, 1999.

iv. b) El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR: avances y deficiencias

Con el fin de perfeccionar el sistema de solución de controversias existente, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR fue aprobado por el Consejo Mercado Común en la Reunión celebrada en esa ciudad el 18 de febrero de 2002, en vigor desde febrero de 2004. Se encuentra reglamentado por la Decisión CMC 37/03 que aprueba el Reglamento general (opción de foro, opiniones consultivas) y la Decisión CMC 23/04 (procedimientos en casos excepcionales de urgencia).

Este instrumento internacional, sustituye al sistema establecido en el Protocolo de Brasilia de Solución de Controversias, e introduce una serie de modificaciones en el mecanismo vigente desde 1993.

Asimismo, muchas disposiciones no han sido objeto de modificación. En efecto, no se reformó sustancialmente el ámbito de aplicación, se mantienen la primera fase de negociaciones directas entre las partes y la instancia jurisdiccional, conformada por tribunales ad hoc. Entre las modificaciones más importantes se destacan:

- La prerrogativa del Estado demandante para elegir un mecanismo de solución de controversias diferente al establecido para el ámbito regional (**opción de foro**); pudiendo optarse por el régimen de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o por cualquier otro establecido en el marco de acuerdos comerciales que vinculen a las partes en el diferendo. Cabe señalar que una vez elegido un foro queda excluido el otro. La posibilidad abierta para la elección del foro ha sido criticada por considerarse que contribuye al debilitamiento del sistema y por dar oportunidad al *forum shopping*.
- La **eliminación de la intervención del Grupo Mercado Común** como etapa obligatoria. El Protocolo de Olivos la convierte en una faz optativa, dependiente del acuerdo de partes. Esto permite, evidentemente, acelerar la solución del diferendo.
- La creación de un **Tribunal Arbitral de Revisión**, al que se le asigna el carácter de permanente. No obstante ello, tal como lo ha destacado la doctrina más autorizada, se trata más bien de un "tribunal disponible". Las partes de una controversia podrán presentar un recurso de revisión ante este tribunal contra el laudo del tribunal ad hoc, el que se limitará a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo de dicho tribunal que actúa como un órgano de primera instancia. Cuando se trata de un arbitraje ad hoc de equidad, no podrá interponerse ningún recurso contra la decisión arbitral.

- El Tribunal Arbitral de Revisión tiene además **competencia *per saltum*** puesto que se admite el acceso directo de las partes una vez fracasadas las negociaciones directas.
- Se introducen **procedimientos a seguir en caso de incumplimientos del laudo**, a fin de evitar la aplicación de medidas compensatorias en áreas diferentes a las del conflicto y desproporcionadas debido a la falta de reglamentación.
- Se incorpora la posibilidad de solicitar **opiniones consultivas** ante el Tribunal permanente de revisión por parte de los órganos decisorios, los Estados partes conjuntamente y los Tribunales superiores de los Estados partes. No son vinculantes.
- Se introduce un **mecanismo de urgencia** para los casos de bienes perecederos y estacionales, y para atender situaciones de crisis en el Estado Parte importador.

Podemos afirmar que la aprobación y entrada en vigor del Protocolo de Olivos es a la vez un avance significativo y una oportunidad perdida. Constituye el reflejo del compromiso limitado que asumen los Estados partes en el MERCOSUR, una suerte de término medio entre un proceso de cooperación y uno de índole supranacional.

A partir de los diversos aspectos estudiados del derecho de la integración en el MERCOSUR y sus deficiencias, podemos establecer las diferencias fundamentales con el derecho comunitario de la Unión Europea en el siguiente cuadro comparativo:

Cuadro V.3: Diferencias entre la UNIÓN EUROPEA (DERECHO COMUNITARIO) y el MERCOSUR (DERECHO DERIVADO)

	UNIÓN EUROPEA	MERCOSUR
INSTITUCIONES/ÓRGANOS	Carácter: supranacional. Los miembros de los órganos representan los intereses de la Comunidad, son independientes de los gobiernos nacionales.	Carácter: intergubernamental. Los integrantes de los órganos representan los intereses y la voluntad de los gobiernos a los que pertenecen.
TOMA DE DECISIONES	Por mayoría simple o cualificada. Solo excepcionalmente se exige unanimidad.	Por consenso, con el quorum de todos los Estados partes presentes.
CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMUNITARIO	- Supremacía del derecho comunitario (incluso frente a las Constituciones Nacionales) - Aplicabilidad inmediata y efecto directo (las normas comunitarias no requieren ser incorporadas a los derechos nacionales y pueden ser invocadas directamente por los particulares). - Es un derecho autónomo, diferente de los derechos internos nacionales y del derecho internacional.	- El derecho constitutivo y derivado del MERCOSUR es inferior jerárquicamente a las Constituciones de los Estados partes. - En Brasil y Uruguay tiene la misma jerarquía de las leyes y pueden ser derogado por éstas. - En Argentina y Paraguay el derecho de la integración es supralegal. - Las normas del MERCOSUR requieren la incorporación a los derechos nacionales (no gozan de efecto directo ni de aplicabilidad inmediata). - No se puede predicar su autonomía. No es propiamente derecho comunitario. Es Derecho de la Integración.
MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS	Jurisdiccional y supranacional Tribunal de Primera Instancia y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (órganos permanentes) Legitimados: Estados miembros, órganos y particulares	Negociaciones directas, conciliación, arbitraje. Tribunales ad hoc. Tribunal Arbitral de Revisión (Protocolo de Olivos) Legitimados: Estados partes

Culminamos de este modo la aproximación a la integración regional latinoamericana y en especial al MERCOSUR, la que consideramos esencial para la mejor comprensión de la necesaria armonización legislativa en ciertas áreas consideradas pertinentes, así como los obstáculos que presenta el esquema para alcanzarla. A este tema nos dedicaremos en el próximo capítulo.

VI. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN ESPACIOS INTEGRADOS: EL CASO DEL MERCOSUR

VI. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN ESPACIOS INTEGRADOS: EL CASO DEL MERCOSUR

A fin de consolidar el MERCOSUR y en especial de alcanzar los objetivos de un mercado común, resulta indispensable armonizar una serie de cuestiones vinculadas a las diversas dimensiones del proceso de integración: económico - comercial, política, social y jurídico - institucional.

Tal como ha sido destacado en innumerables oportunidades, la razón fundamental que justifica la armonización de las disposiciones internas de los miembros del MERCOSUR es alcanzar la tan mentada seguridad jurídica.[120] Ello, sin duda, resulta fundamental para lograr los propósitos del esquema. Y así lo vislumbraron los Estados partes del MERCOSUR cuando previeron como uno de sus objetivos la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes. En efecto, el problema fundamental de las disparidades legislativas radica en que tal circunstancia posibilita a los operadores elegir un país, una región para invertir, para instalar una empresa, en detrimento de la integración. En definitiva, favorece lo que se conoce como *forum shopping,* es decir la transferencia de bienes o litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición más favorable. De esta forma, se crea un nuevo obstáculo, una barrera para el desarrollo pleno, armónico del mercado común. Por el contrario, la existencia de normas armonizadas genera, promueve certidumbre jurídica de la que deben gozar los operadores jurídico-económicos para el desarrollo adecuado de sus actividades.

En especial, es necesario alcanzar la armonización legislativa en múltiples áreas que son pertinentes para el fortalecimiento del proceso, según reza el propio tratado constitutivo del bloque (art. 1° Tratado de Asunción). Una de estas materias es la insolvencia transfronteriza, e íntimamente vinculado a ello, el régimen de las sociedades comerciales y los grupos económicos transnacionales que operan en el área.

La armonización a nivel regional de la insolvencia internacional, así como de otras materias, de ser alcanzada en el marco del MERCOSUR contribuiría a su

[120] Basz, Victoria, "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 187.

constitución como mercado común y por ende impediría su posible dilución ante la formación de un espacio económico mayor, tal como puede ser la Comunidad Sudamericana de Naciones constituida por los dos bloques comerciales sudamericanos: el MERCOSUR y la Comunidad Andina de Naciones, más Chile, Surinam y Guyana; o bien ante la iniciativa del ALCA.

Asimismo, para que el intercambio comercial resulte más atractivo en el ámbito del MERCOSUR para los agentes comerciales es esencial la elaboración, aprobación, y puesta en vigor de normas claras, precisas, eficaces que brinden a los comerciantes y empresas que operen en nuestra región previsibilidad, credibilidad y seguridad jurídica, ya que aquellos no sólo se mueven en busca de ventajas económicas, sino que además persiguen tales valores. En este sentido, cualquier agente económico apreciará y optará por aquel esquema que posea reglas de juego establecidas en materias que inciden de manera directa en el transcurso de sus operaciones comerciales: insolvencia, inversiones, contratación internacional, régimen societario, mecanismos de resolución de controversias, entre otros.

1. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA Y ÁREAS PERTINENTES

La armonización debe ser realizada en función de las exigencias del estado de avance del proceso y de modo tal que abarquen aquellas diferencias que tienen o puedan llegar a tener incidencia directa sobre el correcto funcionamiento del mercado común. Por tanto, las áreas pertinentes que los Estados miembros del MERCOSUR deben procurar armonizar, a fin de cumplir con el compromiso asumido en el artículo 1º del Tratado de Asunción, son aquellas estrechamente vinculadas a la consecución de los objetivos previstos para el espacio integrado.

En efecto, desde que un mercado común tiene por objetivo suprimir las fronteras para permitir la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, es evidente que las áreas a ser armonizadas son numerosas. Algunos de estos ámbitos se relacionan con la política económica - comercial del bloque y por ende, con el Derecho Internacional Económico, y otros se encuentran vinculados directamente con el Derecho Comercial Internacional. Entre las áreas más destacables podemos mencionar:

- **Políticas macroeconómicas:** pese a que una de las metas acordadas en el Tratado de Asunción es la coordinación de políticas macroeconómicas, poco se ha avanzado sobre el particular. Se ha destacado que la falta de tal coordinación perjudica al proceso de integración en tanto afecta negativamente los flujos comerciales inter e intra regionales, la capacidad de atraer inversiones, y retrasa el

desarrollo de la infraestructura institucional. En efecto, la armonización de regulaciones y de metas para las variables macroeconómicas fundamentales (tipo de cambio, inflación, producto bruto interno, déficit fiscal, deuda pública, entre otros) facilita la coordinación y la cooperación a la par que desalienta conductas oportunistas.[121]

- **Legislación aduanera:** en un espacio integrado que conforma una unión aduanera es de toda necesidad la elaboración, incorporación y aplicación de un Código Aduanero Común[122], que uniforme las normas de valoración y otros procedimientos administrativos, y que simplifique y armonice los procedimientos aduaneros intrazona para asegurar una aplicación uniforme de las normas que rigen la internación de bienes.[123] Asimismo, dicha normativa común debería dar solución al tema de la distribución de la renta aduanera entre los Estados Miembros. Además se ha señalado que en aquellas áreas en donde se han acordado procedimientos aduaneros comunes, la implementación no es efectiva principalmente por la falta de entrenamiento y capacitación de los funcionarios aduaneros.[124]
- **Régimen fiscal**: en un espacio que tiene por objetivo constituir un mercado común, se debe proceder a la armonización de las legislaciones tributarias, en particular los tributos indirectos que puedan incidir en los intercambios comerciales intrazona.
- **Mercados financieros**: la integración de los sistemas financieros de los mercados de bonos y acciones de la región y la armonización de las bases institucionales y legales de estos mercados, permitiría mejorar las condiciones locales y externas de acceso al crédito, reducir los costos de transacción y proveer información óptima sobre las oportunidades de inversión.[125]
- **Medidas no arancelarias:** si bien en líneas generales el MERCOSUR ha cumplido sus objetivos en materia de eliminación de derechos aduaneros intrazona, no ha hecho lo propio en relación con las restricciones no arancelarias (RNA). En este

[121] Cfr. Fanelli, José María, "Coordinación macroeconómica en el MERCOSUR. Balance y perspectivas", en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001

[122] Pese a que fue aprobado un Código Aduanero en 1994, nunca pudo entrar en vigencia. Nos referimos al Protocolo relativo al Código Aduanero del MERCOSUR, firmado en Ouro Preto, el 16 de Diciembre de 1994.

[123] Bouzas, Roberto y Fanelli, José María, *MERCOSUR: Integración y crecimiento*, Fundación OSDE, Buenos Aires, 2001, p. 200 y ss.

[124] Bouzas, Roberto y Motta Veiga, Pedro da, "MERCOSUR: ¿se esfuma la Unión Aduanera?", en *Serie Mercosur* N° 7, Observatorio de la Globalización de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2001, o en http://pcb.ub.es/obsglob/Seriemercosur.html

[125] Bouzas, Roberto y Fanelli, José María, *MERCOSUR: Integración y crecimiento*, Fundación OSDE, Buenos Aires, 2001.

sentido, aquellas que no han sido eliminadas, deberían armonizarse a través de reglamentos técnicos comunes que sean incorporados por los Estados partes. Es decir, deberían ser eliminadas las RNA que constituyan obstáculos al comercio y ser armonizados los reglamentos y normas técnicas y las medidas sanitarias y fitosanitarias que no impliquen una discriminación arbitraria o injustificada ni constituyan una restricción encubierta al comercio en los términos del GATT ´94 y de los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y sobre Medidas sanitarias y fitosanitarias. En este mismo sentido, es preciso promover el reconocimiento mutuo de los sistemas de evaluación de conformidad a fin de evitar la duplicación de tales procedimientos.

- **Compras gubernamentales:** las compras de gobierno pese a representar un componente importante de la demanda agregada total, aún están reguladas por normas internas de los Estados partes, pues no se ha alcanzado ningún nivel de armonización sobre el particular.[126]
- **Liberalización del comercio de servicios**: aún cuando es uno de los objetivos del tratado fundacional del MERCOSUR, y es una de las características de todo mercado común, en nuestro espacio integrado aún no se ha alcanzado un marco normativo armonizado en la materia. A tal efecto, sin embargo, se creó un Grupo ad hoc sobre servicios en el ámbito del GMC en 1995 que el 15 de diciembre de 1997 aprobó el Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios del MERCOSUR a través del cual los Estados miembros asumen el compromiso de liberalizar el comercio de servicios en un plazo máximo de diez años a partir de su entrada en vigor, la que, no obstante, hasta la fecha no se ha producido.[127]
- **Libre circulación de personas/ migraciones**: pese a que se ha avanzado en la materia a través de la elaboración de una serie de acuerdos, éstos no se hallan en vigor y de esta manera no se cumple con una de los fines de un mercado común: la libre circulación de personas. Tales instrumentos son el Acuerdo sobre Exención de Visas entre los Estados Partes del MERCOSUR de Florianópolis, del 15 de Diciembre del 2000, el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, firmado en Brasilia el 5 de Diciembre de 2002; el Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR, de Brasilia del 5 de Diciembre del 2002; el Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR, Bolivia y Chile de la misma fecha, el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados

[126] Véase Bouzas, Roberto y Fanelli, José María, *MERCOSUR: Integración y crecimiento*, Fundación OSDE, Buenos Aires, 2001, p. 212 y ss.
[127] La República Argentina ha ratificado el Protocolo sobre Comercio de Servicios.

Partes del MERCOSUR de Brasilia del 6 de Diciembre del 2002; el Acuerdo para la Creación de la Visa MERCOSUR de Montevideo del 16 de Diciembre de 2003; el Acuerdo contra el Trafico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR, aprobado en Belo Horizonte el 16 de Diciembre de 2004; el Acuerdo contra el Trafico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile firmado en la misma ciudad y fecha. Ninguno de estos instrumentos, reiteramos, se halla en vigor.

- **Inversiones extranjeras:** para promover las inversiones se requiere el establecimiento de un régimen común que regule los incentivos otorgados por cada uno de los países del MERCOSUR a fin de evitar conflictos dentro del bloque causados por el desvío de inversiones,[128] limitando a tal efecto, la competencia vía incentivos y vía reglas intra - zona. En efecto, aún cuando sea prácticamente imposible eliminar los incentivos tanto fiscales como financieros a la inversión en el marco del MERCOSUR, deberían adoptarse ciertos criterios comunes que tendieran a reducir la posibilidad del denominado "desvío de inversiones". En esta inteligencia, los Estados miembros del MERCOSUR han celebrado el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Decisión CMC N° 11/93), y para las inversiones extrazona firmaron el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR (Decisión CMC N° 11/94). Ninguno de ellos se halla en vigor, puesto que no han obtenido las ratificaciones necesarias.
- **Defensa de la Competencia:** a fin de alcanzar condiciones equitativas de competencia y el libre acceso a mercados, obtener una asignación eficiente de los recursos de la región y un mejor aprovechamiento de las economías de escala se torna imprescindible una normativa común sobre defensa de la competencia.[129] El Protocolo de Defensa de la Competencia aprobado en Fortaleza el 17 de diciembre de 1996 estableció el tratamiento de las conductas restrictivas a la competencia: abuso de la posición dominante y prácticas colusorias, las sanciones,

[128] Ver Chudnovsky, Daniel y López, Andrés, "Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR" en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Madrid, 2001.

[129] Cabe señalar que al hacer alusión a la defensa de la competencia no nos referimos a las denominadas prácticas comerciales desleales (el dumping y las subvenciones) sino a aquellas acciones anticompetitivas que consisten en el abuso de ventajas para la conquista de mercados. Mientras que en relación con las segundas existen acuerdos en el marco de la OMC y del MERCOSUR que las regulan, no existe regulación multilateral ni regional alguna en materia de defensa de la competencia. Véase la distinción entre prácticas comerciales desleales y defensa de la competencia en Halperín, Marcelo, *Principios Jurídicos del*

el órgano de aplicación y otros procedimientos para hacer frente a prácticas no competitivas. Este Protocolo entró en vigencia el 8 de septiembre de 2000, aún cuando no vincula a la República Argentina, que aún no ha depositado su instrumento de ratificación. En cambio no se encuentra vigente el Acuerdo sobre el Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, de Brasilia, del 5 de Diciembre del 2002.

- **Derecho Procesal Internacional:** en un espacio integrado resulta necesaria la elaboración y vigencia de normas armonizadas en materia de asistencia, cooperación, auxilio jurisdiccional entre los Estados que lo conforman. En este sentido, el MERCOSUR ha sido prolífico. De hecho, encontramos diversos instrumentos sobre esta materia, entre otros: el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo (conocido como el Protocolo de las Leñas) del 27 de Junio de 1992, en vigor desde el 17 de marzo de 1996; el Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo de Asunción, del 19 de Junio de 1997, vigente desde el 29 de abril de 2000; el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia CIvil, Comercial, Laboral y Administrativo entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, firmado en Buenos Aires, el 5 de Julio de 2002, no en vigor; el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5 de Agosto de 1994, en vigor desde el 6 de junio de 1996, el Protocolo de Medidas Cautelares, firmado en Ouro Preto, el 16 de Diciembre de 1994, en vigor desde el 13 de abril de 1996, el Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares de Montevideo, del 15 de Diciembre de 1997, no vigente; el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo de Fortaleza, del 16 de Diciembre de 1996, no vigente; el Acuerdo sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Partes del Mercosur, firmado en Buenos Aires, en 5 de Julio de 2002, no vigente; el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, firmado en San Luis, el 25 de Junio de 1996, en vigor desde el 8 de enero de 2000; el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile de Buenos Aires, del 18 de febrero de 2002, no vigente; el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de Brasilia, del 5 de Diciembre del 2002, no vigente; el Acuerdo sobre

---

Multilateralismo Económico. Situación de los países en desarrollo, Colección Aroha, Buenos Aires, 2004, p. 103 y ss.

Extradicción entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, aprobado en Río de Janeiro, el 10 de Diciembre de 1998, no en vigor, el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR de Río de Janeiro, del 10 de Diciembre de 1998, vigente entre Brasil y Uruguay desde el 1° de enero de 2004; el Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado en Florianópolis, el 15 de Diciembre del 2000, no vigente; el Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, aprobado en la misma ciudad y fecha, tampoco vigente.

- **Régimen Internacional de los Contratos:** si bien en el MERCOSUR, a través del ya mencionado Protocolo de Buenos Aires de 1994, en vigor, se ha logrado la armonización respecto de la jurisdicción en materia contractual civil y comercial, no existe ninguna normativa común sobre ley aplicable a los contratos celebrados en la región. La regulación de contratos tales como el de compraventa internacional de mercaderías, de seguro, de transporte, de franquicia, de agencia, *joint ventures*, préstamos es de suma relevancia en un espacio como el MERCOSUR en el que la facilitación del comercio promueve los intercambios intrazona y por ende, su instrumentación a través de alguno de estos contratos.
- **Comercio electrónico:** aún cuando existe en el MERCOSUR un Subgrupo de trabajo N° 13 sobre comercio electrónico, no existe regulación común en esta área que cada día es más utilizada y que genera diversas dificultades, desde la protección del consumidor, la ley aplicable a los contratos electrónicos y la jurisdicción competente, hasta las formalidades en la documentación, que podrían ser superadas adoptando una regulación común. Se ha destacado en este sentido, la posibilidad de que los Estados miembros del MERCOSUR adopten la Ley Modelo de la CNUDMI del 16 de noviembre de 1996 en la materia.[130]
- **Métodos alternativos de solución de controversias:** evidentemente el fenómeno de la integración regional genera, paralelamente a su desarrollo, un sinnúmero de las más variadas controversias entre los sujetos intervinientes: tanto Estados como particulares. Los métodos alternativos de solución de controversias y en especial el arbitraje se presenta, ostentando una amplia gama de beneficios para sus usuarios, y en particular para los operadores del comercio internacional, como una vía óptima para dar adecuada solución a estos conflictos. El MERCOSUR, en los últimos años, ha dado importantes pasos hacia el reconocimiento de tales mecanismos, en particular a través de la adopción de los

Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1998[131]. Cabe añadir que la necesidad de un marco normativo común en esta materia se vuelve más imperiosa si consideramos que ni Argentina ni Uruguay cuentan con una normativa sobre arbitraje internacional. La Ley Modelo UNCITRAL de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional podría ser utilizada como base de una regulación común, máxime teniendo en cuenta que Paraguay ya adoptó sus lineamientos en su Ley de Arbitraje y Mediación N° 1879/02 del 24 de abril de 2002.

- **Medidas de protección a los consumidores**: en el marco de un área integrada resulta conveniente la implementación de normativa común sobre Defensa del Consumidor a fin de garantizar los derechos de los consumidores del espacio ampliado.
- **Propiedad intelectual**: en el MERCOSUR, existe una Comisión encargada del tema de propiedad intelectual en el SGT 7, cuya tarea es principalmente la eliminación de disparidades que pueden distorsionar el comercio interregional. Dicha comisión señaló la necesidad de un tratamiento regional armónico de las legislaciones internas y propuso dos soluciones: la armonización de los distintos institutos o la adopción de un instrumento internacional común, el que en todo caso, siempre debería partir de la base de las normas internacionales en la materia.[132] En esta inteligencia se elaboró el Protocolo de Armonización de Normas sobre Propiedad Intelectual en el Mercosur, en materia de Marcas, Indicaciones de Procedencia y Denominaciones de Origen, firmado en Asunción el 5 de Agosto de 1995, en vigor desde el 6 de agosto de 2000. También se ha aprobado el Protocolo de Armonización de Normas en materia de Diseños Industriales de Río de Janeiro del 10 de Diciembre de 1998, no en vigor.
- **Régimen Internacional de los comerciantes, de las sociedades y de los grupos económicos:** éstos son precisamente los operadores del comercio internacional y en particular del comercio regional o intramercosur. En especial, las empresas y hoy más que nunca los grupos económicos deben encontrar una legislación armonizada que entre otros, contemple los siguientes aspectos: a) el reconocimiento mutuo de su personalidad jurídica internacional; b) la actuación en un Estado distinto al de la constitución de la sociedad, c) la regulación de la

[130] Estoup, Luis Alejandro, "El MERCOSUR en el contexto del Derecho del Comercio Internacional" en *La Ley*, año LXVI, N° 221, del 15 de noviembre de 2002, p. 6.
[131] Nos referimos al Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR y al Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile, firmados en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998. Ambos han sido ratificados por la República Argentina, sin embargo sólo el primero de ellos se encuentra en vigor desde el 9 de octubre de 2002.

libertad de establecimiento, d) la regulación de marcos normativos, estatutos que prevean la constitución de sociedades tipos.[133] Esta regulación podría crear ventajas comparativas para aquellas sociedades constituidas y con asiento principal en el bloque permitiendo captar inversiones participativas.[134] Sobre este tema, volveremos más adelante.

- **Régimen internacional de la insolvencia:** la intensificación de los intercambios comerciales, la libre circulación de capitales, la utilización del crédito, puede llevar a una situación de crisis, de insolvencia internacional que involucre acreedores locales y extranjeros, así como bienes dispersos en los territorios de los Estados partes. Precisamente de esta delicada materia nos estamos ocupando en este trabajo de investigación.

Antes de culminar este apartado cabe señalar que en el seno del MERCOSUR existen acuerdos y protocolos, así como normas de derecho derivado en otras áreas que no han sido mencionadas tales como integración cultural y educativa, derecho del trabajo y de la seguridad social, medio ambiente, responsabilidad por accidentes de tránsito,[135] entre muchas otras. El estado de vigencia de estas normas ha corrido suerte dispar.

2. DIVERSOS GRADOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

La armonización de las legislaciones de los Estados que forman parte de un esquema integrado, como es el MERCOSUR, puede tener diversos grados. Desde la unificación, es decir, la elaboración de un texto normativo idéntico, uniforme, único para todos los países, que, a su vez puede unificar las normas directas, sustanciales, materiales o las denominadas normas indirectas o reglas de conflicto. Pero también se puede buscar la simple aproximación,[136] coordinación de las legislaciones internas.

---

[132] Ver un desarrollo in extenso en Lipszic, Delia, "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 195 y ss.

[133] Cfr. Feldstein de Cárdenas, Sara L., "Armonización Legislativa en áreas integradas" *en Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 202.

[134] Estoup, Luis Alejandro, "El MERCOSUR en el contexto del Derecho del Comercio Internacional" en *La Ley*, año LXVI, N° 221, del 15 de noviembre de 2002, p. 6.

[135] En este caso, aludimos al Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado en San Luis, el 25 de junio de 1996, en vigor desde el 19 de agosto de 1999.

[136] La Unión Europea emplea el término aproximación. Precisamente es el utilizado en el Tratado de Roma (Art.100), así como por el Parlamento Europeo en la Resolución del 15 de noviembre de 2001 sobre aproximación del derecho civil y comercial de los Estados miembros, y también en el Plan de Acción sobre Derecho Europeo de los Contratos, publicado por la Comisión del 12 de febrero del 2003.

Asimismo, la armonización se puede alcanzar por la vía de un tratado internacional, que deberá contar con las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, que pueden ser incluso las de todos los miembros del bloque. Así también puede lograrse a través de las normas emanadas de los órganos del esquema, es decir, del derecho derivado. Y finalmente la armonización puede llevarse a cabo mediante la reformulación de la normativa interna de los Estados partes.

Como principio general, podemos afirmar que la elección de un método de armonización u otro dependerá del grado de compromiso que quieran asumir los Estados miembros,[137] así como de las áreas que pretendan armonizarse. En este sentido, es evidente que ciertas materias parecen resistirse más a una uniformidad impuesta.

Asimismo, en líneas generales, las técnicas de armonización legislativa más apropiadas son aquellas que, teniendo en consideración los marcos normativos ya existentes, respondan a las particularidades del espacio integrado y concilien los intereses y los principios jurídicos que sean más aceptables para los Estados Miembros del MERCOSUR.

Bajo esta premisa, la tarea de crear una infraestructura legal e institucional para el MERCOSUR y armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes parecería a simple vista una empresa sencilla atento a que los Estados partes de la subregión comparten fronteras, raíces históricas, una cultura y valores comunes, y también todos ellos pertenecen a una misma familia jurídica.

Sin embargo, en la praxis del MERCOSUR no ha resultado simple llevar a cabo tal labor.

3. OBSTÁCULOS PARA LA CREACIÓN DE NORMAS ARMONIZADAS EN EL MERCOSUR

Debemos reconocer que la mayoría de los aspectos que, según señalamos, deberían ser armonizados, ya han sido objeto de análisis por los órganos decisorios de nuestro esquema, han sido introducidos en la Agenda y en los Programas de Trabajo del MERCOSUR[138], e incluso en muchos casos, tal como destacamos, se han elaborado Protocolos, Acuerdos, Convenciones, o bien han sido regulados a través de normas de derecho derivado, principalmente por decisiones del Consejo Mercado Común. Sin embargo, en el primer caso, nos encontramos con que la mayoría de

[137] Cfr. Feldstein de Cárdenas, Sara L., "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 200.
[138] Véase por ejemplo, el Programa de Trabajo 2004/2005 - MERCOSUR /CMC/DEC. N° 26/03. Montevideo 15/12/2003.

dichos tratados no han entrado en vigor porque no llegan a contar con las ratificaciones suficientes de los Estados partes. Más preocupante aún es la situación en relación con la incorporación de normas MERCOSUR, de la que nos hemos ocupado *in extenso* en el capítulo anterior.

En suma, puede sostenerse que las condiciones que han obstaculizado el avance en materia de creación de normas de armonización legislativa son las mismas que, según hemos visto, impiden el progreso general de integración del área en todos sus aspectos: a) el carácter intergubernamental de sus órganos, b) la necesidad de quorum y consenso para la toma de decisiones, c) las deficiencias en el sistema de incorporación del derecho derivado a la normativa interna de los Estados miembros y su jerarquía en los ordenamientos nacionales; d) la jerarquía infraconstitucional del derecho de la integración en todos los Estados, legal, en algunos, supralegal en otros.

4. PROPUESTAS Y REFLEXIONES PRELIMINARES PARA ALCANZAR LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN EL MERCOSUR

Aún cuando volveremos sobre este tema en el último capítulo dedicado a las conclusiones y a las recomendaciones, adelantamos aquí algunas de nuestras reflexiones sobre la armonización legislativa en el MERCOSUR:

1. A fin de dar efectivo cumplimiento al compromiso asumido por los Estados partes del MERCOSUR en el Tratado de Asunción, resulta necesario encarar la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes.
2. Tales áreas pertinentes deben ser identificadas teniendo en cuenta los objetivos concretos que se han propuesto alcanzar los Estados a través de la creación del bloque integrado. En particular, deberá tratarse de materias, aspectos, ámbitos del derecho que resulten funcionales a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas, es decir los objetivos de un mercado común, en el que pretende erigirse el MERCOSUR a mediano o largo plazo.
3. Es una exigencia para el MERCOSUR identificar las normas de derecho derivado o constitutivo que no han entrado en vigor, evaluar los motivos de tal situación y en su caso, propender a su revisión.
4. Antes de promover la armonización de legislaciones en un área concreta, es conveniente tener en cuenta la existencia de instrumentos en la misma materia que vinculen a los miembros del esquema, así como evaluar su aplicación y eficacia a fin de evitar la duplicidad de esfuerzos, y la proliferación de normas, que incluso pueden conducir a interpretaciones divergentes.

5. Al momento de emprender la armonización de determinada área pertinente, no deberían desaprovecharse las realizaciones existentes dentro de nuestro continente, sin desmedro de atender a los logros alcanzados en otros espacios integrados.
6. Más allá de las normas internas concretas, existen principios jurídicos compartidos por los Estados partes y a ellos debe atenerse toda normativa común del MERCOSUR.
7. En ciertas áreas muy sensibles o en las que no se encuentren principios jurídicos e intereses comunes, siendo imposible llegar a una normativa común, los Estados deberían asumir el compromiso mínimo de aproximar sus legislaciones internas.
8. Es necesario conciliar los intereses de los Miembros, en cuanto a la relación derecho interno - derecho internacional, a fin de limar las asimetrías constitucionales, teniendo en cuenta que para profundizar el proceso de integración es imprescindible cierta cesión de competencias a organismos supranacionales.
9. La revisión y perfeccionamiento de la estructura institucional en general y del mecanismo de incorporación de normas en particular es una tarea urgente que deben enfrentar seriamente los Estados Miembros del MERCOSUR, si su verdadera voluntad política aboga por el fortalecimiento del esquema.
10. Es esencial que una vez aprobada e incorporada la normativa MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes, aquélla sea invocada y aplicada por sus respectivos órganos, principalmente por los poderes judiciales nacionales.

En síntesis, la armonización legislativa es una herramienta necesaria, extremadamente útil e idónea para la consolidación del MERCOSUR. Sin embargo, a nuestro criterio, aún con todas sus virtudes, no es un elemento suficiente para el logro y la superación de los ambiciosos objetivos que se propusieron los Estados parte en el Tratado fundacional. Ello debido a que, la integración, como fenómeno, tiene diversas dimensiones, tal como hemos señalado, siendo tan sólo una de ellas la faceta jurídica.

A partir del próximo capítulo, introduciremos la cuestión de la insolvencia internacional, para, a través de la profundización de este tema, evaluar la necesidad de armonizar el área en el MERCOSUR, con particular referencia a los grupos transnacionales.

VII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y SISTEMAS DE REGULACIÓN

VII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y SISTEMAS DE REGULACIÓN

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR INSOLVENCIA INTERNACIONAL?

Podremos apreciar, a lo largo de este trabajo, que los primeros marcos legislativos en la materia aludían al término "quiebra", en cambio los emprendimientos más recientes se refieren a "insolvencia". Ello no es un dato menor. En efecto, la moderna terminología empleada responde a una cuestión de hecho, la insolvencia es una situación fáctica real, el deudor no se encuentra en condiciones de pagar sus deudas y sus bienes no son suficientes para solventar su pasivo. La quiebra, en cambio, es un término jurídico, por ello, dependerá de cada régimen legal, cuál será su alcance: a cuáles sujetos abarcará y cuál será su presupuesto objetivo.

En consecuencia el término "insolvencia" pretende englobar, comprender todas las situaciones de incapacidad, de impotencia patrimonial de una persona física o de existencia ideal ("el deudor") para hacer frente con modos y medios ordinarios a las propias obligaciones, situación que se pone de manifiesto por incumplimientos u otros hechos exteriores. Esta noción abarcadora comprende los procedimientos contra todo tipo de deudores, así como los procedimientos destinados no sólo a liquidar los bienes del deudor, sino también a reorganizar su patrimonio. Quedan así comprendidos procedimientos tales como la quiebra, el concurso preventivo, el salvataje, la reorganización, la reestructuración, las negociaciones extrajudiciales, etcétera.

Ahora bien, no podemos soslayar que el fenómeno que aquí nos convoca es la denominada insolvencia internacional o transfronteriza. Podemos calificar como tal a una situación de impotencia patrimonial como la descripta, en la que hallamos elementos extranjeros, tales como un patrimonio internacionalmente disperso y/o la existencia de acreedores locales y extranjeros. Precisamente el carácter internacional del fenómeno es el que convoca al Derecho Internacional Privado para su estudio y acabada comprensión.

Veamos cuáles son las respuestas, las soluciones que esta disciplina nos brinda en el tema que nos ocupa en esta oportunidad.

2. SISTEMAS DE REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL

La doctrina especializada ha elaborado dos grandes criterios o sistemas de regulación de la insolvencia internacional: el **sistema de la territorialidad** y el de la

extraterritorialidad. Bajo estos esquemas analíticos se ha analizado desde el punto de vista jurídico y en especial desde el Derecho Internacional Privado este fenómeno.

El **sistema de la territorialidad** toma como punto de partida la afirmación de que las normas de un determinado sistema jurídico tienen validez y obligatoriedad únicamente dentro del territorio del Estado, en donde ejercen poder las autoridades que las dictaron. Si llevamos esta afirmación al terreno o ámbito de la quiebra internacional, implica que, determinado el estado de cesación de pagos en un país, el trámite concursal comprenderá únicamente el patrimonio que se encuentre en dicho territorio, y que tal estado concursal no habilita la apertura de procedimientos similares en otros países en los que la fallida tenga bienes, créditos o deudas.

Es decir que deberíamos acreditar el estado de cesación de pagos en cada territorio en donde se encuentre parte del patrimonio de la concursada o donde ella realice algún tipo de actividad.

En esta concepción es plenamente válido, entonces, que una persona sea insolvente, declarada fallida en un Estado, y solvente, plenamente capaz en otro.

Una consecuencia lógica de ello es la pluralidad de la quiebra, o sea que deberán abrirse tantos procesos de insolvencia, como deudas tenga la empresa, sociedad o comerciante deudor en distintos Estados, y acreditar en cada uno su imposibilidad de hacer frente a las obligaciones asumidas.

Los defensores de la territorialidad se fundan en:

- La imposibilidad de regular un fenómeno internacional a nivel local.
- El estatuto de la quiebra es real pues lo importante son los bienes y no la persona del deudor.
- La liquidación de esos bienes está regulada por normas procesales de orden público inderogables por disposiciones extranjeras.
- Si se admitiera que la quiebra declarada en un Estado propagara sus efectos en el territorio de los Estados donde hubiera bienes del deudor, se paralizaría su actividad comercial y se le impediría restablecer su equilibrio económico.

Este sistema territorial es el que ha imperado históricamente en las legislaciones nacionales para administrar los bienes de todo deudor a través de procedimientos colectivos, recurriendo a las reglas procesales locales para la realización y reparto de los bienes y a las reglas sustanciales en todo lo pertinente, en especial en cuanto a la prelación de los créditos; desconociendo en general, cualquier procedimiento que se hubiera abierto en el extranjero, y en muchos casos relegando o negando derechos a los acreedores foráneos.

Sin embargo, más en la teoría que en la práctica, más en los libros que en las legislaciones se abrió paso otro sistema: el de la **extraterritorialidad.** Éste implica

que quien es fallida en un Estado, debe serlo en los demás, que el patrimonio de la persona es único y cualquier procedimiento concursal debe comprenderlo en su totalidad, el que a su vez es prenda común de los acreedores, y que la determinación del estado de cesación de pagos o la sentencia de quiebra traspasan las fronteras del Estado en el que fueron dictadas, obligando la quiebra en los demás.

Hace más de cien años, ya se destacaban las ventajas de este sistema: "Es obvio que, en el estado actual del comercio y de las comunicaciones, sería mejor en nueve de diez casos que todos los acuerdos de los deudores insolventes con sus acreedores se llevaran a cabo en un solo procedimiento, y generalmente en un solo lugar; mejor para los acreedores, que serían tratados de forma igual, y mejor para el deudor, porque todos sus acreedores estarían igualmente vinculados a los pagos que realizara".[139]

En síntesis, quienes abogan por la extraterritorialidad argumentan que:

- El estatuto de la quiebra es personal pues su objeto principal es la persona y no sus bienes.
- En consecuencia quien es fallido es un Estado debe serlo en los demás.
- Las sentencias gozan de extraterritorialidad.
- La extraterritorialidad del auto declarativo de quiebra se funda en las necesidades del comercio internacional.
- El patrimonio es único y constituye la prenda común de los acreedores.[140]
- Proporciona mayor seguridad a los acreedores, que pueden conocer la situación de su crédito dentro de la masa concursal, a través de un conjunto de normas claras.
- Un único procedimiento supone un considerable ahorro en gastos administrativos.
- Permite una distribución equitativa y eficiente entre los acreedores de los bienes del deudor en caso de liquidación de su patrimonio.[141]

Este sistema puede adoptar a su vez dos formas como son la del *juicio único* (donde todos los deudores y acreedores deben presentarse a estar a derecho en un único proceso concursal, por ejemplo el del domicilio o sede principal del

---

[139] Lowell, John, "Conflict of Laws as applied to assignments for creditors", en *Harvard Review*, N° 1, 1888, ps. 259 - 264, citado por Morales de Setién Ravina, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 42.

[140] Para un análisis pormenorizado de estos argumentos véase Kaller de Orchansky, Berta; *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, p. 487 y ss.

[141] La explicación de estos argumentos puede consultarse en Morales de Setién Ravina, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una

establecimiento del deudor, que se regirá por una única ley - la *lex concursus*), o la de juicios plurales (en la cual podrán abrirse tantos juicios de quiebras, como Estados donde se encuentre parte del patrimonio del deudor, es decir existe tanto pluralidad jurisdiccional como legislativa).[142]

Ahora bien, no debemos confundir extraterritorialidad-territorialidad con unidad-pluralidad. En efecto, si bien el **sistema territorialista** conlleva necesariamente la **pluralidad de juicios**, el **sistema extraterritorialista** admite ambas modalidades: **unidad y pluralidad**. Téngase presente que la extraterritorialidad no significa juicio único. Su característica definitoria consiste, como dijimos, en el reconocimiento extraterritorial del hecho generador de la quiebra, es decir, del estado de insolvencia.

Por otra parte, la pluralidad no tiene las mismas características según se trate de un sistema territorial o extraterritorial de regulación de la insolvencia internacional. Efectivamente, en el primer caso, los juicios plurales son sucesivos, y a voluntad de los acreedores.

En el segundo supuesto, en cambio, la pluralidad no depende de la voluntad de los acreedores, sino que es impuesta por ley. Son juicios plurales y simultáneos.

La práctica ha demostrado las deficiencias de los sistemas antagónicos detallados. En efecto, ningún país aplica un sistema u otro sino con algún grado de desviación, de alteración, en relación con la pureza de su formulación.[143] Por ello se han buscado soluciones conciliadoras entre ambos extremos. Así, se han elaborado sistemas denominados mixtos, eclécticos o intermedios. Éstos pueden prever la existencia de un procedimiento principal y la facultad de abrir procedimientos secundarios; o que la quiebra declarada en un Estado, se extienda a los bienes muebles existentes fuera del mismo, pero no a los inmuebles; o bien se reconocen efectos extraterritoriales en cuanto a las personas, pero no en cuanto a los bienes, entre otros supuestos.

Un claro ejemplo de sistema intermedio ha sido el adoptado en los últimos años en la Unión Europea, a través del Reglamento 1346/2000 sobre Procedimientos de Insolvencia del Consejo Europeo del 29 de mayo de 2000, en vigor desde el 31 de mayo de 2002. Esta normativa típicamente comunitaria, tal como veremos, ha optado por un sistema coordinado entre un procedimiento principal y procedimiento/s secundario/s. En consecuencia, el denominado procedimiento principal tiene alcance

---

aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 46 y 47.

[142] Este sistema ha sido adoptado por los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.

[143] Berends, Andre J., "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en *Tulante Journal of International and Comparative Law* N° 66, Primavera, 1992.

universal y efectos extraterritoriales, pero se pueden incoar procedimientos secundarios paralelos, territoriales, locales, en principio posteriores a la apertura del procedimiento principal y de liquidación en los Estados miembros en los que el deudor tenga un establecimiento. Asimismo la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 sobre Insolvencia Transfronteriza adopta, según analizaremos, un sistema similar de procedimientos principales y no principales.

A partir de la elaboración de estos nuevos marcos normativos, algunos autores hablan de un tercer sistema o principio: el de la universalidad cualificada o modificada, según el cual existiría un foro central, o principal en una jurisdicción determinada, con efectos extraterritoriales y que al mismo tiempo, a su alrededor, se coordinarían y subordinarían otros procedimientos paralelos, secundarios, auxiliares, territoriales, en otras jurisdicciones.[144]

A partir del próximo capítulo estudiaremos cómo estos diversos sistemas de regulación de la insolvencia internacional han sido puestos en práctica a través de algunos marcos normativos concretos. Comenzaremos por las soluciones del Derecho Internacional Privado Argentino.

[144] Morales de Setién Ravina, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p 43.

VIII. REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA Y PROYECTOS DE REFORMA

VIII. REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO DE FUENTE INTERNA Y PROYECTOS DE REFORMA

El Derecho Argentino contiene normas de fuente interna como convencional en la materia. Así, tenemos que:

- **SISTEMA DE FUENTE INTERNA:** Ley 24.522: Arts. 2°, inc. 2°, 3°, inc. 5° y en particular el art. 4° , los que serán detenidamente estudiados en este capítulo, así como algunas de las más recientes reformas proyectadas.
- **SISTEMA DE FUENTE CONVENCIONAL:** Tratados de Montevideo de 1889 (cuentan con la ratificación de Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay, Uruguay y la adhesión de Colombia) y de 1940 (ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay). Estos tratados serán analizados en el próximo capítulo.

  En los apartados siguientes, entonces, nos dedicaremos al estudio de las disposiciones pertinentes de nuestra legislación nacional.

1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2° INCISO 2° DE LA LEY 24.522

El artículo 2° inciso 2° de la ley nacional de concursos y quiebras dispone: "Sujetos comprendidos: Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación.

Se consideran comprendidos: 1. (...) 2. Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país".

Este precepto es una regla especial que requiere la existencia de bienes en el país para habilitar al juez argentino a que declare la quiebra.

La doctrina especializada se ha preguntado acerca del fundamento de la excepción introducida por el art. 2° inc. 2°. En tal sentido, de la Exposición de Motivos de la ley 19.551, resultaría que el objetivo del antiguo art. 5° inc. 2° (hoy art. 2° inc. 2°) es proteger los intereses de los acreedores nacionales. Asimismo, se ha afirmado que este precepto responde a un principio de soberanía estatal.[145] Berçaitz, por su parte,

[145] Heredia, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Tomo 1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, p.250 y ss.

sostiene que el propósito de la norma es posibilitar la igualitaria liquidación de tales bienes a favor de los créditos que son exigibles en el país.[146]

Asimismo, esta norma ha suscitado controversias en la doctrina acerca del carácter superfluo o no de la misma. Mientras que para autores como Quintana Ferreyra su inclusión no es innecesaria ya que tiene su justificación en el supuesto de concursos abiertos en el extranjero reivindicando la soberanía argentina respecto de los bienes radicados en la República.[147] En efecto, el autor afirma que el primer párrafo del art. 4° no modifica, sino que complementa el art. 2° y constituye su fundamentación. En cambio, Cámara sostuvo al respecto que la mención es superflua en tanto está comprendida en el encabezado del mismo art. 2° que no discrimina entre sociedades o comerciantes domiciliados en el país o en el extranjero.[148]

Ahora bien, el art. 2° inc. 2° consagra un "foro de patrimonio" por el cual no interesa que el deudor domiciliado en el extranjero tenga agencia o sucursal en la República, simplemente basta con que posea "bienes existentes en el país".

La aceptación o adopción del foro del patrimonio lleva implícito, conlleva a la adopción o aceptación de una postura territorialista en materia de quiebras o insolvencia internacional.

Implica la posibilidad, o exigencia de abrir, iniciar, instar, tantos pedidos de quiebra o trámites concursales independientes como bienes del deudor existen en distintos territorios nacionales.

La pregunta que debemos hacernos a esta altura es qué se comprende por esta expresión o requisito “de bienes existentes en el país". Aquí entra a jugar un tema de importancia para el Derecho Internacional Privado como son las "calificaciones".[149] Así, tal como afirma Boggiano, cuando el art. 2° alude a "bienes" del deudor, debemos remitirnos a lo que expresa el Código Civil al respecto, por aplicación de la *lex fori*. De esta manera la definición de bienes en nuestro derecho se halla en el art. 2312 del Código Civil, según el cual son las cosas (art. 2311 C.C.) y los objetos inmateriales susceptibles de valor. Quedan entonces comprendidos las cosas muebles e inmuebles, los derechos creditorios y los derechos reales, los derechos intelectuales como las patentes de invención, las marcas, los dibujos, los diseños industriales, los

[146] Berçaitz, Ana, "La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado", en *ED* 43 - 1110.
[147] Quintana Ferreyra, Francisco, *Concursos. Ley 19.551*, Tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 49.
[148] Cámara, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Volumen 1, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980, p. 304.
[149] Para un desarrollo *in extenso* sobre calificaciones, puede verse Biocca, Cárdenas, Basz, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 169 y ss.

modelos de utilidad, entre otros. En cambio estarían excluidos los derechos extrapatrimoniales, en virtud del art. 108 LCQ inc. 1.

En este sentido se pronunció la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial in re "Transportadora Coral S.A. s/ concurso preventivo" del 9 de diciembre de 1992[150]: "Los términos empleados por las normas atributivas de jurisdicción internacional deben calificarse a tenor de la *lex fori.* De allí que debe remitirse el concepto que respecto de los bienes establece el art. 2312 del Código Civil con las distinciones pertinentes en orden al carácter de los mismos".[151]

Acerca de los bienes en el territorio argentino, no sería necesario acreditar, según sostiene Alegría, que los bienes en cuestión constituyen un establecimiento, independiente o no, ni la importancia relativa que tengan con relación al patrimonio total.[152]

El otro interrogante acerca de la expresión que analizamos es qué significa "existentes". Para responder al mismo, se debe tener en cuenta la situación física del bien. En esta inteligencia, Boggiano manifiesta que en relación con los inmuebles situados en la Argentina, no existen dificultades ya que resulta aplicable el art. 10 del Código Civil. En efecto, las dudas que pudieran suscitarse en torno del carácter mueble o inmueble se disipa por aplicación de la *lex rei sitae*. En cambio, más dudoso resulta la aplicación del art. 11 de dicho cuerpo legal en materia de bienes muebles. En este sentido el autor se pregunta si las mercaderías que se tienen en el país para ser transportadas o vendidas están regidas por el derecho del domicilio del dueño. Es decir, si el derecho del domicilio del dueño de las mercaderías es el que decide si el lugar de radicación de ellas está en la Argentina o en el extranjero. El doctrinario responde negativamente fundándose en que a los conceptos que contienen las normas de jurisdicción internacional se los califica según la ley del juez. Por ende, el derecho argentino determina si los bienes muebles son o no existentes en el país.[153]

Respecto de los bienes inmateriales, la condición de existencia en el país depende de cada caso. Si se trata de un bien registrable, será localizado en el lugar de registro. En cambio, si se trata de créditos se considerarán localizados en el sitio en que debe cumplírselos o en donde se pueda obtener una medida precautoria útil que proteja su cumplimiento.

---

[150] En *ED* 155 - 270.

[151] En el mismo sentido, “Mid American Credit Corporation”, (CNCom, Sala A, 22 de mayo de 1991).

[152] Alegría, Héctor, "Extraterritorialidad de los concursos" en *Revista Lecciones y Ensayos,* N° 47, 1987, p. 34.

[153] Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 867 y ss.

Otro aspecto que ha suscitado un profundo debate consiste en las consecuencias de aquellos casos en que haya bienes ubicados en la Argentina, pertenecientes al deudor fallido domiciliado en el extranjero, pero no existan acreedores locales, es decir acreedores cuyos créditos sean pagaderos en la Argentina. Al respecto, Rouillon entiende que este deudor no podría ser declarado en quiebra en la Argentina, ya que "la regla de competencia del art. 2° inc. 2° de la LCQ debe interpretarse que exige la simultánea existencia de bienes en el país y, a la vez, acreedores "locales" (...) Es cierto que el art. 2°, inc. 2° de la LCQ sólo alude a la existencia de bienes en el país, pero si tal presupuesto se diera sin acreedores "locales", no se configuraría el interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país. Esa disposición legal excepcional está concebida para proteger a los acreedores cuyos créditos son exigibles en la Argentina y que no podrían obtener aquí la declaración de quiebra de su deudor domiciliado en el extranjero pese a la existencia de bienes en el país, si no se afirmara la jurisdicción internacional argentina en dicho supuesto".[154] En el caso en que este deudor careciera de deudas exigibles en la Argentina, el autor concluye que "la sola existencia de bienes en ésta es insuficiente para sostener la competencia del juez argentino". En tales supuestos Rouillon sostiene que los bienes en el país deberían ser entregados al concurso extranjero íntegramente cuando se solicitara. En relación con este último aspecto, Kaller de Orchanscky ha entendido que la solución es idéntica a la del supuesto en que habiendo sido satisfechos los créditos locales quedare un sobrante. La autora afirma que en la práctica es igual que no existan créditos locales porque nunca los hubo o porque, habiendo existido, ya han sido pagados. En definitiva, como no existirían créditos locales para tutelar, los bienes existentes en el país serían tratados como remanentes de un juicio de quiebra local.[155]

Una opinión encontrada a la expuesta por Rouillon, es sustentada por Lorente, quien critica la sentencia que analiza según la cual: "no se discute que únicamente pueden solicitar el concurso aquellos cuyos créditos deben hacerse efectivos en el país; consecuentemente no pueden hacerlo quienes deben ser pagados en el extranjero, sea el lugar de pago o no el de la sede; sin interesar la nacionalidad ni el

[154] Rouillon, Adolfo A.N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", International Insolvency Institute, disponible en www.iiiglobal.org; "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983"*)*, en *RDCO* ,diciembre de 1984, N° 102, p. 788; "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *La Ley* 2002-A, 387 y ss.

[155] Kaller de Orchansky, Berta, "Régimen de la quiebra extranacional", en *LL* 129, p. 1183.

domicilio".[156] Por el contrario, el autor sostiene que para hacer viable un pedido de quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero no siempre es necesaria la existencia simultánea de los dos recaudos establecidos en el primer párrafo del art. 4° y en el art. 2° inc. 2° de la LCQ, ya que si existen bienes del accionado en el país, cualquier acreedor (local o extranjero) puede pedir la apertura de un concurso en el país. En efecto, la limitación respecto de la legitimación para pedir la quiebra de un deudor extranjero establecida en el art. 4° sólo se refiere al caso en que el acreedor local puede pedir la quiebra de su deudor sin la necesidad de acreditar algunos extremos, en particular el estado de cesación de pagos del deudor, con fundamento en que el demandado ya tiene abierto un concurso en el extranjero.

Por otra parte, en lo que concierne a los efectos de esta clase de quiebras, la doctrina especializada entiende que son limitados ya que son meramente territoriales, y no afectan al *status personae* del deudor, quien no puede ser inhabilitado por el juez argentino. En definitiva, se trata de una liquidación para la distribución del activo, de acuerdo a las prioridades del derecho argentino concursal.[157]

Finalmente, la doctrina suele analizar la vinculación entre el art. 2° inc. 2° y el art. 4° de la LCQ. En esta inteligencia, Boggiano ha sostenido que, en tanto que respecto de los bienes existentes en el país, queda habilitada la jurisdicción argentina sin invadir la jurisdicción de tribunales extranjeros respecto de bienes ubicados en el exterior, se materializa la posibilidad de la pluralidad de juicios, prevista en el art. 4° LCQ, en virtud del foro del patrimonio.[158] Es decir, la jurisdicción internacional argentina fundada en la existencia de bienes en el territorio argentino de un deudor domiciliado en el extranjero no es exclusiva. En efecto los jueces del domicilio o de la sede social del deudor tienen competencia concurrente. De este modo, el concurso declarado en el extranjero no podrá ser invocado en la República para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los bienes ubicados en la Argentina, ni podrá ser invocado para anular los actos celebrados en el país por el deudor (art. 4°, primer párrafo, segunda frase). Pero, la declaración de concurso o de quiebra por parte del juez del domicilio extranjero del deudor será causal de apertura del concurso argentino, respecto de los bienes existentes en nuestro país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina (art. 4°, primer párrafo, primera frase). Es decir no será necesario acreditar el estado de insolvencia.

---

[156] Lorente, Javier Armando, "¿Sólo un acreedor "local" puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero", nota al fallo Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José (CNCom, sala B, 20 de octubre de 1999), en *ED* 187 - 197.

[157] Rouillon, Adolfo A. N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", en International Insolvency Institute, Disponible en www.iiiglobal.org

[158] Boggiano, Antonio, *Curso*... p. 870 y ss.

Sin embargo la quiebra declarada en la Argentina será obligatoriamente territorial ya que se limita a la liquidación del activo existente en el territorio nacional.[159]

2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 3° INCISO 5° DE LA LEY 24.522

El artículo 3° de la ley 24.522[160] regula la competencia territorial en materia concursal. Para ello, describe distintos supuestos, distinguiendo principalmente, entre personas físicas o de existencia visible y personas jurídicas o de existencia ideal, y en relación con estas últimas a su vez diferencia según estén o no constituidas regularmente. Si el deudor es una persona de existencia visible el juez competente es el de la sede de la administración de sus negocios y en subsidio el del lugar del domicilio (inc. 1°). Si el fallido tuviere varias administraciones, resulta competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal. En caso de no poder determinarse dicha calidad, entiende el juez que hubiere prevenido (inc. 2°). Cuando el deudor es una persona jurídica, regularmente constituida es competente el juez del domicilio (inc. 3°). Si en cambio se trata de una persona de existencia ideal irregular, el principal punto de conexión utilizado para atribuir la competencia

[159] Puede verse una aplicación y una particular interpretación del art. 2° inc. 2° de la Ley 24.522 en el fallo "Proberan International Corp. S.A. s/ pedido de quiebra por: Braticevich, Jorge" resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 13 de abril de 2000, en *LL* t. 2001-B, ps. 101 y ss. La sala pese a la aparente inexistencia de bienes en el país y a la letra expresa del art. 2° inc. 2° , sostiene que la jurisdicción argentina es competente para decretar la quiebra de la deudora domiciliada en el extranjero. Juzga que "la norma legal sub examine no agrega un nuevo requisito para el concursamiento de las personas de existencia visible o ideal, sino que delimita y preserva el ámbito de eficacia jurisdiccional del juez argentino - sin perjuicio de la exportación del decreto de quiebra, lo que será juzgado según las normas de importación del país extranjero de que se trate". Véase asimismo un análisis de dicho pronunciamiento en Feldstein de Cárdenas, Sara, Rodríguez, Mónica, y Scotti, Luciana, "Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, ps. 438 - 447, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004 y en Rouillon, Adolfo A.N., "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *La Ley* 2002-A, 387 y ss.

[160] Art. 3º.- [Juez competente]. Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas:
1º) Si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de negocios; a falta de éste, al del lugar del domicilio.
2º) Si el deudor tuviere varias administraciones es competente el juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo es el juez que hubiere prevenido.
3º) En caso de concurso de personas de existencia ideal de carácter privado regularmente constituidas, y las sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte -con las exclusiones previstas en el art. 2º- entiende el juez del lugar del domicilio.
4º) En caso de sociedades no constituidas regularmente, entiende el juez del lugar de la sede; en su defecto, el del lugar del establecimiento o explotación principal.
5º) Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

jurisdiccional es el lugar de la sede social, o en su defecto, los puntos de conexión subsidiarios son el lugar del establecimiento o explotación principal (inc. 4°).

Finalmente el inciso 5°, que es el que nos interesa, determina el juez competente cuando el deudor es una persona física o jurídica domiciliada en el exterior. Para este supuesto la ley de quiebras establece que el juez competente es el del lugar de la administración en el país o en su defecto, el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal. Cabe destacar que este inciso no estaba en la ley 19.551, sino que fue introducido por la reforma efectuada por la ley 22.917 en 1983.

Como puede observarse esta disposición hace excepción al principio general según el cual el domicilio del deudor determina la ley aplicable en materia concursal, sin ser relevante la nacionalidad del deudor.[161] Evidentemente en este supuesto no se podía elegir aquel punto de conexión. Por ende, el legislador optó por puntos de conexión subsidiarios que abarcan en general lugares en que un deudor con domicilio en el extranjero puede desarrollar sus actividades comerciales, industriales o de otra índole en nuestro país.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 24.522

A. Evolución legislativa

El recorrido de las diversas legislaciones nacionales en la materia que nos ocupa, que fueron modificándose unas a las otras a través del tiempo, desde mediados del Siglo XIX, es básicamente el siguiente:

- Artículo 1531 del Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires de 1859
- Artículo 1531 del Código de Comercio de la Nación de 1862
- Artículo 1383 del Código de Comercio de la Nación de 1889
- Artículo 5° de la ley 4.156 de 1902
- Artículo 7° de la ley 11.719 de 1933
- Artículo 4° de la ley 19.551 de 1972
- Artículo 4° de la ley 22.917 de 1983
- Artículo 4° de la ley 24.522 de 1995
- Las leyes 25.563 y 25.589 de 2002 no introdujeron modificaciones al artículo 4° LCQ.

[161] En efecto, esta norma es compatible con el mandato constitucional acerca de la igualdad de los habitantes ante la ley (arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Nacional).

Nuestro punto de partida en el análisis será el artículo 7° de la **Ley 11.719** de 1933, puesto que prácticamente reproduce las disposiciones vigentes con anterioridad a su sanción.[162]

Dicha norma disponía: "La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que pagados íntegramente los acreedores de la República, resulte sobrante."

Sobre esta norma, podemos decir, dejando para más adelante el estudio en detalle de la regulación en vigor, que:

a. No reconoce efectos extraterritoriales al concurso declarado en el extranjero. Por ende adopta el sistema de la territorialidad y de la pluralidad.
b. Sólo se postergan los créditos de los acreedores que pertenezcan a un concurso extranjero. Es decir las preferencias nacionales sólo se aplican en caso de pluralidad de concursos. En efecto, atento a que esta ley no resolvía expresamente qué sucedía en el caso de que no existiera un concurso abierto en el extranjero, la doctrina interpretó que en este supuesto, los acreedores extranjeros se encontraban en igualdad de condiciones con los acreedores locales. Un precedente que no coincidió con la doctrina mayoritaria, sin embargo, fue el conocido caso “Lital S.A.", en el que la Cámara Nacional en lo Comercial, sala C (05/05/1976) sostuvo que las preferencias nacionales jugaban en beneficio de los acreedores locales aun cuando no existiera concurso en el extranjero.[163]

La ley 11.719 es reemplazada por la **ley 19.551**, en cuyo artículo 4° dispone:

"La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deben ser pagados en la República, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

---

[162] El Código de Comercio de 1889 se limitó a suprimir el tercer apartado del Código de 1859 que prescribía: “A ese respecto, se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado, con los síndicos del concurso extranjero". Ni la ley de quiebras 4.156 de 1902 ni la ley 11.719 aportaron alguna innovación en relación con los procedimientos de insolvencia internacional.

[163] "Lital S.A. C.I.F. s/ convocatoria", en *ED* 71 - 384, *LL* 1977-B, p. 183.

Créditos pagaderos en el extranjero

Abierto el concurso en el país, los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en él, tienen prioridad con respecto a aquellos cuyos créditos deben pagarse exclusivamente en el extranjero, éstos ejercerán individualmente su derecho sólo en el caso de existir remanente, una vez pagados íntegramente los créditos de los primeros."

Por ende, en líneas generales, en esta disposición:

a. Se reconoce legislativamente la supralegalidad de los tratados internacionales.
b. Se reconoce una extraterritorialidad "atenuada" de la declaración de concurso en el extranjero: el propio deudor o los acreedores locales (aquellos cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República) pueden solicitar la apertura de concurso en el país sin probar el hecho generador del concurso o presupuesto objetivo: el estado de cesación de pagos.
c. Se desconocen otros efectos al concurso foráneo frente a los acreedores locales, se abra o no otro concurso en el país.
d. A los efectos de las preferencias nacionales, no se diferencia entre los acreedores que pertenecen y los que no pertenecen a un concurso extranjero. Por ende, todos los acreedores extranjero sólo podrán ejercer individualmente sus derechos si hay remanente, una vez pagados totalmente los créditos locales. Se adopta el mismo criterio seguido por el Tratado de Montevideo de 1940.

La ley 19.551 sufre una reforma importante en 1983 a través de la **ley 22.917** que consagra la unidad de régimen para comerciantes y no comerciantes y en el tema que nos ocupa establece:

Artículo 4°: "**Concursos declarados en el extranjero**. La declaración del concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Pluralidad de concursos. Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

Reciprocidad. La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la

República Argentina puede verificarse y cobrar - en iguales condiciones - en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

Paridad en los dividendos. Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes."

Tal como podemos apreciar, la ley 22.917:

a. No introduce cambios en relación con los efectos de la declaración de un concurso extranjero.
b. En relación a las preferencias nacionales, introduce las siguientes modificaciones:

• La aplicación de las preferencias locales vuelve a ser condicionada a la existencia de un concurso en el extranjero.

• Aclara que éstas sólo operan en caso de quiebra, y no de concurso.

• Especifica que los acreedores extranjeros que no pertenezcan a un concurso declarado en el extranjero actuarán sobre el saldo, es decir sobre el sobrante una vez pagados los intereses suspendidos a raíz de la declaración de quiebra (art. 228 LCQ).

Tal como explica Sancinetti, la reforma introducida al apartado sobre preferencias locales, que decide volver a la normativa anterior a la Ley 19.551 sobre el particular, responde a la presión ejercida por los acreedores extranjeros de empresas que, con motivo de la política económica nacional implementada en 1976, obtuvieron importantes préstamos del exterior y luego cayeron en estado de insolvencia. Ante estas circunstancias los acreedores extranjeros pretendieron un tratamiento igualitario con los acreedores nacionales en caso de concurso único.[164]

c. Introduce como condición de admisibilidad de los créditos de los acreedores extranjeros que no pertenezcan al concurso abierto en el exterior, la acreditación de la reciprocidad, es decir que un acreedor local puede verificar su crédito y cobrar en igualdad de condiciones en un concurso abierto en el país en que el crédito es pagadero.

[164] Cfr. Sancinetti, Marcelo A. "El art. 4° de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma" en *RDCO* 1984, ps. 139 a 166 y del mismo autor, "El artículo 4° de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte", en *LL* t. 1983-D, ps. 403 a 421. En este último artículo el autor se ocupa de reseñar el papel que tuvo la prensa, presionando para la reforma de la norma: "La prensa se ocupó de afirmar, con insistencia poco común, que la operatividad de este artículo dificultaba la renegociación de la deuda externa argentina, y que la cartera económica, por ello, respondiendo al condicionamiento extranjero, bregaba por la reforma del precepto en cuestión, aún con alcance retroactivo, a efectos de lograr la verificación de distintos créditos foráneos en un importante concurso de una empresa argentina, circunstancia ésta que habría de influir favorablemente -según información unánime de diarios locales- en aquella gestión internacional del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina. Este último objetivo no fue logrado, aunque el art. 4° sí fue reformado por la ley 22.917 (...) la cual se declara aplicable a los concursos abiertos "después de transcurridos treinta días de su publicación".

d. A fin de preservar la *pars condicio creditorum*, se prevé la disminución en la participación en el dividendo concursal argentino en proporción al beneficio obtenido en el exterior por los acreedores quirografarios. A ello se denomina paridad de dividendos.

Finalmente llegamos a la **ley 24.522** de 1995 que se limitó a introducir en el último párrafo una frase que reza: "Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real". Aún cuando debe resaltarse que esta excepción debería haber sido introducida en el tercer párrafo del art. 4°.

Cabe reiterar que las **leyes 25.563 y 25.589** no han realizado nuevas modificaciones al artículo 4°, a cuyo estudio nos abocamos en los acápites que siguen.

Veamos, antes de avanzar, el siguiente cuadro comparativo para simplificar el análisis efectuado:

Cuadro VIII.1: Evolución de las normas de fuente interna en materia de insolvencia internacional.

LEY N°	11.719 (1933)	19.551 (1972)	22.917 (1983)	24.522 (1995)
SISTEMA ADOPTADO	Territorialidad	Extraterritorialidad limitada. Se reconocía la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.	Extraterritorialidad limitada. Se reconocía la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.	Extraterritorialidad limitada. Se reconoce la declaración de concurso en el extranjero como causal para la apertura de otro concurso en el país.
PREFERENCIAS NACIONALES	Operaban sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.	Operaban en relación con todos los acreedores extranjeros, quienes debían ejercer sus derechos sobre el remanente en forma individual. No quedaba claro en la ley si se aplicaba sólo a la quiebra o también al concurso.	Operaban sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenecieran a un concurso en el extranjero.	Operan sólo en caso de quiebra y en relación con acreedores que pertenezcan a un concurso en el extranjero.
RECIPROCIDAD	-	-	Condicionaba la verificación del crédito de acreedores extranjeros a la demostración de la reciprocidad.	Condiciona la verificación del crédito de acreedores extranjeros a la demostración de la reciprocidad. Quedan exceptuados los titulares de créditos con garantía real.
PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS	-	-	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, eran imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.	Los cobros de créditos quirografarios en el extranjero a posteriori de la apertura del concurso local, son imputados al dividendo correspondiente en el concurso abierto en el país.

B. Sistema de regulación adoptado

Tal como vimos, la ley de quiebras sancionada en 1972, con el N° 19.551, en su art. 4°, antepuso al primer párrafo del antiguo art. 7° una frase, que se mantiene en el texto vigente, y que reconoce la extraterritorialidad de la declaración de apertura de un concurso o quiebra dictada en el extranjero. En efecto, el texto dispone: "la

declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o de acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República". Es decir que para abrir un concurso en la República no será necesario probar el estado de cesación de pagos, en tanto hecho generador de la insolvencia. De tal manera, advertimos que el legislador ha captado la sentencia extranjera de apertura de quiebra como un hecho, como un dato fáctico.

No obstante no debemos perder de vista que el primer párrafo del art. 7° de la ley 11.719 se mantiene intacto. En consecuencia, y en los términos utilizados por Rouillon[165] podemos decir que la "primera regla" es la territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera en tanto el concurso extranjero no puede invocarse en la Argentina para disputar los derechos de los acreedores locales sobre los activos existentes en la República, ni tampoco puede invocarse para anular los actos celebrados por el deudor. La "segunda regla" es la "extraterritorialidad limitada" de la sentencia de quiebra extranjera, atento a lo dispuesto en la primera frase del art. 4°, convirtiéndose en una excepción a la regla general de nuestra normativa concursal, según la cual los acreedores que peticionan la quiebra deben probar el estado de cesación de pagos (art. 1° y art. 83 LCQ).

Según podemos apreciar, sólo gozan del "privilegio" de estar exentos de probar la cesación de pagos el propio deudor y los acreedores locales, no, en cambio, quienes tengan a su favor créditos extranjeros.

Asimismo, debemos poner de relieve que la propia norma concursal, a nivel legislativo, reconoce la supralegalidad de los tratados internacionales en la materia, que en la práctica, son los Tratados de Montevideo en sus respectivos títulos pertinentes. En este sentido, siendo que esta disposición fue introducida en 1972 (ley 19.551) se le debe reconocer su espíritu "vanguardista", atento a que este principio fue recién reconocido jurisprudencialmente por la Corte Suprema en 1992 (*in re* “Ekmekdjian c/ Sofovich”) e incorporado en la Constitución Nacional en la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

En conclusión, el sistema de regulación de la insolvencia internacional en nuestra legislación es de territorialidad- pluralidad a todos los efectos, excepto en lo que concierne al reconocimiento de la sentencia declarativa de concurso en el extranjero para ser alegada como causal de apertura en el país.

---

[165] Rouillon, Adolfo A.N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", International Insolvency Institute, www.iiiglobal.org.; "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983*)", RDCO*, diciembre de 1984, N° 102, p. 788.

C. El dilema de las preferencias nacionales

La disposición que ha provocado los debates más arduos en la doctrina y jurisprudencia nacionales en la materia que nos ocupa es la consagración de las llamadas preferencias nacionales o locales.[166]

Ante todo, cabe destacar que nuestra legislación concursal no discrimina a los acreedores según su nacionalidad o domicilio. Acreedor extranjero es aquél cuyo crédito es pagadero en el exterior y acreedor local, aquél cuya acreencia es pagadera en la Argentina.[167] Este es el criterio adoptado por los Tratados de Montevideo y por nuestra doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Por ello, tratándose de una cualidad del crédito, el lugar de pago, y no del acreedor, en rigor, correspondería referirnos a créditos extranjeros y créditos locales.

Cabe destacar, sin embargo, que durante la vigencia del Código de Comercio de 1862 y de la ley 11.719, tanto la jurisprudencia como algunos autores consideraban que la distinción debía hacerse en razón de la residencia o domicilio del acreedor.[168]

Más controvertida, por su parte, es la calificación de un crédito con lugares de pago alternativos a elección del actor: uno en la Argentina y otro en el extranjero. La doctrina y la jurisprudencia predominantes han juzgado que se trata de un crédito local. Así se han pronunciado nuestros tribunales en los célebres casos: "Trading Americas S.A."[169] y "Banco Europeo para América Latina c/ Cura Hnos S.A."[170]

Realizadas estas aclaraciones preliminares, debemos señalar que tal como señala Rouillon, la regla de las preferencias nacionales sufrió una evolución destacable en la legislación y la jurisprudencia argentinas en la que pueden identificarse diversas etapas: un primer periodo entre 1859 y 1970, de moderada interpretación discriminatoria, una segunda, entre 1970 y 1983, de intensa discriminación y

---

[166] Un emblemático ejemplo de las controvertidas opiniones e interpretaciones sobre la regla de las preferencias nacionales es el caso "Banco Europeo para América Latina c. Cura Hnos. S.A.", fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de septiembre de 1983, en *LL* 1983-D, ps. 402 y ss. con nota de Sancinetti, Marcelo, "El artículo 4° de la ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte".

[167] Goldschmidt entendía que no era suficiente para calificar como extranjero a un acreedor por el sólo hecho de que las partes hubieren acordado como lugar de pago un país extranjero sino que además sería necesario que el lugar de pago hubiera sido dispuesto en el interés del deudor, pues de lo contrario el acreedor podría renunciar a su derecho a exigir el pago en el extranjero y pedir el cumplimiento en el domicilio del deudor. Cfr. Goldschmidt, Werner, "El art. 4° de la ley 19551", en *ED* 100 - 853 .

[168] El criterio del domicilio / residencia es el adoptado por el Reglamento 1346 de la Unión Europea para distinguir entre acreedores locales y extranjeros.

[169] CNCom, Sala E, 15/09/1983, en *JA* 1983-IV, 186.

[170] CSJN 08/09/1983, en *LL* 1983-D, 404.

finalmente la etapa en que transitamos, en la cual dicha discriminación se ha disminuido radicalmente, aunque aún subsiste.[171]

A lo largo de este proceso, el sistema de las preferencias nacionales fue objeto de duras críticas, incluso desde los más prestigiosos constitucionalistas argentinos. En efecto, Germán Bidart Campos sostuvo que el acreedor pagadero en el extranjero tiene derecho a la jurisdicción ante nuestros tribunales en pie de igualdad con los acreedores argentinos a fin de obtener una sentencia que proteja su derecho de propiedad.[172]

Desde otro punto de vista, se ha puesto de relieve el carácter anacrónico de la disposición que analizamos. A fines de la década de los años setenta, Cámara ya sostenía: “en 1859 era posible encontrar argumentos para ligar los bienes locales a los acreedores locales. Hoy en día, que ni existe estabilidad respecto de la situación de los bienes, su distribución sobre una base ficticia, como es el lugar de pago de la deuda, no puede ser defendida, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el económico. Por otra parte, la tendencia hacia la creación de entidades jurídicamente separadas ha convertido el problema de 1859 en una cuestión esencialmente académica”.[173] En la misma inteligencia, Mairal sostiene que la distinción es vetusta pues en la actualidad tanto acreedores locales como extranjeros contribuyen con sus respectivos créditos a permitir el funcionamiento de la empresa hasta el momento de su quiebra.[174]

Asimismo, Goldschmidt, bajo la vigencia de la ley 19.551, criticó con vehemencia el art. 4º en cuanto consagraba las preferencias nacionales, y concluía que la posposición de acreedores extranjeros sólo debe realizarse cuando se trata de acreedores extranjeros pertenecientes a un concurso abierto en el extranjero; pero si el deudor no tiene bienes en el exterior y se trata de créditos exclusivamente

---

[171] Cfr. Rouillon, Adolfo A. N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", en International Insolvency Institute, disponible en www.iiiglobal.org.

[172] Bidart Campos, Germán, “El art. 4º de la Ley de Concursos y la Constitución”, en *ED, Nº 5769*, del 6 de julio de 1983 y en *ED,* 104-1019. El eminente jurista sostenía que la protección constitucional de los derechos de los acreedores extranjeros es múltiple: a) el derecho a la jurisdicción, que importa permitir al acreedor de marras, que carece de una quiebra extranjera a la cual acudir, verificar su crédito y concurrir a la masa de acreedores en la argentina sin postergación alguna, y en pie de igualdad con los acreedores que llamaríamos internos; b) el derecho de propiedad, que no consiente que el acreedor extranjero sea colocado en lugar relegado; c) el principio de razonabilidad, que tampoco tolera distinguir entre acreedores internos y extranjeros cuando el concurso del deudor tramita únicamente en la Argentina y su patrimonio responsable ante la masa de acreedores se halla en territorio argentino; d) la igualdad jurídica y la igualdad ante la ley, que repudian discriminaciones arbitrarias, hostiles, desprovistas de fundamento suficiente, etc.

[173] Cfr. Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, vol 1, p. 338.

pagaderos en el extranjero, los titulares de tales créditos deben ser admitidos, ya que de lo contrario se violan los arts. 14, 17 y 20 de la Constitución Nacional.[175]

En una opinión contraria, y podríamos decir minoritaria se encuentra Antonio Boggiano, quien ha defendido la operatividad de las preferencias nacionales en todo concurso argentino, sin distinciones por cuanto, entre otros argumentos entiende que sería absurdo establecer que la declaración de quiebra en el extranjero no pueda ser invocada para disputar derechos de los acreedores locales y admitir, por otro lado, que la ausencia de declaración de quiebra sí pueda suprimir la preferencia local de aquellos mismos acreedores locales. Además, para el autor, en tanto esta solución es la adoptada en los Tratados de Montevideo de 1940, se alcanzaría así la armonización entre las fuentes internas e internacionales que vinculan a nuestro país en la materia.[176]

Lo cierto es que bajo la legislación vigente sólo los créditos *exclusivamente* pagaderos en el extranjero pueden ser postergados en el cobro. Pero además deben darse dos condiciones adicionales:

- Debe tratarte de una **quiebra**, puesto que sólo en los procedimientos liquidatorios los acreedores pueden pedir su apertura y únicamente en ellos puede predicarse la existencia de saldo.[177] Además debe tratarse de una quiebra que concluya por pago total, puesto que en otros casos como el avenimiento o la distribución final no existe saldo y en consecuencia no podría operar esta postergación en el cobro.[178]
- El acreedor cuyo crédito tiene lugar de pago exclusivo en el extranjero debe a su vez **pertenecer a un concurso declarado en el extranjero**. Durante la vigencia de la ley 19.551, así como en el marco de los Tratados de Montevideo de 1940 (art. 48), la regla de las preferencias nacionales es mucho más discriminatoria puesto que rige aún cuando no existe otro proceso abierto. En la actualidad, en el derecho argentino de fuente interna, las preferencias locales sólo operan cuando

---

[174] Cfr. Mairal, Hector; “El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la Ley de Concursos*”;* en *LL* 1981 C, 1190.

[175] Goldschmidt, Werner, "El art. 4° de la ley 19551", en *ED* 100 - 853.

[176] La opinión sustentada por Boggiano ha quedado plasmada en célebres casos jurisprudenciales en los que el jurista sentenció. Nos referimos al ya citado fallo "Lital" y a "Trading Americas S.A. s/ quiebra" de la CNCom, Sala E, del 15 de septiembre de 1983, publicado en *LL* t. 1983-D, p. 421. En lo pertinente, el juez Boggiano sostuvo: "el fundamento del privilegio no se relaciona con ningún concurso extranjero, sino con la concurrencia de créditos pagaderos en el país y en el extranjero ante un concurso argentino".

[177] El saldo, según el art. 228 de la LCQ es el sobrante que se reintegra al fallido luego de cancelar el capital y los intereses de los créditos verificados. Cabe destacar que la ley 11.719 se refería al "sobrante" y la ley 19.551, al "remanente".

[178] Cfr. Alberti, Edgardo M., "¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras" en *LL* 1981-A, 768; Costa, Miguel G., “Aplicación del art. 4 de la ley 19.551” en *ED 105 - 898.* Así también lo ha reconocido nuestra jurisprudencia en varios

coexisten dos procedimientos concursales. Ahora bien, la doctrina no resulta coincidente en cuanto a determinar qué se entiende por "pertenecer a un concurso en el extranjero". En este sentido, se han formulado varias posibilidades: 1) haber solicitado verificación del crédito; 2) haber sido efectivamente verificado, 3) haber cobrado el crédito, o 4) haber podido presentarse a verificar aún cuando no se haya hecho.[179]

Por otra parte, no podemos soslayar que la normativa vigente ha dejado un importante vacío en lo que respecta a la forma de presentación de los acreedores extranjeros que pertenecen a concursos abiertos en el extranjero en el procedimiento local. Sancinetti en este sentido considera que la norma no determina si los créditos deben ser verificados individualmente postergándolos en el cobro, o si se admite la representación colectiva para solicitar el remanente.[180] Esta inquietud en cambio había sido disipada bajo la vigencia de la ley 19.551 ya que, tal como postula Kaller de Orchansky, para ahondar más en la discriminación había introducido el adverbio "individualmente", que significaba que una vez pagados íntegramente los créditos locales, el concurso argentino no debía continuar y en consecuencia los acreedores extranjeros cobrarían individualmente, conforme al adagio *"prior tempore, potior iure*".[181] El hecho de que el legislador haya omitido en la reforma dicho adverbio, probablemente da cuenta de un cambio de criterio al respecto.

Finalmente no podemos dejar de advertir que aún cuando nuestra legislación actual es relativamente moderada en la discriminación entre acreedores locales y foráneos, sabido es, que la posibilidad de que los acreedores extranjeros cobren sobre el saldo es, al decir de Rouillon, ilusoria ya que en la práctica aquél nunca existe.[182]

D. La condición de reciprocidad: sus alcances

La reciprocidad, a diferencia de la regla de las preferencias locales, no es una condición para la postergación o no en el cobro del crédito, sino que es lisa y llanamente un requisito para su admisibilidad. Y por otra parte, nuevamente

---

precedentes, entre ellos podemos mencionar: "Scola, Alfredo A. y Cía. S.C.A.", de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, del 19 de octubre de 1993 , en *LL* 1994-A, 267.

[179] Cfr. Raisberg, Claudia, "¿Cómo se verifica el crédito de un "acreedor extranjero"? en *Revista ERREPAR* , noviembre de 2001.

[180] Cfr. Sancinetti, Marcelo A. "El art. 4° de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma" en *RDCO 1984,* ps 156 - 7.

[181] Kaller de Orchansky, Berta, "Régimen de la quiebra extranacional", en *LL 129, p. 1183*, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994, ps. 494 - 495

[182] Cfr.Rouillon, Adolfo A. N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", en International Insolvency Institute,dDisponible en www.iiiglobal.org

distinguiéndose de las preferencias nacionales, se aplica tanto a procesos falenciales como concursales.

Esta regla, resabio de la teoría de la *comitas gentium* o cortesía internacional, condiciona la verificación de un crédito extranjero a que se demuestre que un crédito local sería reconocido y podría cobrarse, en igualdad de condiciones, en un concurso del país donde el crédito extranjero es pagadero.

Debemos señalar que desde la entrada en vigor de la ley 24.522 se ha introducido una importante excepción a la regla de la reciprocidad. En efecto, los acreedores extranjeros cuyos créditos están respaldados con una garantía real sobre bienes situados en la República Argentina no tienen necesidad de probar la mentada condición.

El debate más importante generado sobre la reciprocidad ha girado en torno a su prueba, en particular a quién o quiénes deben probarla y en tal caso, cómo deben hacerlo.

En relación con la carga de la prueba,[183] se ha aceptado que si bien en principio le incumbe al acreedor interesado en la verificación, la reciprocidad podrá ser acreditada por el juez, la sindicatura e incluso los restantes acreedores (quienes, tal vez, pueden estar interesados en demostrar la no reciprocidad para tutelar sus créditos). En esta inteligencia, en el caso "Cacace, Horacio s/ quiebra s/ incidente de impugnación de Sherrant S.A.", la Cámara sostuvo que el art. 4° exige que se demuestre la reciprocidad "...sin esclarecer, concretamente sobre quien recae tal demostración . Al no hallarse expresamente establecida la carga de la prueba, cabe, dentro de las facultades instructorias y de investigación de los jueces, requerir a las partes interesadas los elementos que le permitan establecer el contenido del derecho extranjero eventualmente aplicable al caso."[184]

[183] Este aspecto se encuentra íntimamente vinculado con una de las cuestiones fundamentales del Derecho Internacional Privado: la aplicación del derecho extranjero. Al respecto, el art. 13 del Código Civil y su nota adoptan el criterio según el cual el derecho extranjero es un hecho y por ende debe invocarse y probarse por parte interesada. Se ha propiciado, sin embargo, en múltiples oportunidades, su derogación. En cambio, el art 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación otorga al juez la facultad de investigar la existencia de la ley extranjera y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio. Asimismo, el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo establece en el art. 2° que la ley extranjera "será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada". Finalmente la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho extranjero, aún adoptando la Teoría del uso jurídico, aceptan la aplicación de oficio del juez. Para un desarrollo *in extenso* del tema, véase Biocca, Cárdenas, Basz, *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*, 2ª edición, Editorial Universidad, 1997, ps. 133 y ss.

[184] CNCom Sala B, 22/08/1990.

Por otra parte, en una serie de casos jurisprudenciales, se ha adoptado un criterio flexible que ha permitido probar la reciprocidad mediante la presentación de los textos legales pertinentes, certificados y traducidos, en su caso; acompañados de dictámenes de expertos en la materia que afirman en líneas generales que "un crédito local sería reconocido y podría cobrarse, en igualdad de condiciones, en un concurso del país donde el crédito extranjero es pagadero".[185]

Nuestra jurisprudencia ha ido aún mas lejos al establecer que en caso de que exista una pluralidad de acreedores pagaderos en un mismo país extranjero, es suficiente si uno sólo de ellos acredita el derecho extranjero y asimismo juzgó que una vez que los tribunales argentinos hayan admitido la reciprocidad en relación con un determinado sistema jurídico foráneo ya no es necesario que en el futuro otros acreedores la acrediten.[186]

En autos "Sabate Sas S.A. en: Covisan S.A. p/conc. p/verif. tardía",[187] la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I el 28 de abril de 2005 decidió que adolece de exceso de rigor ritual manifiesto en la apreciación de la carga probatoria, la sentencia que rechazó el pedido de verificación de un crédito por falta de prueba del requisito de reciprocidad mencionado en el art. 4° de la ley 24.522 - en el caso, por una factura que establecía como condición de pago de las mercaderías recibidas por la concursada una transferencia bancaria a Francia - pues aunque en principio la carga de la prueba de la reciprocidad incumbe al acreedor peticionante, su omisión no necesariamente debe determinar el rechazo del pedido verificatorio desde que el requisito puede acreditarse a través de la actividad del síndico o incluso del propio juez.

En el voto de la doctora Kemelmajer de Carlucci, al que adhiere el Dr. Pérez Hualde, entre otros argumentos se advierte uno que es más que significativo: "Es verdad que la legislación concursal argentina no distingue según la nacionalidad ni el domicilio del acreedor sino conforme una cualidad del crédito (ser pagadero en el extranjero) y por eso, como regla, la exigencia no es inconstitucional (...) pero no puede ignorarse la realidad: normalmente, cuando se pacta que la obligación es

---

[185] Pueden verse, entre otros precedentes: "Arthur Martin S.A", "Cavifré S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión por Overland Trust Banca", "D´Angelo, Lydia v. Paino, Myriam", "Massey Fergunson S.A.". Un análisis exhaustivo de la forma de probar la condición de reciprocidad, puede verse en Cichero, Liliana E., "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificatorias", en *La Ley Actualidad* del 8/8/02.

[186] "Banco Integrado Departamental Coop. Ltdo." (Juzgado de 1ª instancia del distrito Judicial 3 en lo Civil y Comercial; Venado Tuerto, Santa Fe, 25/09/1996).

[187] Publicado en *Suplemento de Concursos y Quiebras,* Ed. La Ley, 8 de julio de 2005, con nota de la Dra. María Elsa Uzal y en *El Derecho* N° 11.353, Año XLIII, del 29 de septiembre de 2005, con nota del Dr. Alfredo Mario Soto.

pagadera en el extranjero es porque el acreedor es de nacionalidad de ese país o está domiciliado en ese país. Consecuentemente, un exceso de rigor en la carga de la prueba puede llevar, indirectamente, a la discriminación del acreedor mismo". Y a renglón seguido prosigue: "si la reciprocidad es expresión de un medio sancionatorio, no parece razonable aplicar semejante sanción cuando el juez tiene todas las posibilidades de determinar el derecho aplicable en el país donde el crédito debe ser cumplido."

Como podemos apreciar, por vía pretoriana, la estricta condición de reciprocidad se ha flexibilizado notoriamente.

E. La paridad en los dividendos

El párrafo final del artículo 4°, introducido por la ley 22.917 consagra la denominada paridad en los dividendos. En su Exposición de Motivos, se justificaba su incorporación a la regulación de las quiebras transnacionales del siguiente modo: "...tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos, que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite falencial (...) Se busca "igualar" al acreedor que obtuvo beneficio propio, con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común".

Sin lugar a dudas, esta regla tiene por finalidad garantizar el principio de igualdad de los acreedores, la célebre *pars condicio creditorum*, pilar esencial del derecho concursal, aún cuando no siempre se logra tal objetivo en la práctica. Como sucede, por ejemplo, cuando el acreedor cobró en el extranjero más de lo que se distribuyó en el proceso argentino.

Para que esta norma opere, el acreedor quirografario debe haber obtenido un beneficio individual en un proceso judicial o extrajudicial en desmedro de los demás, para lo cual debe haber fraccionado su crédito. Además debe tenerse presente que si el procedimiento en el que obtuvo el cobro de una porción de su crédito resulta ser un concurso extranjero, quedará de todas maneras postergado al saldo, en virtud del segundo párrafo del art. 4° LCQ.

Cabe destacar que prácticamente no se han presentado casos en que fuera de aplicación la regla de la paridad en los dividendos.

Hasta aquí, el derecho nacional de fuente interna en vigor. Ahora, posemos la mirada en los proyectos de reforma más recientes presentados en nuestro país.

4. LOS PROYECTOS DE REFORMA

En este apartado nos dedicaremos brevemente a analizar las normas previstas en materia de insolvencia internacional en los mas recientes proyectos de reforma de nuestra legislación nacional.

A. El Proyecto de 1998

En primer lugar, describiremos las soluciones adoptadas por el Proyecto de 1998 de Ley de Derecho Internacional Privado que fuera entregado conjuntamente con el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial el 18 de diciembre de 1998 por la Comisión Honoraria designada por Decreto 685/95 e integrada por las Dras. Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, a fin de que fueran tratados simultáneamente. En el Título II, el art. 33 se dedica a la competencia internacional en materia de concursos y quiebras y en el título IV bajo el título "Concursos y quiebras", los arts. 128 a 132 abordan la cuestión de la ley aplicable.

En primer lugar advertimos que este proyecto utiliza la antigua terminología de "quiebras y concursos" que en la práctica puede no cubrir ciertas situaciones fácticas que no quedan estrictamente comprendidas en tales figuras jurídicas. Por ende, insistimos en que sería deseable emplear un término más amplio, abarcativo, como es el de insolvencia.

El art. 33 dispone: "Los tribunales argentinos son competentes para entender en concursos o quiebras en razón de la radicación de los bienes en el país, aún cuando el deudor tenga su domicilio o sede en el extranjero."

Tal como se puede observar, esta disposición consagra el denominado foro del patrimonio que en nuestra legislación vigente encontramos en el art. 2.2. de la Ley 24.522.

El art. 128 consagra la regla general en materia de ley aplicable en estos términos: "La ley aplicable al procedimiento y a sus efectos será la del Estado cuyos tribunales han declarado el concurso o la quiebra.
La Ley de Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento."

El art. 128 adopta el criterio tradicional para determinar la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia internacional: la *lex fori*, de tal modo, una vez definida la jurisdicción competente, conoceremos automáticamente la legislación aplicable. Aún

cuando nuestra ley concursal en vigor no consagra expresamente esta regla, tanto la doctrina como la jurisprudencia la han aplicado y desarrollado acabadamente.

El art. 129 se dedica al reconocimiento: "Toda resolución de apertura de un procedimiento concursal dictada por el tribunal competente de un Estado extranjero, será reconocida en Argentina a solicitud de la administración de la quiebra, del deudor o de un acreedor desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. El reconocimiento de un procedimiento de quiebra abierto por el tribunal competente de un estado extranjero no impedirá la apertura de otro procedimiento en el país respecto de los bienes que el deudor tenga en este territorio. Este otro procedimiento será considerado procedimiento secundario."

Este artículo, si bien prevé la extraterritorialidad de los efectos de la resolución de apertura de un procedimiento concursal emanada de un tribunal competente foráneo, habilita expresamente la posibilidad de abrir un nuevo procedimiento en el país, siempre que se pruebe la existencia de bienes en nuestro territorio, al que denomina en consonancia con la Ley Modelo UNCITRAL de 1997 y el Reglamento 1346/2000 de la UE, procedimiento secundario. Es decir, que se adopta la modalidad de la pluralidad de juicios.

Lamentablemente, esta disposición no prevé los alcances precisos de los efectos del reconocimiento del auto de apertura de un concurso en el extranjero, ni dispone el deber de cooperación - coordinación entre los distintos procedimientos paralelos abiertos en distintas jurisdicciones.

El art. 130 sobre medidas cautelares, establece: "Desde la presentación de la solicitud del reconocimiento de una resolución de quiebra dictada en el extranjero, el tribunal podrá, a instancia de la parte requirente, adoptar las medidas cautelares sobre los bienes del deudor para el período comprendido entre la solicitud de apertura del procedimiento de quiebra y la resolución de apertura."

Esta solución está tomada en términos muy semejantes de la Ley Modelo de 1997 sobre la insolvencia transfronteriza (art. 19) a efectos de evitar todo tipo de operaciones fraudulentas hasta tanto se resuelva el reconocimiento.

El art. 131, con el fin de resguardar la igualdad de trato de los acreedores establece que "el acreedor que haya obtenido en un procedimiento de quiebra un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en el procedimiento nacional cuando los acreedores de la misma categoría hayan obtenido un dividendo equivalente."

Encontramos esta solución en el último párrafo del art. 4° de la Ley 24.522 (paridad en los dividendos), que aunque con las deficiencias apuntadas tiende a

preservar la *pars conditio creditorum,* y en la Ley Modelo de 1997 (art. 32), como así también en el Reglamento de la UE.

Y finalmente, el art. 132 dispone que en caso de existencia de excedente de activo en el procedimiento nacional secundario, "el síndico designado en dicho procedimiento remitirá de inmediato el excedente... al síndico del procedimiento principal."

Este artículo reconoce la denominada "disponibilidad internacional del remanente", ya reconocida en los Tratados de Montevideo, así como en las más modernas realizaciones en la materia.

B. El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado fue elaborado por la Comisión designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02[188] y presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.[189]

En el art. 6 del Título I (Disposiciones Generales) encontramos una calificación autárquica de procesos de insolvencia.

El art. 44 del Título II (Jurisdicción Internacional) aborda la cuestión de la competencia internacional en materia de insolvencia internacional.

Y dentro del Título III (Derecho Aplicable) el Capítulo XIV (Insolvencia) desde el art. 124 al art. 127 se dedica a la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia transfronteriza.

En efecto, el art. 6 dispone que a los fines de este código: i) procesos de insolvencia son el concurso preventivo, la quiebra, la liquidación coactiva extraconcursal, el acuerdo preventivo extrajudicial y otros procedimientos equivalentes.

Si bien toda calificación autárquica propicia una mejor interpretación de las normas por los distintos operadores jurídicos, en cambio de identificar los procesos de insolvencia en nuestro derecho interno dejando a salvo la posibilidad de que nuevos

[188] La Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado estuvo integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca. En la actualidad el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha decidido dar difusión al anteproyecto, a fin de enriquecer la propuesta a través de los análisis, críticas y opiniones de los miembros de la comunidad jurídica argentina.

[189] Puede consultarse un análisis crítico de este Proyecto en Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, "El Nuevo Proyecto de Reforma en la Argentina: otra oportunidad desaprovechada en materia de insolvencia internacional", e*n Temas de Derecho Internacional Privado*, Homenaje a Juan María Rouvier, Colección Libros Homenaje N° 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.

procedimientos con características equivalentes sean comprendidos por el mismo término, hubiera sido preferible realizar una definición descriptiva del fenómeno de la insolvencia, tal como lo hacen el Reglamento 1346/2000 de la UE y la Ley Modelo UNCITRAL de 1997.

Por su parte, el art. 44 establece que "Tienen jurisdicción internacional para entender en la insolvencia los tribunales del domicilio del deudor.

Se entiende por domicilio del deudor el centro principal de sus intereses.

Cuando el deudor tenga su domicilio en el extranjero, tienen también jurisdicción los tribunales argentinos cuando existan bienes del deudor en el país o una sucursal en la República.

Los tribunales argentinos del lugar de situación de los bienes o de la sucursal del deudor con domicilio en el extranjero son también competentes para declarar la extensión de la quiebra y las responsabilidades concursales en los términos del derecho de la República."

El artículo que analizamos en materia jurisdiccional adopta el clásico criterio del domicilio del deudor, al que califica como el "centro principal de sus intereses". Para evitar todo tipo de confusiones, hubiera sido aconsejable utilizar directamente este criterio, tal como lo hacen las recientes realizaciones y, en su caso prever presunciones.

Asimismo establece el foro del patrimonio, ya consagrado en nuestro derecho, al establecer la jurisdicción concurrente de los tribunales nacionales en razón de la existencia de bienes en el territorio de la República.

Por último, esta disposición se ocupa de una delicada cuestión, tal como es la de la extensión de la quiebra. Nos introduce en el tema de los grupos económicos. Se trata de una norma novedosa, cuyo mayor desarrollo será necesario atento a la creciente actividad de tales actores en el escenario actual.

El art.124 reconoce el principio tradicional en materia de ley aplicable: **"**Los procesos de insolvencia se rigen por el derecho del Estado del tribunal que interviene en ellos.

El derecho aplicable a la insolvencia rige los procedimientos, las condiciones de apertura y terminación del proceso, los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre las obligaciones contraídas por el deudor y el rango de los privilegios.

Los créditos cuya verificación se intente se rigen por el derecho aplicable a la obligación de que se trate."

Tal como adelantamos al analizar el Proyecto de 1998, esta norma adopta el criterio clásico en materia de ley aplicable en materia de insolvencia internacional, es decir, la ley del Estado de apertura del procedimiento, la llamada *lex fori*

Por su parte, el art.125 se dedica a los efectos de la sentencia extranjera: "Las resoluciones de apertura o de homologación dictadas por un tribunal extranjero competente en un proceso de insolvencia, serán reconocidas en la República a pedido del deudor, del administrador o representante designado en los procedimientos o de cualquier acreedor o tercero interesado, siempre que la petición cumpla con los requisitos exigidos por el derecho argentino para el reconocimiento de sentencias. Los efectos de la resolución operarán desde el momento en que se produzcan en el Estado de apertura del proceso concursal.
Excepcionalmente, por razones de interés social, mediante decreto de necesidad y urgencia podrá limitarse lo dispuesto en el párrafo que antecede."

El art. 125 proyectado consagra el reconocimiento extraterritorial del auto de apertura del procedimiento de insolvencia declarado en el extranjero. Sin embargo, no define con precisión las consecuencias de dicho reconocimiento. Y sobretodo, resulta muy preocupante, nos inquieta realmente la incertidumbre que crea el último párrafo de la norma en cuanto faculta al Poder Ejecutivo a limitar los alcances del reconocimiento a través de decretos de necesidad y urgencia, instrumentos que, por otra parte, han sido duramente cuestionados por la más prestigiosa doctrina constitucionalista.

A su turno, el art.126 dispone sobre medidas cautelares que: "El pedido de reconocimiento de la sentencia extranjera habilita al juez competente para adoptar las medidas cautelares previstas por su derecho concursal".

Y finalmente el art.127 sobre tratamiento de acreedores extranjeros establece que: "Los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en el extranjero gozan de los mismos derechos que los acreedores cuyos créditos deben cumplirse en la República. Podrán pedir la apertura de los procesos y participar en ellos con arreglo a la legislación concursal argentina."

Esta disposición elimina las denominadas preferencias nacionales, ya que reconoce igualdad de derechos y de trato a los acreedores, ya sean locales o extranjeros.

Es, desde nuestra mirada, criticable que no se exijan condiciones de reciprocidad para la aplicación de esta norma. De ese modo, se hubieran preservado debidamente todos los intereses en juego.

Por último, resulta extraño que este proyecto no se haya ocupado de aspectos tan importantes, como la paridad en los dividendos, la disponibilidad internacional de los remanentes, entre otros.

C. El Proyecto de Ley sobre Insolvencia Transfronteriza

Por Resolución N° 111 del Ministro de Justicia y Derechos Humanos Dr. Jorge R. Vanossi del 13 de febrero de 2002 se estableció la Comisión Redactora para el examen y preparación de enmiendas a la legislación de insolvencia internacional,[190] la que propuso, por iniciativa de la Dra. Ana Piaggi, que se adoptara la Ley Modelo de UNCITRAL de Insolvencia Transfronteriza.

En la Exposición de Motivos, los miembros de la Comisión Redactora procuraron dar fundamentos contundentes acerca de la necesidad de que nuestro país cuente con una moderna y adecuada legislación sobre insolvencia internacional, tal como la plasmada en la Ley Modelo. Entre las razones más importantes, destacan:

- Una ley de insolvencia efectiva juega un rol crítico en numerosas áreas: incrementa la competitividad de las empresas, facilita el acceso al crédito, y el desarrollo del mercado de capitales, y en general constituye un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en el Estado que la adopte.
- Normativas firmes sobre insolvencia son medios insoslayables para evitar o limitar las crisis financieras y facilitar la reestructuración rápida y ordenada de un endeudamiento excesivo, en especial cuando éste constituye fuente de tensiones para la estabilidad macroeconómica de un país.
- La adopción de un régimen armónico, moderno y previsible disminuirá nuestra tasa de riesgo país y potenciará las posibilidades de nuestras empresas en dificultades cuando acudan al régimen de insolvencia buscando la reorganización y el mantenimiento de empleos.
- Dicho régimen permitirá combatir eficazmente las operaciones fraudulentas de deudores, encaminadas a ocultar o transferir bienes a jurisdicciones foráneas.
- Reglas precisas dan certeza legal a las partes y evitan el litigio, facilitan los procedimientos y reducen los costos.
- La adopción de un texto elaborado en un foro neutro y de alto nivel mundial (como la Ley Modelo) asegura la mejor inserción de Argentina entre los países que se encuentran liderando soluciones de la más actualizada técnica a nivel internacional.

Los redactores, en síntesis, identifican el sistema adoptado como una solución realista que combina los principios clásicos: de la territorialidad y de la universalidad, maximizando sus ventajas y minimizando sus debilidades. Definen el sistema como uno de “universalidad calificada", como puente entre los mecanismos tradicionales, que se alcanza a través de la cooperación internacional.

El proyecto sigue casi textualmente las disposiciones y la numeración de la Ley Modelo, cuyas disposiciones analizaremos en detalle más adelante.

Sin embargo, contiene algunos agregados dignos de destacar:

- Hace uso de la posibilidad prevista en la Ley Modelo de exceptuar de su ámbito de aplicación a algunos eventuales deudores: entidades financieras, entidades aseguradoras y otros sujetos excluídos de la aplicación de la legislación concursal argentina (art. 1.2), tales como las asociaciones mutuales y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.
- Introduce algunas calificaciones autárquicas que no se encuentran en el texto original: "acreedor extranjero" (art. 2.g), "acreedor local" (art. 2.h), "República" (art. 2.i), "legislación concursal argentina" (art. 2.j), "proceso o procedimiento concursal" (art. 2.k), y "tribunal" (art. 2.l). Nos interesa destacar que adopta para distinguir acreedor local y extranjero el criterio de los Tratados de Montevideo, y de nuestra doctrina y jurisprudencia imperantes. En efecto, dispone que "Por ´acreedores extranjeros´ se entenderá aquél que fuera titular de un crédito pagadero exclusivamente fuera del territorio de la República". Y "Por ´acreedor local´ se entenderá aquél que fuera titular de: (1) un crédito pagadero exclusivamente en la República; o (ii) un crédito con más de un lugar alternativo de pago, a opción del acreedor, siempre que uno de los lugares de pago fuera en el territorio de la República". Como vemos, se ha adoptado la interpretación jurisprudencial comentada *ut supra.* Por otra parte, la calificación de "proceso o procedimiento concursal" elegida es amplia y flexible: todo proceso colectivo de reorganización o de liquidación que tuviera por presupuesto la insolvencia.
- Exige reciprocidad en la aplicación de la ley proyectada (art. 3, segundo párrafo). Ello a fin de que las concesiones previstas no beneficien a los acreedores o deudores foráneos, sin contrapartida, es decir, cuando en el Estado extranjero no existe una legislación concordante, recíproca, que prevea similar tratamiento a la local. Máxime teniendo en cuenta que de aprobar este proyecto, se eliminarían en nuestro derecho de fuente interna las preferencias nacionales (Cfr. Art. 13 Ley Modelo y Proyecto). De este modo, como queda de manifiesto en la Exposición de Motivos, "se tutelan debidamente los intereses en juego en un marco de equilibrio internacional".

[190] La comisión fue integrada por los Dres. Adolfo Rouillon, Ana Piaggi, Efraín Richard, Héctor Alegría, Juan Anich, Julio César Rivera, Mariano Gagliardo, y Sergio Lepera.

- Somete el alcance, la modificación y la extinción de los efectos de paralización y suspención que acarrea el reconocimiento de un procedimiento principal a lo que establezca la legislación concursal argentina para tales casos.
- Agrega el artículo 33 en el cual prevé la competencia de los jueces nacionales en los casos de deudores domiciliados en el extranjero, siempre que existan bienes situados en el país. Si el deudor tiene una sucursal o establecimiento en la República, no será necesario probar la existencia de bienes en su territorio. Pero en uno u otro caso, estos procedimientos sólo se podrán abrir si existen uno o varios acreedores locales. Tal como vimos, de esta manera se estaría consagrando una línea jurisprudencial y doctrinaria predominante.
- El art. 34 fija la competencia en concursos de deudores domiciliados en el extranjero, remitiéndose a la ley argentina concursal. Y para el caso de que, según ella, no pueda establecerse la competencia, actuará el juez del lugar donde se encuentran los bienes. Si existiere pluralidad de bienes situados en diversas jurisdicciones en la República, corresponderá intervenir al juez que hubiere prevenido.
- El art. 35 se dedica a la publicidad en los supuestos de reconocimiento de procedimientos extranjeros, de las medidas que afecten la disponibilidad de bienes del deudor y en los casos que el tribunal argentino considere pertinente ordenarla. El tema de la publicidad, tan caro al principio constitucional del debido proceso, no es contemplado en el texto original de la ley modelo.
- Finalmente el art. 36 se ocupa de la entrada en vigor del texto proyectado, estableciendo que sus disposiciones prevalecerán en los casos que sea aplicable sobre el inc. 2) del art. 2°, el inc. 5) del art. 3° y el art. 4° de la Ley N° 24.522 y sus modificatorias. El art. 37 es de forma.

De este modo culminamos el análisis de los proyectos de reforma más recientes y destacables en materia de insolvencia transfronteriza.

En el próximo capítulo abordaremos, como fue anunciado, el régimen de fuente convencional, es decir, los Tratados de Montevideo, que en su versión de 1940, vinculan a nuestro país con dos de los restantes miembros del MERCOSUR: Paraguay y Uruguay.

IX. DERECHO ARGENTINO DE FUENTE CONVENCIONAL: LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

IX. DERECHO ARGENTINO DE FUENTE CONVENCIONAL: LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

En la grandiosa obra codificadora que constituyen los célebres Tratados de Montevideo, encontramos una regulación de vanguardia para la época del tema que nos ocupa.[191]

En efecto, en el Tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889 (TM 1889) por los plenipotenciarios de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, y ratificado por los gobiernos de Argentina, Paraguay (en 1888), Uruguay (en 1892), Bolivia (en 1903), Perú (en 1889) y adhirió Colombia (en 1933), hallamos el Título X: De las falencias (arts. 35 a 48).

A su vez, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo suscripto el 19 de marzo de 1940 (TM 1940) por los delegados de Uruguay, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, Perú y Paraguay, y ratificado por Argentina (1956)[192], Uruguay (1942) y Paraguay (1958), vigente actualmente entre estos tres países, que reformó el Tratado de 1889, incluye el título VIII "De las quiebras" (arts. 40 a 53).

Por último, cabe mencionar el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay, que en su título IV (arts. 16 a 20) se dedica al concurso civil de acreedores, sometiéndolo a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales del país del domicilio del deudor (art. 16). Prevé, al igual que los Tratados de Derecho Comercial, según veremos, la posibilidad de juicio único o plurales, promovidos a instancia de los acreedores locales, si hubiera bienes ubicados

[191] Puede consultarse sobre la regulación de la insolvencia internacional en los Tratados de Montevideo, entre la abundante bibliografía sobre el tema los trabajos de Basz, Victoria y Campanella, Elisabet; *Derecho Internacional Privado*, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1999; Rodríguez, Mónica, "Armonización Legislativa en materia de insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940", en *Revista Síntesis Forense* N° 90, del Colegio de Abogados de San Isidro, "El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 2 (primera parte), 3 (segunda parte), 4 (tercera parte) y 5 (cuarta parte), *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática; Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica Sofía y Scotti, Luciana Beatriz, "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*., ps. 427 - 437, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004 y de las mismas autoras, "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática.

[192] Argentina aprobó el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 por decreto-ley 7771/56, sancionado y promulgado el 27/4/56 (B.O. 8/5/56).

en uno o más Estados, distintos de los del domicilio del deudor (art. 17 y 20). En todo caso, los acreedores locales tendrán derecho de preferencia sobre los bienes ubicados en el territorio en donde sus créditos deben ser satisfechos (art. 20 *in fine*).

El estudio de los Tratados de Montevideo es de especial relevancia a los efectos del desarrollo de esta investigación si tenemos en cuenta que su segunda versión, del año 1940, vincula a tres de los socios del MERCOSUR, Argentina, Paraguay y Uruguay; y por tanto, algunas de sus reglas pueden servir de base para alcanzar la armonización legislativa en el área de la insolvencia internacional en el MERCOSUR.

Veamos, entonces, las principales disposiciones de los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 y de 1940.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El Tratado de Montevideo de 1940 específicamente prevé en su artículo 53 que el procedimiento previsto se aplica no sólo a quiebras, sino también a todo tipo de liquidaciones judiciales, concordatos preventivos, suspensión de pagos, y otras instituciones análogas contenidas en las leyes respectivas de los Estados contratantes. Es decir que aún cuando en su título utiliza el término "quiebras", lo hace en sentido amplio. Se trataría de un alcance semejante al que en la actualidad le damos al término que hemos preferido emplear: insolvencia.

2. SISTEMA ADOPTADO: jurisdicción competente y ley aplicable

Observemos las normas sobre jurisdicción previstas a fin de establecer cuál es el sistema adoptado por los Tratados de Montevideo tanto de 1889 como de 1940.

El art. 40 del Tratado de 1940 establece: "Son jueces competentes para declarar la quiebra, los del domicilio del comerciante o de la sociedad mercantil, aun cuando practiquen accidentalmente actos de comercio en otro u otros Estados, o tengan en alguno o algunos de ellos, agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal". Un texto muy similar encontramos en el art. 35 del Tratado de 1889.

A su vez, el art. 41 del Tratado de 1940 expresa: "Si el fallido tiene dos o más casas comerciales independientes en distintos territorios, serán competentes para conocer del juicio de quiebra de cada una de ellas, los jueces o tribunales de sus respectivos domicilios". Idéntico texto tiene el art. 36 del Tratado de 1889.

Así, nos encontramos ante un juicio de quiebra único (art. 40 TM 1940/art. 35 TM 1889) o ante juicios de quiebra plurales y simultáneos (art. 41 TM 1940/art. 36 TM 1889).

En la primera hipótesis, el juicio único se tramita ante el juez del domicilio de la casa matriz. Todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán valer sus derechos conforme a la ley y al juez que ha declarado la quiebra (art. 40 Tratado de Montevideo de 1889 y art. 48 del Tratado de Montevideo de 1940). La ley aplicable será la *lex fori.* Es decir, y como lógica consecuencia, la ley aplicable será también única.

Las medidas preventivas dictadas en tal juicio se harán efectivas sobre los bienes que el fallido tenga en los otros Estados, con arreglo a las leyes locales de quiebra (art. 37 Tratado de Montevideo de 1889 y art. 43 del Tratado de Montevideo de 1940).

La hipótesis del art. 41 del Tratado de Montevideo de 1940 (art. 36 del Tratado de Montevideo de 1889) debe leerse conjuntamente con el art. 45 (art. 39 del Tratado de Montevideo de 1889) que dispone: "Los acreedores locales podrán, dentro del término de sesenta días, contados a partir de la última publicación a que se refiere el artículo anterior, promover en el respectivo Estado nuevo juicio de quiebra contra el fallido o concursado civilmente si no procediese la declaración de quiebra. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y serán aplicadas, respectivamente, en cada uno de ellos, las leyes del Estado en donde el procedimiento se radica. Asimismo se aplicarán las leyes correspondientes a cada juicio distinto y separado para todo lo concerniente a la celebración de concordatos preventivos u otras institucionales análogas. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de las medidas a que se refiere el art. 43, de lo dispuesto en el art. 47 de este título y de las oposiciones que puedan formular los síndicos o representantes de la masa de acreedores de los otros juicios."

Ahora bien, la facultad que brinda este artículo se encuentra limitada en el tiempo ya que sólo puede ejercerse dentro de los 60 días contados desde la publicación de los edictos (por 30 días) a que se refiere el art. 44, es decir, un total de 90 días. En efecto, el Tratado de Montevideo de 1940 ha reducido este plazo en comparación con el previsto en el de 1889, ya que según este último, las publicaciones debían efectuarse durante 60 días, extendiendo el plazo total a 120 días.

Si los acreedores dejan vencer dicho plazo deberán hacer valer sus derechos y presentar sus títulos ante el juez y de conformidad con la ley del Estado que ha declarado la quiebra (art. 48 TM 1940 / art. 42 TM 1889)

Si, en cambio, los acreedores ejercen dicha facultad se tramitarán juicios independientes y separados pero simultáneos y se aplicará en cada uno de ellos el derecho vigente del Estado en que el procedimiento se radica.

Cabe reiterar que aún en el caso de juicios plurales se reconoce la extraterritorialidad del hecho generador de la quiebra. Por ello no será necesario probar el estado de insolvencia para solicitar la apertura de un nuevo proceso. Asimismo la extraterritorialidad se manifiesta en la consagración de la llamada disponibilidad internacional de los dividendos (art. 47 Tratado de Montevideo de 1889 y 41 Tratado de Montevideo de 1940).

Como es fácil advertir, para que un caso concreto quede comprendido en el art. 40 (art. 35 en el TM 1889) o en el art. 41 (art. 36 en el TM 1889) con las consecuencias que según vimos esta decisión acarrea, resulta imprescindible distinguir cuándo nos hallamos frente a una "agencia o sucursal" o ante una "casa comercial independiente".

Podemos encontrar, extraer un parámetro para efectuar dicha distinción de la lectura de las Actas del Congreso de Montevideo de 1889 de donde se desprende que el criterio para distinguir la dependencia o independencia de una sucursal respecto de la casa matriz o central es *económico*, sin perjuicio de que otros indicios contribuyan a discernir entre uno y otro caso.

La doctrina societaria, asimismo, ha diferenciado y delimitado estos dos fenómenos y los ha denominado sucursal o filial según se trate de un establecimiento mercantil dependiente o independiente de la casa matriz.

En efecto, cuando las unidades de producción, intermediación o prestación de servicios crecen surge la necesidad de ampliar el campo de acción, es decir se necesita descentralizar sus operaciones. Se originan así establecimientos secundarios con un vínculo de diversa índole con el establecimiento principal.

Dichos establecimientos secundarios pueden ser sucursales y agencias o bien filiales. En el primer caso, según la expresión utilizada por Fontanarrosaconsiste en la simple irradiación exterior de la empresa.[193] El segundo supuesto importa la concentración de empresas.

Según Etcheverry el fenómeno de las sucursales abarca tres aspectos: sucursales de empresas del país, dentro de él; sucursales de empresas del país instaladas en el extranjero y sucursales de empresas extranjeras instaladas en nuestro país.[194] Sólo este último supuesto, que es el que nos interesa, está regulado

[193] Fontanarrosa, Rodolfo, *Derecho Comercial Argentino*, Parte General, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 203 y ss.
[194] Etcheverry, Raúl, *Derecho Comercial y Económico,* Parte general, Ed Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 525.

sistemáticamente en nuestro derecho interno, principalmente por el art. 118 de la ley de sociedades comerciales 19.550.[195]

Fontanarrosa define a la sucursal como "un establecimiento secundario, de carácter permanente dotado de relativa autonomía, destinado a colaborar en la explotación realizada por el establecimiento principal".[196]

En consecuencia, sus notas características son: a) está subordinada a la administración del establecimiento principal y tiene su mismo objeto; b) tiene una instalación material distinta del establecimiento principal y en consecuencia, un domicilio especial, c) está a cargo de un factor o agente dotado de cierta amplitud y libertad de acción, aunque subordinado a las directivas impuestas por la administración central, d) tiene una clientela en general distinta de la del establecimiento, e) lleva el nombre de la empresa principal y sobretodo f) no tiene patrimonio ni personalidad propia.

Precisamente, el art. 40 TM 1940 o 35 TM 1889 al prever un juicio único de quiebra atiende a esta unidad patrimonial indiferenciada entre la casa matriz y sus sucursales.

La filial, en cambio, es una organización jurídicamente distinta, con personalidad propia, medios propios y conducción diferenciada.

Sin embargo, esa independencia es sólo formal pues por diversos mecanismos, la filial está controlada total o parcialmente por la casa matriz, lo que permite responsabilizar a ésta de los actos realizados por la filial y extender los efectos de sus actos, reconociendo la existencia de una única persona jurídica. En virtud de esta realidad, Halperín sostiene que "la filial es una especie dentro del género "sociedad controlada". En el mismo sentido, Fontanarrosa expresa que si bien la filial es una sociedad provista de personalidad jurídica patrimonio, estatutos y órganos de gobierno y administración propios e incluso puede tener un objeto de explotación distinto del de la sociedad madre, está económicamente subordinada a ésta pues la matriz "posee un número de acciones de la primera (la sucursal) suficiente para imponer sus decisiones en las asambleas de aquélla o bien dispone de la mayoría en el directorio o bien la sociedad madre ejecuta la gerencia de la filial".[197]

[195] Acerca de los otros tipos de sucursales, en nuestro derecho sólo se encuentran disposiciones aisladas como el art. 90 inc. 4° del Código Civil sobre domicilio de las sucursales.
[196] Fontanarrosa, Rodolfo, op. cit. p. 204.
[197] Fontanarrosa, Rodolfo, op. cit. ps. 206 y 207.

En materia concursal, Zaldivar, Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán sostienen que si bien la filial responde por sus obligaciones, en algunas ocasiones se puede llegar a la extensión de la responsabilidad hasta la casa matriz.[198]

Por su parte, la doctrina especializada en materia de Derecho Internacional Privado sostiene que la dependencia económica de la sucursal respecto de la casa matriz ha creado en los acreedores una expectativa internacional, una previsión universal que abarcó la totalidad del patrimonio del deudor, cuyo asiento jurídico se encuentra en el domicilio de su titular. Es decir que cuando los acreedores han otorgado sus créditos sobre la base de una previsión internacional, corresponde en caso de quiebra, la realización de un proceso único y universal.

En cambio en el supuesto previsto en el art. 41 TM 1940 o 36 TM 1889, los acreedores locales han otorgado sus créditos sobre la base de una previsión nacional, correspondiendo entonces, la pluralidad de juicios. Pero el alcance de la previsión no depende del conocimiento particular de cada acreedor en el momento de contratar, sino del conocimiento general, de circunstancias exteriores, signos objetivos y ostensibles, tales como: la publicidad de la dependencia o independencia económica de las sucursales respecto de la casa central; el nombre comercial, las manifestaciones realizadas por el comerciante; la publicidad; la autonomía manifiesta del capital; entre otros.

Nos hemos detenido en estas consideraciones pues las características apuntadas son las que en definitiva nos permiten discernir si a un caso concreto se le aplica el art. 40 o el art. 41 del Tratado de 1940 (arts. 35 o 36 del TM 1889).

Cuadro IX.1: Síntesis del sistema de los Tratados de Montevideo en materia de insolvencia

En síntesis:

Los Tratados de Montevideo admiten dos modalidades:

- **UNIDAD**: se abre un único juicio en el domicilio del fallido, aun cuando éste practique accidentalmente actos de comercio en otros Estados, o tenga agencias o sucursales que obren por cuenta y responsabilidad del establecimiento principal. Todos los acreedores presentarán sus títulos y harán valer sus derechos según la ley y ante el juez del Estado en donde se declaró la quiebra.

[198] Zaldivar y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, T. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973 - 1983, p. 318.

- **PLURALIDAD**: se pueden abrir juicios plurales en el domicilio de cada una de las casas independientes del fallido. Declarada la quiebra en uno de los domicilios comerciales, los acreedores tienen la FACULTAD de promover en el respectivo Estado un nuevo juicio contra el fallido o concursado. En tal caso no será necesario probar el hecho generador de la quiebra (efectos extraterritoriales) Así, se seguirán juicios separados y se aplicarán las leyes del Estado donde se radica el procedimiento. El sobrante que resultare en un Estado a favor del fallido quedará a disposición del juez que conoce de la quiebra en el otro (disponibilidad internacional de los remanentes: efectos extraterritoriales). Pero si los acreedores locales no promueven dentro del plazo establecido un nuevo juicio, deberán presentar sus títulos ante el juez que ha declarado la quiebra y de conformidad con tal ley. En tal supuesto, nos encontramos con un **JUICIO ÚNICO**

3. CALIFICACIONES

El art. 40 del Tratado de 1889 y el art. 46 del de 1940 distinguen acreedores locales y extranjeros según una cualidad de sus respectivos créditos: el lugar de pago. En efecto, disponen que son acreedores locales aquellos cuyos créditos deben satisfacerse en el Estado donde se declara la quiebra. En consecuencia, serán acreedores extranjeros aquellos que tengan por lugar de pago un Estado distinto a aquél en donde se abre el procedimiento. Debe tenerse presente que, tal como vimos, esta calificación autárquica ha sido adoptada de modo unánime por nuestra doctrina y jurisprudencia aún cuando resulte aplicable nuestra fuente de derecho interno (art. 4° LCQ).

4. PUBLICIDAD

En ambas modalidades, es decir ya sea que se llevé a cabo un juicio único o plurales se prevé la publicidad de la declaración de quiebra y de las medidas adoptadas en los Estados en donde la fallida tenga sucursales, agencias o establecimientos, o bienes sobre los cuales se hayan dispuesto medidas cautelares. La única distinción entre ambos tratados es que el de 1889 prevé la publicación por un plazo de 60 días (art. 39) y el de 1940 por un plazo de 30 días (art. 44) tal como ya hemos apuntado.

5. BIENES SITUADOS EN EL TERRITORIO DONDE NO SE PROMUEVE JUICIO

El Tratado de Montevideo de 1940 dispone que en caso de pluralidad de juicios los bienes situados en el territorio donde no se promueve juicio concurren a la

formación de la masa del tribunal que hubiere prevenido. El Tratado de 1889 no contiene una disposición análoga.

6. PREFERENCIAS NACIONALES

El Tratado de Montevideo de 1940 introdujo en nuestro derecho de fuente convencional las llamadas "preferencias nacionales" de las que extensamente nos hemos ocupado al analizar el art. 4° LCQ. En efecto, dispone que aún en caso de unidad jurisdiccional y legislativa, existe pluralidad de masas, pues los créditos locales tienen preferencia con respecto a los créditos extranjeros, sobre la masa correspondiente al Estado de su localización. Cada masa de bienes satisface a sus propios acreedores (cfr. art. 48 segundo párrafo). A diferencia de nuestra legislación nacional en la versión actual, el Tratado de Montevideo no diferencia según se trate de acreedores que pertenezcan o no a un procedimiento extranjero.

7. EXCLUSIÓN DE BIENES

Ya sea que nos encontremos ante un único juicio o ante procedimientos plurales quedan excluidos del fuero de atracción los bienes sobre los cuales se hayan constituido garantías prendarias o hipotecarias con anterioridad a la fecha de cesación de pagos y estos acreedores podrán ejercer sus derechos ante los jueces del Estado donde estén situados tales bienes según el art. 50 del Tratado de 1940. El art. 43 del Tratado de 1889 contiene una disposición similar pero en cambio de considerar como punto de inflexión la fecha de cesación de pagos, tiene en cuenta la de la declaración de quiebra.

8. FACULTADES DEL SÍNDICO, ADMINISTRADORES O REPRESENTANTES DE LA QUIEBRA

La autoridad de los síndicos o representantes legales de la quiebra no puede ser cuestionada por ningún Estado parte de los Tratados (art. 45 TM 1889 y art. 49 TM 1940). Se encuentran sometidos a las leyes en donde fue declarada la quiebra, salvo, excepción expresa en el Tratado de 1940, en lo que respecta a la ejecución de los bienes situados fuera de la jurisdicción del juez, en lo que deberá ajustarse a su ley de situación.

9. REHABILITACIÓN DEL FALLIDO

Según el art. 47 del Tratado de 1889 la rehabilitación del fallido debe pronunciarse en todos los juicios para que cesen sus efectos, ya que evidentemente la persona del deudor es una sola y no puede ser dividida aún cuando existan varios

procedimientos abiertos. Esto evita una de las críticas realizadas al sistema de pluralidad: que el deudor sea considerado fallido en una jurisdicción y no en otra. Extrañamente, el Tratado de 1940 no contempla esta situación, aunque analógicamente se puede aplicar la disposición del de 1889.

10. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FALLIDO

En caso de pluralidad de quiebras, es competente para dictar las medidas de carácter civil, el juez donde reside el deudor, según el TM 1889 (art. 46) y el del domicilio del fallido según el TM 1940 (art. 52).

11. INTERPRETACIONES JURISPRUDENCIALES RECIENTES DE LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO

Algunos pronunciamientos de nuestros tribunales nos ilustran sobre la interpretación jurisprudencial del sistema adoptado por los Tratados de Montevideo, diferenciando claramente las dos modalidades previstas.

En autos "Belum S.A., le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A.", la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial encuadró el caso en el art. 40 del Tratado de Montevideo de 1940, teniendo en cuenta que "...del texto de las actas de directorio de la sociedad uruguaya, protocolizadas para su inscripción en la Inspección General de Justicia, a fin de establecer la sucursal, surge que se otorgó poder general amplio de administración y se designó representante legal a la misma persona que ejercía el cargo de presidente del directorio. Esta circunstancia convierte en sumamente dudosa la tesis de la apelante, en el sentido de que la sucursal argentina tenía independencia económica respecto de la sociedad constituida en Uruguay y a ello debe agregarse que la suma destinada al capital con que se dotó a la sucursal - veinte mil dólares estadounidenses- carece de entidad suficiente para dar sustento a la alegada independencia.(...) la reinversión de utilidades no constituye necesariamente un signo de independencia: en algún caso podría revelarla, pero también podría obedecer a una decisión de estrategia empresaria adoptada por la casa matriz. Por último, el incremento del patrimonio - tanto del activo como del pasivo- no es evidencia suficiente para tener por demostrada la tesis de la peticionaria de la quiebra".[199]

En esta misma inteligencia, en el caso "Ridiwel S.A" el magistrado de primera instancia en lo comercial Dr. Carlos A. Ferrario se declaró incompetente ya que

[199] "Belum S.A., le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A."(CNCom Sala A, 11/12/1998), en *ED* 185 - 624

entendió que resultaba aplicable el art. 40 del Tratado de Montevideo de 1940. En cambio, estimó que no era aplicable el art. 41 del Tratado de Montevideo de 1940, como lo aconsejaba el fiscal, pues "la sucursal por definición es un establecimiento dependiente de una central o casa matriz". Dicha dependencia se advertía en la manifestación del acta de directorio en el sentido de no asignarle capital a la sucursal y en cambio, establecer la obligación de la matriz de remesarle fondos cuando las necesidades del giro comercial lo requieran. [200] En apoyo de su argumento, el juez citó el precedente "Belum S.A., le pide la quiebra Tecnocom San Luis S.A.", ya citado.

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el 22 de agosto de 2002 confirmó la sentencia apelada haciendo hincapié en la falta de autonomía e independencia de la sucursal respecto de la sociedad constituida en Uruguay, desechando en consecuencia la aplicación del art. 41 del Tratado de Montevideo y por lo tanto rechazando la competencia de los tribunales argentinos.

En similar sentido, en los autos "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra (por Publiestadios SA)" la juez, teniendo en cuenta los extremos de hecho del caso y siendo de aplicación el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 (art. 40), vinculante tanto para la República Argentina como para la República Oriental del Uruguay resolvió que: "siendo la presunta deudora una sociedad extranjera registrada en la República Oriental del Uruguay donde tiene su domicilio social inscripto y que sólo opera como una sucursal en el país, por ende, sin independencia económica, corresponde reconocer la jurisdicción a favor de los tribunales uruguayos que resulten competentes, por lo que este Tribunal debe declararse incompetente y rechazar el presente pedido de quiebra; ello, sin perjuicio de las acciones que pudiera entablar el acreedor peticionante, en su momento, en los términos del art. 45 del cuerpo legal citado para abrir procesos de esta naturaleza en el país".[201]

---

[200] "Ridiwel S.A.", en *LL* 2001-A, 142. Véase nuestro análisis en Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica y Scotti, Luciana Beatriz, "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, ps. 427 - 437, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

[201] Juzgado de Primera Instancia en lo Comercial N° 26, Secretaría N° 52. Véase el texto del fallo completo y nuestro comentario en Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica y Scotti, Luciana Beatriz, "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 27 de agosto de 2004.

Con este apartado cerramos el análisis del derecho argentino en materia de insolvencia internacional. Ahora, toca el turno de analizar otras realizaciones de destacable importancia.

X. OTROS MARCOS NORMATIVOS EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL

X. OTROS MARCOS NORMATIVOS EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL

En este capítulo abordaremos el estudio de algunos marcos normativos de la insolvencia transfronteriza, de diversa naturaleza y alcance, que pueden resultar de suma utilidad al momento de sentar bases de armonización legislativa en el MERCOSUR.

Por un lado, analizaremos las disposiciones más importantes y el sistema adoptado por el Reglamento (CE) 1346/2000, destinado a regular esta materia en el ámbito de la Unión Europea. Por otro lado, estudiaremos las normas que contiene la Ley Modelo de UNCITRAL de 1997 sobre la insolvencia transfronteriza, cuya adopción por nuestro país, tal como vimos, se encuentra proyectada. Finalmente, analizaremos algunas soluciones de derecho internacional privado de fuente interna que recientemente han sido aprobadas en Suiza y Bélgica.

1. EL REGLAMENTO N° 1346/2000 (CE) SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

La preocupación de la Comunidad, hoy Unión Europea, por buscar una regulación apta de las insolvencias se inicia ya en la década de los años sesenta. En efecto, el libre intercambio de bienes, personas, servicios y capitales trajo como consecuencia un marcado incremento de la actividad comercial de los agentes privados y la dispersión de sus bienes en todo el territorio comunitario. Rápidamente, se advirtió que este contexto resultaba ser un escenario más que favorable para que un porcentaje elevado de las insolvencias tuviera carácter internacional, transfronterizo.

Para dar respuesta a tal realidad, se elaboraron diversos proyectos de regulación: varios borradores del Proyecto de Convenio CEE sobre quiebra, concordatos y procedimientos análogos en 1970, 1980, 1982 y 1984. Más adelante, a inicios de la década del noventa se retoma la iniciativa y se concluye el 23 de noviembre de 1995 el Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia. Sin embargo, todos estos proyectos fracasaron, ya sea por tener objetivos muy ambiciosos, por la complejidad de sus términos o bien por el simple rechazo de alguno de los Estados Miembros. Tal fue el caso del Convenio de 1995, que no entró en vigor por la negativa a firmarlo de Gran Bretaña en represalia por la guerra comercial desatada por el problema de las "vacas locas".

Ante este cuadro de situación, hasta la entrada en vigor del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia el 31 de mayo de 2002, la única normativa comunitaria en la materia era la Directiva 80/937 del Consejo del 20 de octubre de 1980 sobre la protección de los trabajadores en los casos de insolvencia del empresario.

Sin embargo, en Europa existían marcos regulatorios de este fenómeno. Así, además de las legislaciones nacionales de los países europeos que con distintos alcances se ocupaban de la cuestión, se celebraron convenios bilaterales que vinculaban a países tales como Francia, Austria, Bélgica, la Confederación Helvética e Italia, Países Bajos, y la República Federal Alemana. El primero de tales tratados bilaterales data del 8 de julio de 1899, firmado entre Francia y Bélgica. Sin embargo, estos acuerdos eran escasos y vinculaban a Estados que tenían fronteras comunes, y por tanto, intercambios comerciales importantes. Todos estos marcos recogen los principios de extraterritorialidad y unidad, con ciertos matices.[202]

Asimismo, cabe mencionar a nivel multilateral, el Convenio sobre Quiebra del 7 de noviembre de 1933, elaborado en el seno de la Unión Escandinava y Nórdica de Derecho Internacional Privado, que vincula a Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega, e Islandia, en vigor.

Por su parte, destaca la Convención Europea sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra, concluida en Estambul el 5 de junio de 1990 en el seno del Consejo de Europa,[203] que aunque con objetivos modestos, pues se limitaba a regular los efectos de las declaraciones de quiebra, sirvió de impulso para que la Comunidad retomara ese mismo año sus propios trabajos.

A. Características principales del Reglamento (CE) N° 1346/2000

La aprobación, a iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia, y posterior entrada en vigor del Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia del 29 de junio de 2000 constituye la primera norma uniforme en la materia que nos ocupa.[204] A ello se llegó, gracias a las modificaciones

[202] Una síntesis de estos convenios bilaterales puede verse en Esplugues Mota, Carlos*, La quiebra internacional,* Ed. José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 109 y ss.

[203] Fue firmada por Bélgica, Chipre, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo y Turquía. Requiere tres instrumentos de ratificación o adhesión para entrar en vigor.

[204] Entre la extensa bibliografía que puede consultarse sobre el régimen sobre insolvencia transfronteriza en la Unión Europea puede verse: Esplugues Mota, Carlos, "La actividad desarrollada por las Comunidades en el ámbito del Derecho Concursal", en *Noticias CEE*, julio de 1993, p. 43; "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa", en *Revista de Derecho Comunitario,* Rubinzal, p. 481 a 505, "Un paso más en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el Reglamento del Consejo del 29 de mayo de 2000 sobre Procedimiento de Insolvencia", en *Revista de Derecho privado y Comunitario* 3, ps. 711 a 757, 2001 y en *RDCO*, año 33, 2000,

introducidas por el Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997 (en vigor desde el 1° de mayo de 1999), que expresamente en su artículo 65 prevé como atribución comunitaria "en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior", "fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.[205]

Este instrumento comunitario no establece un régimen material uniforme pues cada estado conserva su derecho concursal nacional, sino que es un típico ejemplo de armonización legislativa a través de la unificación de normas de Derecho Internacional Privado, en un alto porcentaje, de reglas de conflicto en materia de jurisdicción internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias.

Se trata prácticamente de una reproducción de las normas consagradas en la Convención de Bruselas de 1995, que nunca entró en vigor, según adelantamos.

El reglamento se compone de un Preámbulo de 33 considerandos en los cuales se da acabada justificación para su adopción, 47 artículos divididos en Capítulos: I- Disposiciones generales (art. 1 a 15), II- Reconocimiento del procedimiento de insolvencia (art. 16 a 26), III- Procedimiento secundarios de insolvencia (arts. 27 a 38), IV- Información a los acreedores y presentación de sus créditos (arts. 39 a 42) y V- Disposiciones transitorias y finales (arts. 43 a 47). Asimismo se compone de tres anexos. El primero de ellos recoge los procedimientos de cada Estado que son considerados "procedimientos de insolvencia" a los efectos del Reglamento, el anexo B establece los procedimientos nacionales que corresponden a "procedimientos de liquidación" en los términos del Reglamento y el Anexo C señala los órganos concursales internos de cada Estado que corresponden a la figura del "síndico" que adopta el Reglamento.

B. Fundamentos

---

ps. 355 a 395, Candelario Macías, María Isabel, "El convenio de Bruselas de 1995: ¿un modelo a imitar para el ámbito del MERCOSUR?", disponible en www.derecho.org, "Aproximación a la iniciativa del Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06): ¿Más de lo mismo?", en *Rivista il Diritto Fallimentare e della Società Commerciale*, N° 6, noviembre - diciembre 1999, ps. 1226 a 1260, "La ordenación de la insolvencia en la Unión Europea" en Noticias de la Unión Europea, N° 235/236, agosto/septiembre de 2004, año XX, ps. 27 a 54, "El Derecho Mercantil Internacional: la insolvencia con elementos extranjeros", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 275 a 315. Krings, Ernest, "Unification législative internationale récente en matiere d´insolvabilité et de faillite" disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org.

[205] Con respecto al tema, puede verse en mayor profundidad: Esplugues Mota, Carlos, "Nuevas perspectivas de armonización del Derecho Privado y del Derecho Internacional Privado en Europa", en *Revista de Derecho Comunitario,* N° 20, 1999, ps. 481 a 505.

En primer lugar, en el Preámbulo del Reglamento encontramos justificaciones de índole económica. Reconoce una realidad: "las actividades empresariales tienen cada vez más repercusiones transfronterizas... es necesario que se exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente" (consid. 3) Todo ello, en definitiva para "contribuir al buen funcionamiento del mercado interior ".

Tal como lo sintetiza Candelario Macías: "podemos decir que la justificación de la necesidad de adoptar esta norma viene dada porque estamos en un Mercado Común en que cada vez son más frecuentes las insolvencias transfronterizas y, por tanto, es necesario adoptar una normativa común para coordinar las medidas a tomar respecto del patrimonio del deudor insolvente y ante la posibilidad de que éste aproveche el distinto tratamiento que se le daría en los diversos Estados miembros (*forum shopping*)".[206]

Asimismo encontramos en esta suerte de exposición de motivos, las razones de la elección de un reglamento para regular esta materia: es "necesario y oportuno" utilizar esta técnica que se caracteriza por ser vinculante, y directamente aplicable en los Estados miembros.

C. Ámbito de aplicación material

El Reglamento 1346/2000 comprende a todo procedimiento colectivo fundado en la insolvencia del deudor que implique su desapoderamiento parcial o total y el nombramiento de un síndico.[207] La insolvencia, entonces, es el presupuesto objetivo y debemos recurrir a cada una de las normas de derecho nacional para conocer la definición de este estado o situación, pero en principio, no es necesario que tales procedimientos impliquen la liquidación del deudor ni la intervención de una autoridad judicial. Así, para el derecho francés, la insolvencia se define como el estado de cesación de pagos; en el ordenamiento inglés, deben darse dos condiciones esenciales: la empresa no puede pagar sus deudas o las obligaciones del deudor exceden el activo según su balance; en el derecho portuguéz se asocia con la incapacidad financiera: la imposibilidad de la empresa de cumplir puntualmente con sus obligaciones por falta de medios propios y de crédito; para el derecho alemán la insolvencia se traduce en la incapacidad de cubrir el pasivo con el activo.

[206] Candelario Macías, María Isabel, "La ordenación de la Insolvencia en la Unión Europea" en *Noticias de la Unión Europea,* N° 235/236, Agosto/septiembre de 2004, año XX, Ed. CISS, Bilbao, p. 32.

[207] El art. 2 contiene diversas calificaciones autárquicas, entre ellas, la de síndico, que define como "cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor (art. 2, inc. b). En el anexo C contiene la lista de tales personas u órganos en los diferentes Estados miembros.

Por otra parte, y tal como se puede apreciar este instrumento no diferencia según se trate de procedimientos para comerciantes o no comerciantes. De hecho, en el considerando 9° expresamente deja sentado que el deudor puede ser tanto una persona física como jurídica, comerciante o no comerciante.[208] Además, debe señalarse que este reglamento se aplica sin tener en cuenta la nacionalidad ni del deudor ni de los acreedores.

Sin embargo, el reglamento no se aplica a los procedimientos relativos a las empresas de seguros, y a las entidades de crédito, a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros o a los organismos de inversión colectiva. Tal como destaca Esplugues Mota, todas estas son materias a las que desde siempre se les ha concedido un tratamiento propio, diferenciado del régimen general debido a la especial relevancia que estos ámbitos tienen en el sistema económico - financiero nacional.[209] Es precisamente por ello que sobre estos entes las autoridades competentes nacionales suelen gozar de amplias facultades de intervención.

En la actualidad, la Directiva 2001/17/CE del 19 de marzo de 2001 se dedica al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros y la Directiva 2001/24/CE del 4 de abril de 2001 se encuentra destinada al saneamiento y liquidación de entidades de crédito.

D. Ámbito de aplicación territorial

El Reglamento 1346/2000 se aplica exclusivamente a procedimientos intracomunitarios. Sólo resulta procedente su aplicación a los procedimientos de insolvencia de un deudor que tiene el centro de los intereses principales en un Estado de la UE. Por ende, si esta condición no se da, porque aquél se encuentra en un Estado extra comunitario, aún cuando existan bienes y acreedores en Estados miembros, el reglamento no se puede aplicar. En tales casos, será necesario acudir a otras fuentes convencionales que vinculen al Estado miembro con el tercer Estado o a las normas de fuente interna. Tal como destacan Watte y Marquette, debido a estas situaciones que no caen bajo el ámbito de aplicación del reglamento, subsiste la importancia en Europa del derecho nacional en materia de insolvencia internacional.

[208] Por tanto, la declaración de quiebra de una persona física no comerciante en un Estado miembro deberá producir plenos efectos en otro Estado miembro aún cuando su derecho interno en materia concursal sólo comprenda a comerciantes.

[209] Esplugues Mota, Carlos, "Un paso más en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el reglamento del Consejo del 29 de mayo de 2000 sobre Procedimiento de Insolvencia", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 3, 2001, p. 729.

Repárese en las numerosas casas matrices establecidas en Estados Unidos con filiales en países europeos.[210] [211]

Cabe señalar que esta normativa comunitaria vincula a todos los Estados Miembros de la UE, salvo Dinamarca, que no participó en la adopción del Reglamento por lo que según reza el considerando 33 "no está vinculada por el mismo ni obligada a aplicarlo". Ello en virtud del Protocolo anejo al Tratado de Amsterdam que recoge su particular posición, reacia a ceder soberanía, salvo que expresamente ejerza su derecho de sumarse a la aplicación del Reglamento, tal como sí lo hizo Gran Bretaña e Irlanda.

E. Ámbito de aplicación temporal

Según el art. 43 este reglamento se aplica solamente a los procedimientos que se abran con posterioridad a su entrada en vigor, es decir después del 31 de mayo de 2002. Los actos jurídicos que el deudor haya llevado a cabo antes de tal fecha continuarán sujetos a la ley que les fuese aplicable en el momento de su celebración.

Asimismo, el art. 44 dispone que tras su entrada en vigor, el Reglamento, en las relaciones entre los Estados miembros sustituirá, respecto de las materias a que se refiere, a los Convenios suscritos entre dos o más Estados miembros, y en particular menciona:

a) Convenio entre Bélgica y Francia relativo a la competencia judicial, y sobre valor y ejecución de las resoluciones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, firmado en París el 8 de julio de 1899;

---

[210] Watte, Nadide y Marquette, Vanesa, "Le Règlement commnunautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d´insolvabilité", en *Revue de Droit Commercial Belge*, Unité de Droit International Privé de la Université Libre de Bruxelles, 2001, p. 568. Disponible en http://www.dipulb.be.

[211] La reforma de fuente interna en materia de insolvencia transfronteriza, en efecto, ha sido encarada por algunos Estados miembros de la UE a fin de adaptar su legislación interna concursal a las normas comunitarias. Podemos mencionar, el Código Belga de Derecho Internacional Privado al que nos dedicaremos más adelante y la Ley concursal 22/2003 del 9 de julio de 2003, en vigor desde el 1 de septiembre de 2004 y la Ley orgánica 8/2003 para la reforma concursal de España. La ley española, en su Exposición de Motivos señala que sigue "con las convenientes adaptaciones" el modelo del Reglamento. "Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito". Estas normas nacionales, en todo caso, son aplicables sólo cuando el Reglamento comunitario no lo sea. Al respecto puede verse Diago, Diago, María del Pilar, "Los procedimientos territoriales en la nueva ley concursal", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 477 a 496 y Ezquerra Ubero, José Javier, "El Reglamento comunitario de insolvencia y la ley concursal: ámbito de aplicación espacial de las nuevas normas de Derecho Internacional Privado", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 505 a 517.

b) Convenio entre Bélgica y Austria sobre la quiebra, el convenio de acreedores y la suspensión de pagos (con protocolo adicional de 13 de junio de 1973), firmado en Bruselas el 16 de julio de 1969;

c) Convenio entre Bélgica y los Países Bajos relativo a la competencia judicial territorial, quiebra, y sobre valor y ejecución de resoluciones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, firmado en Bruselas el 28 de marzo de 1925;

d) Tratado entre Alemania y Austria sobre quiebra y convenio de acreedores, firmado en Viena el 25 de mayo de 1979;

e) Convenio entre Francia y Austria sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones sobre quiebra, firmado en Viena el 27 de febrero de 1979;

f) Convenio entre Francia e Italia sobre ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, firmado en Roma el 3 de junio de 1930;

g) Convenio entre Italia y Austria sobre quiebra y convenio de acreedores, firmado en Roma el 12 de julio de 1977;

h) Convenio entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución mutuos de resoluciones judiciales y otros títulos ejecutivos en materia civil y mercantil, firmado en La Haya el 30 de agosto de 1962;

i) Convenio entre el Reino Unido y el Reino de Bélgica sobre la ejecución recíproca de sentencias en materia civil y mercantil, acompañado de un Protocolo, firmado en Bruselas el 2 de mayo de 1934;

j) Convenio entre Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia e Islandia, relativo a la quiebra, firmado en Copenhague el 7 de noviembre de 1993;

k) Convenio europeo relativo a determinados aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia, firmado en Estambul el 5 de junio de 1990.

Todos estos Convenios seguirán surtiendo efecto cuando se trate de procedimientos abiertos antes de la entrada en vigor del Reglamento.

Además permanecen vigentes en todos aquellos aspectos no regulados por el Reglamento o cuando éste no resulta aplicable, como, por ejemplo cuando el centro de los intereses principales del deudor está fuera de la UE.

F. Competencia internacional

El Reglamento 1346/2000 no incorpora ninguna norma sobre competencia judicial interna, tan sólo aporta reglas de competencia internacional. En efecto, adopta como criterio para los procedimientos principales el del "centro de los intereses

principales" del deudor.[212] Se ha destacado que a diferencia del concepto de domicilio que es eminentemente jurídico, el criterio adoptado es de naturaleza fáctica y por ende de más fácil determinación e identificación por terceros. El considerando 13 explica que se ha optado por este criterio pues aquél es el lugar donde el deudor lleva de manera habitual sus negocios y por ende, puede ser averiguado por terceros, es decir, los acreedores, cuya protección garantiza el reglamento. Por "intereses" se entiende toda actividad económica en sentido amplio.

Entonces, los tribunales competentes serán los del Estado en cuyo territorio se halle el centro de los intereses principales del deudor. El art. 3. 1 presume que en caso de persona jurídica, será su domicilio social salvo prueba en contrario. En el caso de una persona física, se entiende que su centro de intereses principales es su residencia habitual, aún cuando el reglamento no trae ninguna presunción al respecto, como si lo hace la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza de 1997.

Con respecto a los procedimientos secundarios, serán competentes los tribunales del Estado donde se hallé un establecimiento del deudor, con los alcances que el propio reglamento dispone.

G. Ley aplicable

Como regla general, el Reglamento establece que la ley aplicable es la *lex concursus*, es decir que se aplicará la ley del Estado miembro de iniciación del procedimiento concursal, ya sea principal (art. 4.1) o secundario (art. 28). Regirá, entonces, y en todo caso, la ley del Estado de apertura.

Dicha ley regirá las condiciones de "apertura, desarrollo, y terminación del procedimiento de insolvencia" y en particular, determinará los sujetos que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de deudores, los bienes que forman parte de la masa, los requisitos para su apertura, y los legitimados para solicitarla, la naturaleza y alcance del desapoderamiento del deudor, la organización de la administración de la masa, el nombramiento del síndico, y sus poderes y facultades, decide la admisibilidad de los créditos, las reglas de prelación, la distribución de activos, las condiciones y efectos de la terminación del procedimiento, entre los principales aspectos (art. 4.2).

[212]Acerca del alcance y de los problemas que puede traer aparejado el criterio adoptado por el Reglamento 1346/2000 en materia de competencia internacional, puede verse el minucioso trabajo de Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el ´centro de intereses principales´ del deudor?", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 217 a 240.

Sin embargo el propio Reglamento exceptúa de la aplicación de la *lex concursus* a ciertos supuestos concretos que según explica el considerando 24 persiguen la protección de legítimas expectativas y buscan dotar de seguridad a determinadas operaciones efectuadas en otro Estado miembro distinto de aquél en el que se inicia el procedimiento. Estas excepciones son: derechos reales de terceros (art. 5), compensación (art. 6), reserva de propiedad (art. 7), contratos sobre bienes inmuebles (art. 8), sistemas de pago y mercados (art. 9), contratos de trabajo (art. 10), los efectos sobre los derechos sometidos a registro (art. 11), la protección de los terceros adquirentes (art. 14), los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los posibles procedimientos en curso (art. 15).

Por cierto, el reconocimiento de estas excepciones a la *lex concursus* no impide, según dispone el art. 13, el ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores, recogidas por la ley del Estado de apertura (*lex concursus*).

H. Sistema adoptado: procedimiento principal y secundarios. Coordinación

Los mentores del Reglamento 1345/2000, sin lugar a dudas, fueron conscientes de la imposibilidad práctica de aplicar el sistema de la universidad a ultranza y de los fracasos por los que se había atravesado al intentar ser tan ambiciosos.[213] Por ello, en el considerando 11 se lee: "El presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad. La aplicación sin excepciones del Derecho del Estado en que se incoa el procedimiento llevaría con frecuencia, dada esta circunstancia, a situaciones difíciles; esto puede aplicarse por ejemplo a las muy diferentes normativas en materia de intereses de seguridad que pueden encontrarse en la Comunidad. Pero también los privilegios de que gozan algunos acreedores en el procedimiento de insolvencia tienen en gran parte una configuración totalmente diferente. El presente Reglamento debe tenerlo en cuenta mediante dos vías: por una parte, deberían aplicarse normas especiales de Derecho aplicable para derechos de especial importancia y vínculos jurídicos (por ejemplo, derechos reales y contratos de trabajo); por otra parte, también deberían autorizarse, junto a un procedimiento

[213] El Proyecto de Convenio de 1982 fracasó debido al establecimiento del sistema de la universalidad en sentido estricto. Disponía en su art. 2: "los procedimientos de que trata el presente Convenio, una vez que hayan sido iniciados en uno de los Estados contratantes, producen todos sus efectos en el territorio de los demás Estados" y "mientras no se haya declarado terminado el estado de quiebra, impiden la decisión de iniciar otro de esos procedimientos en su territorio".

principal de insolvencia con validez universal, procedimientos nacionales que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en el que se incoa el procedimiento".

Teniendo presentes estas consideraciones, el Reglamento adopta un sistema mixto, intermedio, ecléctico, ya que consagra dos tipos de procedimientos: universales y territoriales. Veamos.

Por un lado, prevé en el art. 3.1 un procedimiento de insolvencia con carácter universal: los bienes situados fuera del Estado de apertura quedan comprendidos en la masa[214] y sometidos al procedimiento principal y todos los acreedores existentes pueden verificar sus créditos en él. En consecuencia, todos los efectos que la ley del Estado de apertura reconoce a un procedimiento de insolvencia se extienden en los demás Estados miembros de la UE.

Sin embargo, el sistema de la unidad consagrado queda manifiestamente condicionado a través de la posibilidad de abrir otros procedimientos territoriales o secundarios, cuyo objeto consiste en liquidar los bienes del deudor situados en los territorios donde se encuentra un establecimiento del deudor, es decir, "todo lugar de operaciones en el que aquél ejerza de forma no transitoria, una actividad económica con medios humanos y bienes.[215]

Tal como podemos observar, los procedimientos secundarios son de índole liquidativa y en principio se inician con posterioridad al principal, de allí su calificación como secundarios. En tal caso, no será necesario probar la existencia del presupuesto objetivo ya que la insolvencia se presupone por la decisión de apertura del procedimiento principal (art. 27).

No obstante, el Reglamento prevé en el art. 3.4 dos supuestos en los que el procedimiento territorial podrá abrirse aún con anterioridad al principal y no será necesariamente de liquidación:

- Cuando no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia a tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio está situado el centro de los intereses principales del deudor. Se configuraría este supuesto, por ejemplo, si la ley de ese Estado comprende como sujetos concursables sólo a los comerciantes y el deudor es una persona física no

[214] Es dudoso si un procedimiento principal también despliega sus efectos con respecto a bienes situados fuera del territorio de la UE ya que su objeto es regular los efectos de procedimientos de insolvencia entre los Estados miembros. Sin embargo, su fuente, la Convención de Bruselas de 1995 en su informe explicativo prescribía que: "Un procedimiento principal de insolvencia tiene un alcance universal. Abarca todos los bienes del deudor en el mundo entero..." Cfr. Watte y Marquette, op. cit. p. 572.
[215] Cfr. Art. 2.h Reglamento 1346/2000.

comerciante que tiene un establecimiento en un Estado que aplica tales procedimientos de insolvencia también a personas físicas.

- Cuando la apertura del procedimiento territorial de insolvencia ha sido solicitada por un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento.

Puede solicitar la apertura de un procedimiento secundario toda persona a quien la ley del Estado miembro en cuyo territorio se solicita le concede legitimación así como el síndico del procedimiento principal a fin de mejorar la eficacia de la unidad del proceso o facilitar un mejor desarrollo descentralizado (art. 28).

Una de las características destacables del sistema adoptado por el reglamento en estudio es la coordinación de los procedimientos. Efectivamente, y con independencia del momento en que se abra el proceso secundario, debe imperar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios. A tal fin es esencial la colaboración entre los síndicos, el intercambio de información y las posibilidades de intervención en procedimientos secundarios paralelos (art. 31).

En definitiva, todo procedimiento secundario debe estar subordinado al principal y ambos deben estar coordinados entre sí. Una figura clave en esta relación de coordinación - subordinación está dada por el síndico.

Esta particular vinculación entre los diversos procedimientos paralelos se manifiesta también cuando existe un excedente del activo del procedimiento secundario. En tales casos, según el art. 35: "Si la liquidación de activos del procedimiento secundario permitiere satisfacer todos los créditos admitidos en dicho procedimiento, el síndico designado en dicho procedimiento remitirá de inmediato el excedente del activo al síndico del procedimiento principal".

Por otra parte, y al admitir la existencia de procedimientos paralelos, el propio Reglamento se hace cargo de una típica disfunción del sistema de la pluralidad: la posibilidad de que un acreedor obtenga satisfacción de su crédito en un proceso pero solicite participar en un nuevo reparto en otro. En efecto, este instrumento faculta a todos los acreedores, con independencia de dónde tengan su domicilio, residencia habitual o sede dentro de la UE, a hacer valer sus derechos sobre el patrimonio del deudor en todos los procedimientos principales y secundarios abiertos. Pero, a fin de proteger la igualdad de condiciones y trato entre todos los acreedores, el reglamento prevé que aquel acreedor sólo participará en la distribución en otro procedimiento cuando los acreedores de su mismo rango o categoría hayan obtenido un dividendo equivalente (considerando 21 y artículo 20.2).

I. Eficacia extraterritorial de los procedimientos de insolvencia

El reglamento, inspirado en el principio de confianza en los jueces europeos (considerando 22), como regla general, en el art. 16 establece el reconocimiento automático y obligatorio para todos los Estados miembros de toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal o secundario desde el mismo momento de la resolución, y el art. 26 dispone la única excepción a dicho reconocimiento: la violación al orden público del Estado requerido, en especial, a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizadas por su Constitución.

El hecho de que el reconocimiento sea automático implica que no está sometido al cumplimiento de ningún tipo de requisito de publicación, ni de inscripción en algún registro o a cualquier otra clase de trámite y por supuesto, no hay necesidad de *exequatur.* Y la calificación de orden público impide el abuso en la utilización de esta excepción general y clásica a la aplicación del derecho extranjero.

Dicho reconocimiento alcanza también a todas las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura debe reconocerse al amparo del art. 16 y al convenio aprobado por dicho tribunal (art. 25.1.I), a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden relación inmediata con éste (art. 25.1 II), y a las resoluciones relativas a las medidas cautelares, adoptadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia (art. 25.1.III).

En definitiva, se consagra en materia de procedimientos de insolvencia, la libre circulación de las decisiones judiciales en el ámbito de la UE.

Asimismo, por el art. 25.2 el reconocimiento y ejecución de las restantes resoluciones se regirán por el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil de 1968 (hoy sustituido por el Reglamento 44/2001 del Consejo del 22 de diciembre de 2000, en vigor desde el 1° de marzo de 2001) "en la medida en que sea aplicable dicho Convenio" y salvo que dichas resoluciones impliquen una limitación de la libertad personal o del secreto postal (art. 25.3) o transgredan el orden público (art. 26).

Por supuesto que los efectos del reconocimiento difieren según se trate de un procedimiento principal o secundario. En el primer caso, el reconocimiento de un procedimiento abierto en donde el deudor tiene su centro de los intereses principales no impide la apertura de otro procedimiento de carácter secundario, es decir donde el deudor tenga un establecimiento. Es más, en tal supuesto no será necesario, probar la situación patrimonial del insolvente. Pero, en caso de que no existan establecimientos

en otros países de la UE o bien que ningún legitimado inste la apertura de un procedimiento secundario, el principal tendrá efectos universales, comprenderá a todos los bienes que el deudor tenga en el territorio de la UE y el síndico podrá desempeñar todas las facultades que le confiere el Reglamento.

Es decir, los efectos atribuidos por la ley del Estado de apertura se extenderán simultáneamente en todos los Estados de la UE que reconozcan el procedimiento principal y el síndico tendrá amplios poderes, siempre que respete la ley del Estado miembro en que actúe, en especial, en lo que concierne a la ejecución de los bienes y mientras no se abra un procedimiento secundario, en cuyo caso, sus poderes cesan respecto de los bienes situados en el Estado de apertura de éste y el síndico local será el único que tendrá facultades sobre ellos.

En caso del reconocimiento de un procedimiento secundario, los efectos son territoriales, no se despliegan más allá de las fronteras del Estado de su apertura, pero no podrán ser recurridos en los demás Estados miembros. Tal reconocimiento solo implica aceptar la validez de su declaración y sus efectos sobre los bienes situados en el Estado miembro donde se abrió el procedimiento secundario.

2. LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o por sus siglas en inglés UNCITRAL) ha elaborado y aprobado por consenso una Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997 y una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados que la adopten. 36 Estados miembros de la Comisión, representantes de 40 Estados en calidad de observadores[216] y 13 organizaciones internacionales, entre ellas INSOL (International Association of Insolvency Practioners o Federación Internacional de Profesionales de Insolvencia), participaron de las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo sobre el derecho de la insolvencia.[217] La Asamblea General de Naciones Unidas la aprobó por resolución 52/158 el 15 de diciembre de 1997.

Se optó por una ley modelo, descartando la posibilidad de celebrar una convención internacional pues tal como lo calificó Berends éste hubiera sido un modelo de "tómalo o déjalo" y existía un serio riesgo de que así nunca entrara en vigor, tal como sucedió con los sucesivos tratados en el marco de la UE, en cambio una ley modelo permitía ganar en rapidez, pues no habría tantas objeciones a su texto, y en flexibilidad.[218]

Recientemente, el 2° de diciembre de 2004 en su 59° período de sesiones, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU), sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/509) recomendó que todos los Estados tengan debidamente en cuenta la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el Régimen de la Insolvencia, aprobada por dicha Comisión en su 37° período de sesiones el 25 de junio de 2004; al evaluar la eficiencia económica de sus respectivos regímenes de la insolvencia y al revisar o promulgar legislación relativa a la insolvencia. En la misma resolución la AGNU recomendó que todos los

[216] Principalmente participaron países de Africa, Asia, y América del Sur. Pocos representantes de Estados europeos estuvieron presentes.

[217] Sobre la Ley Modelo UNCITRAL puede consultarse: Esplugues Mota, Carlos, "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", en *Cuadernos de Derecho y Comercio* N° 27, diciembre de 1998, p. 49 y ss., Rouillon, Adolfo A. N., "Concursos con repercusión transnacional. La Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia transfronteriza", disponible en www.iiiglobal.org, Krings, Ernest, "Unification législative internationale récente en matiere d´insolvabilité et de faillite" disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org, Silverman, Ronald, "Advances in cross-border insolvency cooperation: the UNCITRAL model law on cross-border insolvency", en *ILSA Journal of international and compative law*, Spring, 2000; Leonard, Bruce, "International Bankruptcy Law. The International Year in Review", en *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law*, 2002 Edition.

[218] Berends, Andre J., "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en *Tulante Journal of International and Comparative Law* N° 66, Primavera, 1992, p. 319.

Estados sigan considerando la posibilidad de aplicar la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza.

Este instrumento tomó muy en cuenta los resultados de otras realizaciones, en especial del Convenio de la Unión Europea relativo al procedimiento de insolvencia (1995), el Convenio europeo sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (Estambul, 1990), los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, el Código de Bustamante y Sirvén (La Habana, 1928) y las consideraciones realizadas por organizaciones no gubernamentales como la Model International Insolvency Concordat Act (MIICA), y el Cross Border Insolvency Concordat, elaborados por el "Comité J" de la Sección de derecho empresario de la Asociación Internacional de Abogados.

Por su carácter de ley modelo, estamos en presencia de un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo al derecho interno de su país. Este texto presenta los mismos rasgos que cualquier otro texto legal destinado a ser promulgado por un parlamento y por ende, no se ratifica o adhiere a él como es el caso de un tratado, ni se puede hablar de Estado signatario, ratificante, parte, miembro o expresiones semejantes. En todo caso podríamos aludir al término de Estado adoptante (de la ley modelo).

Otra distinción importante entre este instrumento y una convención internacional radica en que en este último caso por su propia naturaleza existe reciprocidad entre los Estados ratificantes o adherentes, en cambio, la Ley Modelo no exige esta condición. Sin perjuicio de ello, todo Estado que la adopte podrá agregar una disposición especial en la que establezca que la ley sólo será aplicable en caso de reciprocidad de parte del Estado requirente. Una norma semejante incluye el Proyecto argentino por el cual se adoptaría la Ley Modelo, según vimos.

La Ley Modelo respeta las diferencias entre las reglas materiales nacionales sobre insolvencia pues no intenta unificar estas normas, sino que ofrece una serie de soluciones importantes pero limitadas a ciertos aspectos procedimentales de la insolvencia internacional, para ser adoptadas por los Estados como parte integrante de sus respectivas legislaciones nacionales en vigor. Además cada Estado puede modificar o suprimir ciertas disposiciones de la Ley Modelo a fin de adaptar su texto a los sistemas procesales y judiciales nacionales. No obstante, la propia Comisión recomienda a los Estados adoptantes realizar la menor cantidad de cambios posibles a fin de alcanzar la armonización deseada.

Según información obrante en la Secretaría de la CNUDMI se han promulgado leyes basadas en la ley modelo sobre la insolvencia transfronteriza en Eritrea (1999), Japón (2000), México (2000), Sudáfrica (2000), Montenegro (2002), Polonia (2003), Rumania (2003), Islas Vírgenes Británicas (2005) y Estados Unidos de Norteamérica

(2005).[219] Un número importante de Estados, entre ellos la República Argentina, como vimos; Nueva Zelanda, Australia, el Reino Unido, han tomado a la ley modelo como base para proyectos de reforma en la materia.

La ley modelo contiene un preámbulo y se divide en cinco capítulos: I. Disposiciones generales; II. Reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal; III. Regulación del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas otorgables en el país; IV. Principios y formas de cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros; y V. Sistemas de coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto. Analicemos brevemente estas disposiciones.

A. Finalidad

Según el Preámbulo de la Ley Modelo su finalidad es establecer mecanismos eficaces para la resolución de casos de insolvencia transfronteriza, a fin de promover una serie de objetivos: la cooperación entre tribunales, y autoridades competentes de distintos Estados; promover una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones; una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todas las partes interesadas: tanto de los acreedores como del deudor; la protección de los bienes del deudor y la optimización de su valor y facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

B. Ámbito de aplicación material

Según el artículo 1.1 de la Ley Modelo, resulta aplicable a los casos en que:

a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en el Estado que adopte la Ley Modelo en relación con un procedimiento extranjero; o

b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando en el país que adopte la ley modelo con arreglo a las normas de derecho interno de aquél relativas a la insolvencia; o

c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en el país que adopte la ley modelo con arreglo a las normas de derecho interno de aquél relativas a la insolvencia; o

d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un

[219] Cfr http://www.uncitral.org (página consultada en julio de 2005).

procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la legislación sobre insolvencia del país que adopte la Ley Modelo.

El campo de aplicación de la Ley Modelo comprende a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor ya sean judiciales o administrativos, aún de índole provisional, y en virtud de los cuales los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación (art. 2.a). Tal como afirma Rouillon, desde un país que adoptase la Ley Modelo, nuestra quiebra y nuestro concurso preventivo serían considerados "procedimientos extranjeros" a los efectos de esta ley, mientras que nuestro acuerdo preventivo extrajudicial probablemente no entraría en esta categoría ya que los bienes y negocios del deudor no están sujetos a control o supervisión de un tribunal.[220]

En consecuencia, entran en su ámbito de aplicación tanto los procedimientos colectivos obligatorios como voluntarios, destinados a personas físicas, y/o jurídicas, comerciantes o no comerciantes, tanto tenga por fin la liquidación como la reorganización y ya sea que el deudor conserve sus poderes sobre sus bienes o ya sea desapoderado de ellos.

Admite la previsión de excepciones: sugiere a las entidades bancarias y de seguros (art 1.2), las que podrán quedar sujetas a un régimen especial previsto en la legislación del Estado adoptante.

C. Obligaciones internacionales del estado

La Ley Modelo prevé que en caso de conflicto entre la ley adoptada y un tratado internacional, prevalecen las disposiciones de éste último (art. 3). Es decir, que si la República Argentina adoptara la Ley Modelo, su aplicación estaría subordinada a la inexistencia de acuerdos internacionales en materia de insolvencia, tales como los Tratados de Montevideo o cualquier otro que se celebre en el futuro, incluso en el ámbito del MERCOSUR. Por otra parte, la regla jerárquica que consagra la Ley Modelo coincide con lo dispuesto por nuestro art. 4° de la Ley 24.522 así como por la Constitución Nacional en el art. 75 incs. 22 y 24.

D. SISTEMA ADOPTADO: PROCEDIMIENTOS PRINCIPALES Y NO PRINCIPALES.

[220] Rouillon, Adolfo A. N., "Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia transfronteriza", en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV, segunda época, N° 38, noviembre 2000. También disponible en www.iiiglobal.org.

La Ley Modelo adopta un sistema muy similar al que implementa el Reglamento (CE) N° 1346/2000 del 29 de mayo de 2000, y que, por ende también podríamos calificar de intermedio o mixto, ya que prevé la coexistencia de un procedimiento principal y procedimientos no principales.

El procedimiento principal tiene alcance universal y efectos extraterritoriales, pero se pueden incoar procedimientos no principales, paralelos, territoriales, locales en los Estados en donde haya bienes del deudor.[221]

La Ley modelo define al procedimiento extranjero principal como aquél que se siga en el Estado donde el deudor tenga el “centro de sus intereses principales” (art. 2.b). El art. 16, párrafo 3 establece que se presume *iuris tantum* que en el caso de las personas jurídicas es el lugar de su domicilio social y en el de las personas naturales es su residencia habitual. Por "procedimiento extranjero no principal" se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento (art. 2.c) que es definido por el mismo art. 2 inc. f como todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios.

Se presume, salvo prueba en contrario, que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituye prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de apertura de un procedimiento no principal (art. 31).

Los procedimientos que se desarrollen paralelamente deben estar coordinados (arts. 28, 29 y 30).

A fin de resguardar la regla de la paridad en los dividendos el art. 32 establece que: sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a la legislación interna sobre insolvencia respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor. Esta norma tiende a salvar uno de los perjuicios de la pluralidad de procedimientos abiertos.

[221] Todo Estado que adopte la Ley Modelo podrá limitar la apertura de procedimientos no principales a la existencia de un establecimiento. De este modo, se reduciría el número de procedimientos paralelos.

Con la misma finalidad, la ley modelo que analizamos establece que cuando exista un sobrante en un procedimiento local no principal deberá transferirse al procedimiento principal.

E. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del estado

Todo representante extranjero[222] está legitimado para comparecer directamente ante un tribunal del Estado que adopta la ley modelo. Precisamente uno de los objetivos principales de ella es brindar a los representantes extranjeros acceso directo y rápido a los tribunales del Estado adoptante (arts. 9 a 12). De tal modo, se evitan las comisiones rogatorias y toda clase de comunicaciones diplomáticas o consulares lentas y pesadas. Sin embargo, la presentación del representante extranjero ante el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo no supone la sumisión de éste, ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales locales para efecto alguno que sea distinto de la solicitud (art. 10).

En el art. 11 la Ley Modelo confiere al representante extranjero legitimación para solicitar la apertura de un procedimiento local de insolvencia siempre que se cumplan las condiciones exigidas en el derecho interno para aquélla, y el art. 12 le concede la facultad, luego del reconocimiento local del procedimiento extranjero, de participar en todo procedimiento abierto respecto del mismo deudor con arreglo al derecho interno de insolvencia del Estado adoptante.

Los arts. 13 y 14 se ocupan del acceso de los acreedores extranjeros a los procedimientos del país adoptante de la ley modelo. Como principio general los acreedores extranjeros gozan de los mismos derechos que los acreedores nacionales, respeto de la apertura y de la participación en un procedimiento abierto en el Estado adoptante de la ley modelo (art. 13). Este instrumento no califica a ninguna de estas clases de acreedores, sino que lo deja librado al derecho interno nacional.

El segundo párrafo del art. 13 resguarda el orden de prelación de los créditos que quedan sometidos, como indica la regla tradicional, a la *lex fori.* Y a renglón seguido dispone que no se asignará a los créditos extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes o quirografarios locales, salvo el caso en que el crédito extranjero fuera equivalente a un crédito local que tuviese rango inferior a un quirografario, supuesto en el que se asignaría al crédito extranjero este último rango

[222] Por "representante extranjero" se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la

subordinado. Tal como señala Rouillon, esta postergación en el cobro no responde a la mera circunstancia de ser crédito foráneo sino porque aún siendo local, le hubiese correspondido prelación inferior a los créditos comunes.

Finalmente el art. 14 dispone la obligación de cursar a los acreedores conocidos que no tengan domicilio en el Estado adoptante de la ley modelo las mismas notificaciones de los procesos concursales que deban cursarse a los acreedores domiciliados en este Estado. Además elimina todo tipo de formalidades y se especifican contenidos mínimos para tales notificaciones.

F. Reconocimiento de un procedimiento extranjero

Si bien el reconocimiento no es automático pues exige un procedimiento al efecto, se prevén en el art. 16 presunciones que agilizan el mismo. El representante extranjero es quien podrá solicitar ante el tribunal el reconocimiento del procedimiento extranjero en el que haya sido nombrado y se prevén una serie de requisitos que debe cumplir tal solicitud (art. 15). Puede negarse el reconocimiento solamente en caso de manifiesta violación al orden público (art. 6). Hasta tanto se resuelva la solicitud de reconocimiento, el representante extranjero podrá solicitar que el tribunal disponga medidas provisionales cuando sean necesarias y urgentes para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores (art. 19).

Son diferentes los efectos del reconocimiento según se trate de un procedimiento principal o no principal

Si se trata de un procedimiento principal, el art. 20. 1 dispone que:

a) Se paralizará la iniciación o la continuación de todas las acciones o procedimientos individuales que se tramiten respecto de los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

b) Se paralizará asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor; y

c) Se suspenderá todo derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de algún otro modo de esos bienes.

Esta suspensión es imperativa ya que deviene como consecuencia automática, inmediata del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal. Todas estas medidas transitorias previstas tienden a prevenir el fraude y a proteger los legítimos intereses de los acreedores hasta tanto el tribunal evalúe la situación y tome las medidas pertinentes, modificando o retirando aquéllas.

Sin embargo, el art. 20.2 prevé la posibilidad de que el Estado adoptante limite o restrinja el alcance de tales medidas y sus efectos de paralización y suspensión. Por

---

reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero (art. 2.d).

ende, si un país que adopta la ley modelo introduce numerosas excepciones al art. 20.1, dejará la calificación de procedimiento principal en un lugar menor y es probable que se pierda en eficacia.[223]

Además de estas medidas de suspensión imperativa, la Ley Modelo autoriza al tribunal a disponer medidas discrecionales en todo procedimiento, ya sea principal o no. Según el art. 21.1 desde el reconocimiento de un procedimiento extranjero, ya sea principal o no principal, de ser necesario para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, *el tribunal podrá*, *a instancia del representante extranjero,* otorgar toda medida apropiada, entre ellas de modo no taxativo menciona las siguientes:

a) Paralizar la iniciación o la continuación de acciones o procedimientos individuales relativos a los bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor, en cuanto no se hayan paralizado con arreglo al inciso a) del párrafo 1 del artículo 20;

b) Paralizar asimismo toda medida de ejecución contra los bienes del deudor, en cuanto no se haya paralizado con arreglo al inciso b) del párrafo 1 del artículo 20;

c) Suspender el ejercicio del derecho a transmitir o gravar los bienes del deudor, así como a disponer de esos bienes de algún otro modo, en cuanto no se haya suspendido ese derecho con arreglo al artículo 20;

d) Disponer el examen de testigos, la presentación de pruebas o el suministro de información respecto de los bienes, negocios, derechos, obligaciones o responsabilidades del deudor;

e) Encomendar al representante extranjero, o a alguna otra persona nombrada por el tribunal, la administración o la realización de todos o de parte de los bienes del deudor, que se encuentren en el territorio de este Estado;

f) Prorrogar toda medida cautelar otorgada con arreglo al párrafo 1 del artículo 19.

Tal como se puede apreciar estas medidas en un procedimiento no principal no operan automáticamente, por el reconocimiento mismo, sino que deben ser expresamente decididas por un tribunal judicial y a instancia del representante extranjero.

G. Cooperación internacional

Se prevé la cooperación y comunicación directa entre tribunales y representantes extranjeros. En efecto, la Ley Modelo llena las lagunas que la mayoría de las leyes nacionales tienen en lo que concierne a la cooperación en materia de

[223] Cfr. Morales de Setién Ravina, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista*

insolvencia internacional. En un análisis comparativo con otras de las realizaciones más recientes en esta materia, se ha afirmado que el texto de la ley modelo es el más preciso en cuanto a poner de relieve el destacado papel de la colaboración internacional entre las distintas jurisdicciones comprometidas en un caso de insolvencia transfronteriza.[224]

Este deber de cooperación es considerado clave en el andamiaje de la Ley Modelo a fin de concretar su finalidad: "establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza", según reza el Preámbulo.

La Ley Modelo enumera una serie de formas de cooperación no taxativas, que los legisladores nacionales pueden ampliar (art. 27). La Comisión aconseja que esta lista sea simplemente enumerativa de modo que los tribunales puedan adaptar tales medidas a los casos concretos. Algunas de las formas de cooperación expresamente detalladas son:

a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;

b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;

c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;

d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;

e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor.

Tal como hemos podido observar las disposiciones y el sistema de regulación de las insolvencias transfronterizas es muy similar en la Ley Modelo UNCITRAL de 1997 y en el Reglamento (CE) N° 1346 de la UE. Por ello, veamos un análisis paralelo de ambos instrumentos en el siguiente cuadro comparativo.

---

de Derecho Privado N° 23, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 54.

[224] Krings, Ernest, "Unification législative internationale récente en matiere d´insolvabilité et de faillite", disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org.

Cuadro X.1: Comparación entre el Reglamento (CE) 1346/2000 y la Ley Modelo UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza.

	REGLAMENTO (CE)1346/2000	LEY MODELO UNCITRAL
Naturaleza del instrumento. Implicancias	Se trata de una norma de derecho derivado inmediatamente aplicable. Tiene efecto directo vertical y horizontal.	Es un arquetipo normativo recomendado para que sirva de modelo a la hora de legislar sobre procedimientos de insolvencia internacional. Los Estados puede adoptarla, pero no ratificarla ya que no se trata de un tratado. Cuando un Estado incorpora el texto de la ley modelo en su sistema jurídico puede modificar o suprimir disposiciones aunque ello no es aconsejable a fin de alcanzar la armonización legislativa.
Ámbito de aplicación material	El Artículo 1 determina que el Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico. El deudor puede ser persona física o jurídica, comerciante o no comerciante. Expresamente se establece que el reglamento no se aplicará a los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros y a las entidades de crédito, ni a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, ni a los organismos de inversión colectiva.	El art. 2° califica procedimiento extranjero, al que se le aplicará la ley modelo de ser adoptada, como aquel procedimiento colectivo , judicial o administrativo , aún de índole provisional , que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley de insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación. En especial el Artículo 1 dispone que la ley será aplicable a los casos en que: a) Un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia en el Estado que adopte la Ley Modelo en relación con un procedimiento extranjero; o b) Se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando en el país que adopte la Ley Modelo con arreglo a las normas de derecho interno de éste relativas a insolvencia, o c) Se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento en el Estado que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas de derecho interno de éste relativas a la insolvencia; o d) Los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo a la legislación sobre insolvencia del país que adopte la Ley Modelo. En la 2ª parte, el art. 1° contempla la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación a todas las clases de entidades sometidas en el Estado que adopte la Ley Modelo a un régimen especial de la insolvencia, tales como sociedades bancarias y de seguros.
Definiciones	El art. 2° contiene una serie de calificaciones autárquicas referentes a: procedimiento de insolvencia, síndico, procedimiento de liquidación, tribunal, decisión, momento de apertura de un procedimiento, Estado miembro en que se encuentre un bien (material, registrable, créditos), establecimiento.	El art. 2° define: procedimiento extranjero, procedimiento extranjero principal, procedimiento extranjero no principal, representante extranjero, tribunal extranjero, establecimiento.
Competencia internacional	Adopta como criterio de competencia judicial internacional en material concursal el "centro de los intereses principales del deudor" (art. 3°). Según el considerando 13 éste debe corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por ende, pueda ser	Adopta como criterio de competencia judicial internacional en material concursal el "centro de los intereses principales del deudor"(art. 2 b). El art. 4° posibilita al Estado que la adopte que indique quién o quiénes será/n el/los tribunal/es u otra autoridad competentes para

	averiguado por terceros. Se presume *iuris tantum* que el centro de los intereses principales de las personas jurídicas es el lugar de su domicilio social.	ejercer las funciones a las que se refiere la ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros.
Procedimiento principal	El procedimiento iniciado en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus intereses principales (art. 3.1) tiene carácter universal: abarca todos los bienes del deudor, independientemente de donde se radiquen (efectos extraterritoriales).	Es el procedimiento extranjero que se sigue en el Estado donde el deudor tiene el centro de sus principales intereses (art. 2 b). El art 31 establece una presunción *iuris tantum* de insolvencia basada en el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal, no siendo necesario, entonces, probar el estado de insolvencia para iniciar un procedimiento secundario. (efectos extraterritoriales).
Posibilidad de iniciar procedimientos secundarios	Podrán ser iniciados procedimientos paralelos al procedimiento principal ante los tribunales de los países miembros de la UE en los que se radique un establecimiento del deudor y sus efectos se limitan a los bienes del mismo situados en el territorio de dicho Estado. En principio, son procedimientos de liquidación posteriores a la apertura del procedimiento principal. Con anterioridad al mismo, sólo pueden abrirse estos procedimientos territoriales de insolvencia en los casos establecidos por el art. 4 a y b.	Un procedimiento no principal es un procedimiento extranjero que no sea un procedimiento principal, que se sigue en un Estado donde el deudor tiene un establecimiento (art. 2 c). Los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes del deudor que se encuentren en ese Estado (art. 28) .
Ley aplicable Excepciones	El art. 4.1 establece que la ley aplicable es la ley de Estado miembro de iniciación del procedimiento de insolvencia (Estado de apertura), tanto principal como secundario. Esta ley determina todas las condiciones de apertura, desarrollo, y terminación del procedimiento. El art. 28, asimismo, determina que la ley aplicable al procedimiento secundario es la del Estado en cuyo territorio de haya abierto. Las excepciones se refieren a: derechos reales de terceros (art. 5), compensación (art. 6), reserva de propiedad (art. 7), contratos sobre bienes inmuebles (art. 8), sistemas de pago y mercados financieros (art. 9), contrato de trabajo (art. 10), efectos sobre derechos sometidos a registro (art. 11), protección de terceros adquirentes (art. 14) y procedimientos en curso (art. 15).	No contiene normas específicas sobre ley aplicable a procedimientos de insolvencia internacional.
Reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero	Reconocimiento automático y obligatorio de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por un tribunal competente de un Estado miembro en los restantes países miembros. (art. 16). La única excepción que permite a un Estado negarse a reconocer o a ejecutar un procedimiento abierto en otra Estado está dada por la violación al orden público (art. 26). Este reconocimiento automático se amplía por el art. 25 a otras resoluciones distintas de la apertura del procedimiento. Las resoluciones no mencionadas en este art. para su reconocimiento y ejecución se regirán por el Convenio de Bruselas de 1968. Los arts. 17 y ss. regulan los efectos derivados del reconocimiento.	El reconocimiento no es automático. Los arts. 15 y 17 establecen los requisitos que debe cumplir la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero. El art. 19 regula la posibilidad de otorgar medidas provisionales desde la presentación de una solicitud de reconocimiento y hasta su resolución, cuando fuere necesario y urgente para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores.El art. 20 establece los efectos del reconocimiento de un procedimiento extranjero principal. El art. 21 dispone las medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero. El art. 6 permite que el tribunal se niegue a reconocer cualquier resolución o medida que sea contraria al orden público del Estado adoptante de la Ley Modelo.
Cooperación Internacional	Diversas normas muestran el alto grado de coordinación entre el procedimiento principal y los procedimientos secundarios a fin de lograr una liquidación lo más unitaria posible del patrimonio del deudor. Se pueden mencionar en tal sentido: el art. 29 sobre las personas legitimadas para iniciar los procedimientos secundarios, que incluye al	Es un objetivo primordial de la Ley Modelo "la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de los estados que intervengan en casos de insolvencias transfronterizas" (preámbulo). Para ello el tribunal local está facultado para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar

	síndico del procedimiento principal; el art. 31 sobre cooperación entre el síndico del procedimiento principal y los síndicos de los procedimientos secundarios; el art. 32 sobre ejercicio de los derechos de los acreedores; el art. 33 y 34 sobre suspensión de la liquidación en los procedimientos secundarios a pedido del síndico del concurso principal; el art. 35 sobre terminación del procedimiento de insolvencia secundario con la exigencia de remitir el excedente del activo al síndico del procedimiento principal.	información o asistencia directa de los mismos. También los órganos del concurso local en ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal están facultados para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros (art. 25 y 26). El art. 27 dispone que esta cooperación podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado y menciona algunos en particular. Asimismo, el art. 29 establece la coordinación entre un procedimiento local y uno extranjero y el art. 30 la coordinación de varios procedimientos extranjeros.

3. LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

En las últimas décadas, algunos países han sancionado Leyes o Códigos de Derecho Internacional Privado, que tienden a sistematizar esta disciplina en un cuerpo armónico y unificado de normas. Aludimos, entre otras realizaciones a la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, a la Ley Australiana de Elección del Derecho Aplicable de 1992, la Ley de Reforma Italiana del Sistema de Derecho Internacional Privado de 1995, la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado de 1998, y el Código Belga de Derecho Internacional Privado de 2004.[225]

Por cierto, no todas estas obras se ocupan de la insolvencia internacional. Así, ni la ley venezolana, ni la italiana y tampoco la australiana se dedican a la regulación del tema.

En cambio, la Ley Suiza de 1987 en el capítulo undécimo (arts. 166 a 175) incluye disposiciones específicas sobre la cuestión que tratamos.

En efecto, en síntesis, esta normativa dispone:

- Los requisitos para el reconocimiento de una decisión extranjera en materia de insolvencia internacional: 1) que sea ejecutable, o sea que ya no sea susceptible de recurso alguno; 2) que no sea contraria al orden público suizo, 3) que se trate de una decisión que haya sido dictada en el lugar del domicilio del deudor.
- Legitima al síndico, como representante del deudor y de la masa para solicitar el reconocimiento de una decisión extranjera en territorio suizo.
- A partir de la solicitud de reconocimiento, el tribunal a instancia de parte interesada podrá ordenar medidas de conservación.
- El reconocimiento del procedimiento en el extranjero tendrá como resultado inmediato la apertura de un procedimiento local, paralelo, y accesorio, que estará coordinado con el principal.
- Dicho reconocimiento se encuentra condicionado a la existencia de reciprocidad y sólo beneficia a algunos acreedores que tienen garantías o poseen domicilio en Suiza.

[225] El análisis de algunas de estas obras codificadoras puede consultarse en Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, "La ley de Derecho Internacional Privado de la República Argentina: mito o realidad? ", en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.* Mayo de 1999; “El Proyecto Argentino en materia de Derecho Internacional Privado: Reforma a la Italiana?. Disponible en http://www.diritoitalia.it.. Publicado el 7 de diciembre de 2000; “La Ley de Derecho Internacional Privado y el Proyecto del Reforma Argentino: un abrazo intercontinental?, en Parra-Aranguren, Fernando (dir.). *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Parra-Aranguren.* República Bolivariana de Venezuela. Colección Libro Homenaje N°1. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen tercero. Sección Derecho Comparado, Editor Fernando Parra-Aranguren, Venezuela, 2001, ps. 21 a 57.

Por su parte, el Código Belga, aprobado por ley del 16 de julio de 2004,[226] es decir, con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento N° 1346 de la UE, regula los procedimientos de insolvencia internacional en el Capitulo XI (arts. 116 a 121). Las soluciones adoptadas son, en resumen, las siguientes:

- Se aplica a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor, tales como el procedimiento de quiebra, el procedimiento de concordato judicial y el reglamento colectivo de deudas.
- A los efectos de este Código, aún cuando el Reglamento 1346/2000 de la UE no resulte aplicable, sus disposiciones se aplicarán por analogía.
- Los Tribunales belgas serán solamente competentes en los casos previstos por el Reglamento de la UE. Se presume, salvo prueba en contrario que el centro de los intereses principales de las sociedades y en general de las personas morales es el lugar del establecimiento principal.
- El reconocimiento de un procedimiento principal extranjero, no afecta la competencia de los tribunales belgas para abrir un procedimiento secundario en los términos del Reglamento 1346/2000.
- Se remite en cuanto a la ley aplicable al procedimiento de insolvencia, a lo dispuesto por la normativa comunitaria, aún cuando ella no resulte aplicable.
- El representante del procedimiento principal o del territorial abierto en jurisdicción belga debe cooperar e intercambiar información con el del procedimiento territorial o principal abierto en un Estado en el que el Reglamento no resulte aplicable, siempre que dicho Estado tenga una organización de cooperación o intercambio de información equivalente.

A todas luces, se puede apreciar que las disposiciones del Código Belga en materia de insolvencia transfronteriza son plenamente concordantes con las adoptadas por el Reglamento a nivel comunitario. Ello, en efecto, no podría ser de otra manera en los casos que caen bajo el ámbito de aplicación de la normativa de la UE por el principio de supremacía del derecho comunitario. De hecho, así lo dispone expresamente el art. 2° del Código. Por otra parte, es loable que el legislador belga haya procurado una deseable armonización legislativa también respecto de aquellos casos en que su derecho de fuente interna resulta aplicable.

Analizadas las disposiciones de fuente interna como convencional de Derecho Argentino así como las de algunos de los más importantes y modernos marcos

[226] El Código Belga entró en vigor el 1° de octubre de 2004, según su art. 140 (salvo en materia de adopción).

normativos en materia de insolvencia transfronteriza, nos dedicaremos en el próximo capítulo a la armonización legislativa en esta delicada área en el MERCOSUR.

XI. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA E INSOLVENCIA INTERNACIONAL: EL CASO DEL MERCOSUR

XI. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA E INSOLVENCIA INTERNACIONAL: EL CASO DEL MERCOSUR

Ya hemos analizado la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados partes del MERCOSUR en ciertas áreas pertinentes, entre ellas la insolvencia transfronteriza, así como las dificultades para que ello se lleve a cabo.

Observemos ahora cuál es la situación concreta en esta materia en nuestra región.

1. LA NORMATIVA EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL DE FUENTE INTERNA EN LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

A. Argentina

Nos remitimos en lo que concierne al régimen en materia de insolvencia internacional de fuente interna de la República Argentina a lo expuesto en el Capítulo VIII.

B. Brasil

En la actualidad, los procedimientos de insolvencia en la República Federativa de Brasil están regulados por la Ley 11.101 del 9 de febrero de 2005,[227] que sustituye al decreto ley 7.661 de 1945, cuya principal innovación es la inclusión de regímenes de recuperación judicial y extrajudicial a fin de estimular la rehabilitación empresarial y evitar la liquidación automática de toda compañía en crisis, que atraviesa por dificultades momentáneas.

Esta legislación comprende exclusivamente a los empresarios y a las empresas o sociedades empresarias. Es decir, que los no comerciantes no caen bajo su ámbito de aplicación personal, sino que se deben someter al proceso de insolvencia civil contemplado en los arts. 748 a 786 de la Ley N° 5.860 del 11 de enero de 1973 (CPC).

También están excluidas de la legislación concursal brasileña la empresa pública y las sociedades mixtas, las instituciones financieras públicas y privadas, las cooperativas de crédito, los consorcios, las AFJP, las sociedades operadoras de

sistemas de salud, las aseguradoras, las sociedades de capitalización y otras entidades equiparables por ley a las mencionadas (art. 2).

Según el art. 3° el principal criterio atributivo de competencia adoptado es el del domicilio. En consecuencia, si el deudor tiene su principal establecimiento en Brasil, los tribunales nacionales tendrán jurisdicción internacional. También tendrán competencia los jueces locales si en el territorio brasileño se encuentra instalada una filial, sucursal, agencia o establecimiento del comerciante o de la sociedad mercantil, es decir, una representación permanente de una persona jurídica constituida en el extranjero, autorizada para funcionar en la República.

El juez competente conocerá de todas las causas que versen sobre reclamaciones acerca de los bienes, intereses y negocios de la masa fallida (art. 76). En principio, entonces, el juicio de quiebra de índole interna (sin elementos de internacionalidad) es universal.

La normativa concursal vigente en Brasil no contiene una disposición análoga al art. 4° de nuestra ley de concursos y quiebras que contemple los efectos de un procedimiento de insolvencia declarado en el extranjero. Tampoco regula los derechos de los acreedores extranjeros ni consagra una categoría, rango o postergación en el pago particular para los créditos extranjeros. En definitiva, no distingue entre acreedores locales o extranjeros, y a lo largo de su texto alude a "cualquier acreedor" o a "todos los acreedores". No establece por tanto ninguna clase de condición o regla de reciprocidad. No prevé tampoco la posibilidad de procedimientos de insolvencia paralelos, simultáneos en diversos Estados. Por ende, no contempla la regla del último párrafo de nuestro art. 4° LCQ sobre paridad en los dividendos.

En consecuencia, se puede afirmar que la legislación brasileña no contiene ninguna norma específica sobre quiebras internacionales. En efecto, tal como destaca Augusto Jaeger Junior, "Com relação às empresas estrangeiras, o projeto não traz nehuma novidade (...) o aspecto mais destacado é a sua extrema territorialidade, é dizer, inexiste um sistema especifico e claro de procedimentos falimentares". Y prosigue, tanto la ley derogada como la nueva normativa en vigor "fazem abstração da realidade internacional, esquecedendo que o comercio é a cada dia más globalizado. A normativa também é lacunosa em relação a credores e síndicos estrangeiros". Finalmente, el autor llega a una contundente conclusión: "Infelizmente o legislador

[227] La ley vigente sufrió antes de su sanción múltiples enmiendas a lo largo de diez años puesto que el Proyecto de ley fue presentado en 1993 (Proyecto de Ley N° 4376-B/1993).

perdeu a oportunidade de colocar o direito falimentar brasileiro à altura dos novos tempos".[228]

Es importante destacar que ni el Código de Procedimientos en vigor desde 1973 ni el reglamento interno del Tribunal Federal contienen disposición alguna sobre las sentencias extranjeras sobre procedimientos concursales.[229] Sin embargo, en términos generales, dispone que las sentencias extranjeras no podrán tener en Brasil más efectos de los que tendrían en su país de origen y no podrán ser contrarias a las leyes brasileñas. Asimismo, los arts. 102 y 109 de la Constitución de 1988 establecen que la sentencia extranjera no podrá ser homologada si ofende la soberanía nacional, el orden público, las buenas costumbres, y si no cumple con determinados requisitos tales como ser decretada por juez competente, haber citado debidamente a las partes interesadas y estar revestida de todas las formalidades legales con autenticación por cónsul brasileño y traducción oficial.[230]

En síntesis, tal como afirma la Dra. María Elsa Uzal, podemos decir que debe distinguirse entre los efectos de la quiebra declarada en Brasil y la atribución de efectos en Brasil a las consecuencias de la quiebra abierta en el extranjero. La falencia declarada en Brasil queda íntegramente regida por la *lex fori*, mientras que las consecuencias que puedan ser atribuidas en jurisdicciones extranjeras, evidentemente, dependerán de cada jurisdicción. En lo que respecta a las

---

[228] Cfr. Jaeger Junior, Augusto, "Aspectos legais da nova lei de falências brasileira" en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, ps. 653 a 670.

[229] Un sector muy importante de la doctrina entiende que ante la laguna que deja el Código de Procedimientos Civiles de 1973, las normas del Código de 1939 continuarían vigentes. Según este último, la sentencia de falencia en el extranjero no podía incidir sobre el comerciante domiciliado en Brasil y a su respecto debía estarse a la legislación local, restringiéndose, por lo tanto, los efectos de la quiebra extranacional al territorio en el que se declaró.

[230] El reconocimiento de una sentencia extranjera proveniente de Brasil vinculada a un proceso de quiebra fue tratado en el caso Panair do Brasil S.A. (exhorto) fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, sentencia confirmada el 5 de julio de 1972 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se resolvió una cuestión relativa a la actividad extraterritorial de la sindicatura designada en la quiebra de Panair do Brasil, declarada por tribunales brasileños. La Cámara decidió desconocer efectos a la quiebra pues consideró que: las excepciones al cumplimiento del exhorto deben ser juzgadas por las normas del art. 517 del CPCC; para el cumplimiento de la rogatoria es requisito esencial que el tribunal del cual emana tenga jurisdicción internacional para dictar la resolución base del pedido de auxilio al juez argentino (inc. 1° art. 517 CPCC); la norma de jurisdicción internacional argentina debe ser deducida de la norma nacional de derecho aplicable a la quiebra (el art. 7° de la ley 11.719 entonces vigente), esta norma adjudica jurisdicción exclusiva al juez argentino en materia de quiebra internacional; el tribunal brasileño carece de jurisdicción internacional propia en la quiebra con contacto argentino; por ende, se debe denegar el cumplimiento del exhorto proveniente de un tribunal carente de jurisdicción internacional para dictar la resolución de la rogatoria. Puede consultarse el texto completo del fallo en *ED* 70 - 387 (1ª y 2ª instancia) y en *LL* 148-68 (CSJN). Véase el análisis de Rodríguez, Mónica S, "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 391 a 402.

consecuencias de la quiebra declarada en el extranjero, que aparece como proceso principal en caso de que el deudor tenga establecimientos o bienes en Brasil, debe señalarse que desde 1878 con ciertas limitaciones siempre se ha atribuido efectos a las consecuencias de la quiebra declarada en el extranjero.[231]

C. Paraguay

La materia concursal en Paraguay se encuentra regulada en la Ley de Concursos y Quiebras N° 154 del 1° de diciembre de 1969.

Comprende tanto a personas físicas como de existencia ideal, comerciantes o no comerciantes.

Según el art. 176 el juez competente es el de primera instancia de la justicia común del lugar donde el deudor tuviere negocio, su sede social o su domicilio. Y en caso de no tener establecimiento o no poder determinarse el lugar del asiento principal de sus negocios, será competente el juez de su domicilio real o legal.

En lo que respecta a las quiebras internacionales, el art. 8° de la ley de quiebras de Paraguay dispone que: "La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede ser invocada contra los acreedores que el fallido tenga en la República ni para disputarles derechos que pretendan tener sobre los bienes existentes dentro del territorio nacional, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los tribunales de la República, no se tendrán en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un remanente".

Tal como podemos apreciar en la legislación paraguaya ni siquiera se le reconocen efectos a la quiebra declarada en el extranjero como causal para la apertura en el país sin necesidad de probar el hecho generador del concurso o presupuesto objetivo.

Consagra, con idéntico criterio al adoptado por nuestro país, las denominadas preferencias nacionales.

La ley de Paraguay, en cambio, y a diferencia de nuestra normativa local no exige probar condiciones de reciprocidad a los acreedores extranjeros ni se refiere a la

[231] Cfr. Uzal, María Elsa, "Panorama de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del artículo 4° de la ley 24.522", en *ED* 172-911.

paridad en los dividendos en términos similares a los del art. 4°, último párrafo de la Ley 24. 522.

D. Uruguay

En la República Oriental del Uruguay, la materia concursal se encuentra regulada por el Código de Comercio de 1866 cuyo objetivo, respondiendo a la época, es la liquidación total del patrimonio del fallido y la distribución de su producido entre los acreedores a prorrata. En consecuencia, no comprende ningún tipo de procedimiento de rehabilitación, reorganización, salvataje u otros mecanismos que tiendan a la conservación de la empresa en crisis.[232]

Por otra parte, el Código de Comercio uruguayo, evidentemente regula a los comerciantes y a las sociedades comerciales (art. 1523). En cuanto a las sociedades anónimas, la ley 2.230 de 1893 prevé la liquidación judicial. Y finalmente, el Código General del Proceso Civil se ocupa de los concursos civiles.

Desde la sanción de la Ley 17.292 de 2001, que creó dos Juzgados de concursos en Montevideo, Uruguay posee una jurisdicción especializada en materia concursal. En cambio, en el interior del país, el juez competente es el del lugar del establecimiento principal del deudor.

En torno, a las quiebras internacionales, el art. 1577 del Código de Comercio establece que: "La declaración de quiebra pronunciada en país extranjero no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, ni para disputarles sus derechos sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que hayan celebrado con el fallido.

Declarada también la quiebra por los Tribunales de la República, no se tendrá en consideración a los acreedores que pertenezcan al concurso formado en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resultase un sobrante".

Por lo tanto, el régimen internacional de la insolvencia en Uruguay, a semejanza del sistema paraguayo, no reconoce ningún efecto a la declaración de quiebra en el extranjero, ni siquiera como causal de apertura en el país. En

[232] Sin embargo, el Poder Legislativo se encuentra considerando un proyecto de ley que, en el marco de "despojar a los procedimientos concursales de toda connotación retributiva contra el deudor fallido", supone ampliar la gama de soluciones para incluir acuerdos entre el deudor y sus acreedores tendientes a preservar el valor de las empresas y organización en marcha que se perdería en la liquidación. Cfr. Olivera García, Ricardo "Uruguay: Sistemas de Insolvencia y Derechos de los Acreedores". Presentado en el Foro de Insolvencia Latino Americano del Banco Mundial, celebrado el 8 de junio de 2004 en Río de Janeiro, Brasil.

consecuencia, en todos los casos, será necesario probar el estado de cesación de pagos para abrir un procedimiento local (art. 1572).

Asimismo, en similares términos a la ley argentina, se consagran las preferencias nacionales cuyo efecto consiste en postergar el cobro de los acreedores que ya pertenezcan a un concurso abierto en el extranjero.[233]

E. Estados Asociados

Bolivia se ocupa del concurso preventivo y de la quiebra en el Código de Comercio (Decreto Ley N° 14.379). En su art. 1489 dispone que "La declaración del estado de quiebra de un comerciante o sociedad extranjera es causa para la apertura del procedimiento en la República..." y que "el crédito del acreedor que deba hacerse efectivo en Bolivia "tendrá primacía con relación a los créditos que deban pagarse en el extranjero".

Por tanto, la legislación boliviana reconoce efectos limitados a la declaración de un procedimiento en el extranjero, en similar inteligencia a la de nuestra legislación. Sin embargo, se distingue de ella en cuanto consagra las preferencias nacionales frente a todo acreedor foráneo, sin distinguir según pertenezca o no a un concurso formado en el extranjero.

Por otra parte, el art. 1492 establece que será competente en el procedimiento de quiebra y concurso preventivo el juez del partido en lo civil en cuya jurisdicción se encuentre el establecimiento principal, o en su defecto, el del domicilio del comerciante. Y en caso de quiebra de una sucursal de sociedad extranjera, será juez

[233] Existe en trámite parlamentario un proyecto de reforma de la Ley Concursal, del Dr. Ricardo Olivera García, que en cuanto al "régimen internacional del concurso" (art. 19) prevé en líneas generales:

- La primacía de los tratados internacionales en la materia.
- La jurisdicción uruguaya cuando el domicilio o el centro efectivo de actividad del deudor se encuentre en territorio uruguayo o cuando tenga o haya tenido una oficina, un establecimiento o una explotación en territorio uruguayo.
- La universalidad del concurso declarado en Uruguay, salvo que se hubiera declarado un concurso o quiebra del deudor en otro Estado, en cuyo caso, el concurso local incluirá en su masa activa el remanente de los bienes o derechos resultantes, luego de concluido dicho procedimiento.
- Igualdad de tratamiento de los acreedores locales y extranjeros, salvo los créditos de privilegio general, que tendrán preferencia para cobrarse sobre bienes ubicados en el territorio nacional.
- Reconocimiento de la declaración de concurso o quiebra en el extranjero en Uruguay siempre que haya sido dictada por el juez del domicilio del deudor, la declaración haya quedado firme, el deudor haya tenido oportunidad de defensa, y no sea contraria al orden público nacional.
- Promoción de la apertura del concurso en el país por cualquiera de los sujetos legitimados cuando exista concurso o quiebra declarada en el extranjero. Este concurso tendrá calidad de necesario.
- Actuación coordinada de jueces, síndicos o interventores en caso de procedimientos simultáneos.

competente para conocer en los procedimientos indicados el del lugar del establecimiento de la sucursal boliviana, sin consideración de la competencia de los jueces extranjeros.

Por su parte, Chile cuenta con la Ley de Quiebras N° 18.175, promulgada el 13 de octubre de 1982, reformada por la ley 19.806 del 31 de mayo de 2002, destinada exclusivamente a los comerciantes.

Esta legislación no se ocupa de la situación de los concursos abiertos en el extranjero, respecto de los bienes situados en Chile, ni de cualquier otro efecto que tal declaración pudiera tener. La ley chilena distingue entre acreedores locales y extranjeros por el lugar de residencia pero no prevé preferencias nacionales.

En efecto, según el art. 139, "Vencidos los términos de emplazamiento que corresponda a los *acreedores residentes en el extranjero*, el juzgado, de oficio o a petición del síndico, del fallido o de alguno de los acreedores, declarará cerrado, respecto de aquéllos, el procedimiento de verificación y se procederá en lo demás de acuerdo con lo dispuesto en los artículos precedentes".

Se reservará una cantidad de lo producido para los acreedores residentes fuera del territorio de la República que permanecerá en depósito.

F. Breve síntesis

En el sucinto recorrido realizado a través de las legislaciones de los Estados miembros y asociados del MERCOSUR hemos observado que, más allá de las diversidades propias de cada régimen, que dependen estrictamente de la política legislativa nacional, existen asimetrías legislativas de importancia en cuanto al tratamiento de la insolvencia internacional, cuestión de particular delicadeza que en tanto pone en juego diversos ordenamientos jurídicos, e intereses dispares requiere de bases mínimas, comunes de armonización, de puntos de encuentro entre las diversas legislaciones, máxime cuando estamos en presencia de un espacio integrado.

Por otra parte, del análisis realizado, se desprende que las normas concursales de nuestros países en cuanto a la regulación de los procedimientos de insolvencia o bien no contienen reglas específicas, lo que en la práctica, ante la existencia de lagunas o vacíos legales, puede dar lugar a interpretaciones divergentes, o bien como es el caso de nuestra legislación, prevén normas vetustas que no se corresponden con la realidad de nuestros días.

2. LA NORMATIVA EN MATERIA DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL DE FUENTE CONVENCIONAL EN LOS PAÍSES MIEMBROS DEL MERCOSUR

En lo que respecta al régimen internacional de la insolvencia de fuente convencional en los países miembros del MERCOSUR, ya hemos visto que el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional y Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940 (en materia de concursos civiles) suscriptos el 19 de marzo de 1940 se encuentran vigentes actualmente entre Argentina, Paraguay y Uruguay.

Asimismo el Tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889 vincula a tales Estados con Bolivia, uno de los Estados asociados al MERCOSUR.

En cambio, Brasil, y los dos Estados asociados, Bolivia y Chile han suscripto el Código de Bustamante y Sirvén o Código de Derecho Internacional Privado (La Habana, 20 de Febrero de 1928)[234], aprobado en el marco de la Sexta Conferencia Internacional Americana.[235]

En materia de jurisdicción internacional su art. 328 prevé que "En los concursos de acreedores y en las quiebras, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor en ese Estado, será juez competente el de su domicilio".

A su turno, el art. 329 dispone que "En los concursos o quiebras promovidos por los acreedores, será juez competente el de cualquiera de los lugares que esté conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor, si éste o la mayoría de los acreedores, lo reclamasen".

El título "De la quiebra o concurso", dividido en tres capítulos, adopta un sistema de regulación de la insolvencia internacional que no difiere en mayor medida con el adoptado en los Tratados de Montevideo.

El Capítulo I, bajo el título "Unidad de la quiebra o concurso", dispone en su artículo único número 414 que: "Si el deudor concordatario concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos o quita y espera, para todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes". Es decir, adopta para estos casos un sistema extraterritorial de unidad.

---

[234] Vigente en Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Salvador, Venezuela.

[235] Participaron de la Sexta Conferencia Internacional Americana delegados de las Repúblicas de Perú, de Uruguay, de Panamá, de Ecuador, de México, de El Salvador, de Guatemala, de Nicaragua, de Bolivia, de Venezuela, de Colombia, de Honduras, de Costa Rica, de Chile, de Brasil, de Argentina, de Paraguay, de Haití, de República Dominicana, de Estados Unidos de América y de Cuba.

El Capítulo II: "Universalidad de la quiebra o concurso y sus efectos" contiene cinco artículos que se refieren a diversos efectos extraterritoriales de la declaración de quiebra o concurso.

Así, en el artículo 416 establece que "La declaratoria de incapacidad del quebrado o concursado tiene en los Estados contratantes efectos extraterritoriales mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos".

Según el artículo 417: "El auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes, se ejecutará en los otros en los casos y forma establecidos en este Código para las resoluciones judiciales; pero producirá, desde que quede firme y para las personas respecto de las cuales lo estuviere, los efectos de cosa juzgada".

El artículo 418 establece que: "Las facultades y funciones de los síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrán efecto extraterritorial en los demás, sin necesidad de trámite alguno local".

De acuerdo al artículo 419: "El efecto retroactivo de la declaración de quiebra o concurso y la anulación de ciertos actos por consecuencia de esos juicios, se determinarán por la ley de los mismos y serán aplicables en el territorio de los demás Estados contratantes".

La última disposición del capítulo segundo, el artículo 420, prevé una excepción clásica según la cual "Las acciones reales y los derechos de la misma índole continuarán sujetos no obstante la declaración de quiebra o concurso, a la ley de la situación de las cosas a que afecten y a la competencia de los jueces del lugar en que éstas se encuentren".

El Capítulo III: "Del convenio y la rehabilitación" se compone de dos normas. El artículo 421 dispone que "El convenio entre los acreedores y el quebrado o concursado, tendrá efectos extraterritoriales en los demás Estados contratantes, salvo el derecho de los acreedores por acción real que no lo hubiesen aceptado".

Finalmente, el artículo 422 prevé que "La rehabilitación del quebrado tiene también eficacia extraterritorial en los demás Estados contratantes, desde que quede firme la resolución judicial en que se disponga, y conforme a sus términos".

3. MARCOS DE REGULACIÓN AUTÓNOMOS DEL MERCOSUR. OBSTÁCULOS PARA SU CONCRECIÓN

No existe en el seno del MERCOSUR ninguna norma de derecho originario o derivado en materia de insolvencia internacional ni tampoco un tratado, tal como vimos en el apartado anterior que, aún elaborado por fuera de su ámbito, vincule a los cuatros Estados miembros del esquema.

Un instrumento propio del MERCOSUR en el tema que nos ocupa encuentra múltiples fundamentos de los que ya hemos dado cuenta. Sin embargo, tal como también hemos señalado, cuestiones de fondo vinculadas a la estructura institucional de nuestro espacio integrado, en particular a la elaboración de normas MERCOSUR, a su incorporación en los derechos internos de los Estados partes, a su jerarquía en relación con los ordenamientos internos y en definitiva, a su eficacia, se interponen como obstáculos para la elaboración de cualquier normativa común.

En los próximos capítulos nos dedicaremos al análisis de la insolvencia internacional en general y en particular en el MERCOSUR, cuando las empresas que presentan dificultades económicas - financieras forman parte de grupos de sociedades transnacionales.

XII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES

XII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES

Si bien las normas de fuente interna de la mayoría de los Estados así como algunas convenciones internacionales prevén la actuación de sociedades extranjeras, cabe advertir que la modalidad de actuación planteada en los últimos años por las personas jurídicas de origen foráneo está dada por el control que en materia societaria pueden llegar a vincular a estas sociedades extranjeras con sociedades locales.

Las sociedades que integran un grupo pueden encontrarse todas ellas dentro de las fronteras de un país, y en este supuesto estaremos frente a un grupo económico nacional y los acreedores estarán interesados en solicitar la extensión de la quiebra de la insolvente al resto de las sociedades que lo conforman. Sin embargo, si la actividad del grupo extiende su actividad fuera de las fronteras estaduales de un país, se convertirá en un grupo transnacional y es en este caso en el que juega un rol fundamental el Derecho Internacional Privado.

En efecto, en los últimos tiempos, en la era de la globalización, la doctrina y la legislación sobre sociedades extranjeras han sido conmocionadas por la irrupción de las empresas multinacionales, del fenómeno de la concentración empresaria, a través de las cuales la inversión en el extranjero alcanza su máxima expresión, tal como hemos visto en el capítulo III. Efectivamente, en el año 2000 se calculaba la existencia de más de 50.000 empresas transnacionales en el mundo con más de 400.000 filiales. Pero un pequeño grupo de 100 megacorporaciones dominantes, poseen activos externos de alrededor de U$S 1,8 billones.[236] Asimismo, es tan grande el poderío de las multinacionales que una tercera parte del comercio mundial se realiza en el seno de ellas. Un tercio de los activos del sector productivo privado del mundo se encuentran bajo alguna forma de control de las multinacionales. Además en 1998 se estimaba que más de 35 millones de trabajadores eran empleados de las filiales de sociedades extranjeras.[237] Estos datos revelan el grado de concentración de la inversión en el mundo.

Cabe señalar que, desde el punto de vista estrictamente económico, los grupos de sociedades encuentran fundamento en el mejoramiento de la producción, en las

[236] Blanchard, Olivier, Pérez Enrri, Daniel*, Macroeconomía. Teoría y política económica con aplicaciones a América Latina*, Ed. Prentice Hall, Perú, 2000.
[237] Estos datos fueron tomados del *World Investment Report*, publicado por la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo.

mejores condiciones para competir en el mercado y en general en la búsqueda de condiciones óptimas para lograr los objetivos perseguidos.

Veremos en el próximo apartado algunas nociones básicas que nos permitirán aproximarnos al fenómeno que estamos estudiando.

1. CONCENTRACIÓN EMPRESARIA Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES

A. La concentración empresaria como género

La noción de grupo económico nos remite a un concepto más amplio como es el de concentración empresaria, fenómeno económico, que ha generado diversos instrumentos y técnicas de índole jurídica que han transformado en gran medida al derecho societario tradicional, y por otra parte, ha convertido a la defensa de la competencia en un límite necesario para prevenir sus efectos no deseados en el mercado y en las economías domésticas.

Se ha intentado dar una serie de clasificaciones en materia de concentración empresaria. Así, Favier Dubois ha diferenciado formas de concentración primarias y secundarias. Las primeras significan el autocrecimiento de una misma empresa ya sea a través de la reinversión de utilidades, la acumulación de reservas provenientes de revalúos por primas de emisión, aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones, la integración de aumentos de capital con aportes genuinos de los socios o de terceros. En cambio, las formas de concentración secundarias importan la integración de empresas, es decir la vinculación económica de dos o más sociedades.[238]

La doctrina societaria, asimismo, ha distinguido entre concentraciones de empresas conformadas a través de mecanismos societarios o contractuales. Estos últimos carecen de vínculos societarios entre las partes vinculadas. En esta misma inteligencia, se diferencia control interno, es decir, aquél que nace a partir de participaciones societarias, de control externo, o sea cuando las relaciones que le dan origen son de naturaleza contractual.

A su vez, los mecanismos societarios, tendientes a la concentración empresaria, pueden o no alterar la estructura societaria de las personas jurídicas que los integran. No hay alteración en el típico caso de los *holdings*, de las sociedades vinculadas y de las sociedades controlantes y controladas. En cambio afecta la estructura societaria de sus miembros la fusión, ya que, en líneas generales, este

[238] Cfr. Favier Dubois, Eduardo, "Agrupamientos empresarios en el Derecho Comparado", en *Negocios Internacionales y Mecosur*, Favier Dubois, Eduardo (h), Ed. Ad Hoc, 1ª edición, Buenos Aires, 1996.

procedimiento implica la disolución sin liquidación de dos o más sociedades para constituir una nueva (fusión propiamente dicha), o la absorción por una sociedad de otra que se disuelve sin liquidarse (fusión por incorporación).[239]

A partir de estas breves líneas podemos advertir que los procesos, los medios, las técnicas de la concentración de empresas son múltiples. A ella se puede llegar por diversas vías. Una de ellas es la formación de grupos de empresas o grupos económicos. De esta cuestión particular nos ocuparemos en los siguientes apartados.

B. Los grupos económicos o grupos de empresas. Los grupos transnacionales

Estas empresas, grupos, conjuntos multinacionales o transnacionales, en general, son definidos como aquellas compañías entrelazadas entre sí, a través de vinculaciones contractuales y/o participación accionaria recíproca y manejo conjunto con un centro de poder (sociedad matriz, madre o *holding*) que intenta conducir sus actividades en una escala internacional, para lo cual transfiere fondos, utilidades y negocios de toda índole.

Por su parte, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en 1986 (caso 270/83) esbozó la siguiente definición: "una sociedad transnacional está constituida por una sociedad matriz creada de conformidad con la legislación de un país determinado, que se implanta en otros países mediante inversiones directas, sin crear sociedades locales, o mediante filiales que se constituyen como sociedades locales, de conformidad con la legislación del país huésped".

Sin embargo, más allá de las definiciones que podamos dar, existen múltiples nociones de este fenómeno, que responden a ópticas e intereses diversos.

Parecería, entonces, que el problema hoy día radicaría en el control que en materia societaria puede llegar a constituirse, no sólo, a través de la participación en el capital social, sino también por medio de la celebración de otros actos jurídicos que responden a otra naturaleza jurídica como es el supuesto de los modernos contratos internacionales de franquicia, distribución, agencia, entre otros, mediante los cuales se instaura un verdadero control, dando origen a las llamadas sociedades transnacionales o grupos económicos.

De este modo, el control, en mayor medida que la propiedad, se erige en la clave en materia de grupos económicos, en particular en el derecho continental. En

[239] Nuestra ley de sociedades no regula la fusión internacional de sociedades. Sin embargo, la doctrina entiende que lo más apropiado sería someter este instituto societario acumulativamente a las respectivas *leges societatis* de las sociedades implicadas en la fusión internacional. Cfr. Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 663 y ss.

efecto, la doctrina es coincidente en afirmar que no se puede hablar de grupo sin control, pues éste es el primer presupuesto de la existencia del agrupamiento empresario.

Lo cierto es que la irrupción de los grupos de empresas tanto a nivel nacional como internacional ha tenido un impacto enorme en el mundo del Derecho, demostrando una carencia, en muchos casos, de las figuras jurídicas necesarias para albergar este nuevo fenómeno. En efecto, surgen innumerables interrogantes, muchos de ellos, sin respuesta: ¿cuál es la naturaleza de un grupo de empresas?, ¿cuáles son sus elementos definitorios?, ¿el control?, ¿la unidad de dirección?, ¿cuál es la responsabilidad del grupo como tal?, ¿qué grado de responsabilidad debe asumir la matriz?, ¿en qué casos, bajo qué condiciones la matriz será responsable por la actuación de sus subordinadas?, ¿cuál es la situación de los acreedores del grupo, ante un incumplimiento particular?, ¿y ante un procedimiento de quiebra o concurso?. Y en definitiva: ¿cuál es el rol que debe asumir el Estado frente a esta realidad?.

En este sentido, encontramos dos concepciones antagónicas en materia de política legislativa a la hora de regular al fenómeno de los grupos económicos. Desde una perspectiva, se afirma que pueden ser utilizados analógicamente los principios y normas del derecho societario clásico. Por el contrario, otra postura señala que resulta imperiosa la creación de principios propios para dar solución acabada a los particulares problemas que entrañan los grupos económicos.

Mientras tanto, podemos observar la inexistencia generalizada de una sistematización normativa adecuada de los grupos económicos en general y muy especialmente de aquellos cuya actuación traspasa las fronteras de un Estado.

Veremos, ahora, cuáles son las soluciones del derecho societario y concursal argentino en materia de grupos económicos transnacionales. A tales efectos, en primer lugar, realizaremos un breve pero ineludible recorrido a través de la regulación de las llamadas sociedades extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico de fuente interna y convencional.

2. ACTUACIÓN INTERNACIONAL DE LAS SOCIEDADES Y DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS EN EL DERECHO ARGENTINO

A. Fuente interna

La ley 19.550 en 1972, en la Sección 15 del Capítulo 1 trata: "De las Sociedades constituidas en el extranjero", en los arts. 118 a 124. Estas disposiciones regulan la existencia, forma, actos aislados y en juicio, ejercicio habitual de actos del objeto social y los requisitos para instalar una sucursal o representación (art. 118); el

régimen de las sociedades de tipo desconocido (art. 119), la contabilidad societaria (art. 120); la capacidad de los representantes (art. 121); el emplazamiento en juicio (art. 122); la constitución de sociedad en la República (art. 123) y la actuación de sociedades constituidas en el extranjero con domicilio o principal objeto en la República (art. 124).

En primer lugar, en cuanto a la ley aplicable, dispone la norma indirecta contenida en el art. 118 LSC: "Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de su constitución..."

Como podemos ver, el punto de conexión utilizado en nuestro derecho interno es el lugar de constitución, lo cual es criticado por parte de la doctrina por el carácter contingente del mismo, que puede favorecer la posibilidad del fraude a la ley. Se ha propuesto en cambio, el lugar de domicilio.

Por su parte, en cuanto a la realización en el país de actos aislados y actos en juicio, el art. 118 LSC también prescribe: "...Se hallan habilitadas (las sociedades constituidas en el extranjero) para realizar en el país actos aislados y estar en juicio..."

Esta disposición se inspira en el sistema de la extraterritorialidad parcial, sistema que se ubica entre el de la territorialidad estricta y el de la extraterritorialidad total.

El sistema de la extraterritorialidad parcial distingue dos categorías de actos: 1) los que la persona jurídica realiza por ser tal, aquellos a través de los cuales se manifiesta su capacidad genérica o potencial (actuar en juicio, adquirir bienes, contratar, inscribir sus marcas y patentes, etcétera), y 2) los actos que tienden a alcanzar el objeto para el cual se ha constituido o capacidad especifica.

La ley 19.550 no define el denominado acto aislado, aunque podemos llamar de tal manera a aquél cuya realización no requiera para su ejecución la designación de un representante permanente o la instalación de una sucursal, agencia o asiento de sus negocios.

Asimismo, el art. 118 en la parte pertinente dispone: "Ejercicio habitual. Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe:

1. Acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país;
2. Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República;
3. Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.

Si se tratare de una sucursal se determinará además el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales".

Dicho precepto atiende a una actuación permanente y no ocasional, continuada y no interrumpida. En efecto, actualmente la gran empresa requiere la descentralización de algunas áreas de actividad: a través de establecimiento de sucursales, agencias, establecimientos, filiales, para lo cual debe cumplir los requisitos establecidos por la norma transcripta.

Por su lado, el art. 119 dispone: "El art. 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley".[240]

La ley 19.550 no asimila la sociedad atípica a la que posea caracteres similares de acuerdo con la ley argentina, sino que le impone las formalidades máximas establecidas para las sociedades constituidas en el país, es decir que la autoridad de contralor deberá someter a la sociedad de tipo desconocido a las normas pertinentes previstas para las sociedades anónimas.

El art. 120 expresa: "Es obligación para dicha sociedad llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad".

Esta norma se refiere a los supuestos previstos por el art. 118 párrafo 3º y no al caso de la sociedad de tipo desconocido prevista por el art. 119 pese a la propia redacción del art. 120. La Exposición de Motivos, en cuanto señala que los arts. 118 y 120 se complementan es terminante al respecto.

A su turno, el art. 121 dispone: "El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley, y, en los supuestos de sociedades de tipo no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas".

El representante de la sociedad extranjera debe ajustar su conducta al art. 59 LSC, contrayendo las mismas responsabilidades que los administradores de sociedades locales (arts. 276 y ss.) y en los supuestos de tipos desconocidos, las de los directores de las sociedades anónimas.

Por su parte, el art. 122 establece: "El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República:

a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio;

b) si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante".

[240] Debemos advertir que aunque la letra de la ley de sociedades continúe refiriéndose al juez de la inscripción, a partir de la sanción de la ley 22.316 de 1980 el Registro Público de

Esta norma establece el régimen de las sociedades extranjeras a los efectos del emplazamiento en juicio distinguiendo, según vimos, entre los dos grandes ámbitos de actuación de una sociedad constituida en el extranjero: realización de actos aislados en el país (inc a) y ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social (inc b).

Por su lado, la norma directa contenida en el art. 123 expresa: "Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso".

La doctrina mayoritaria coincide en que el término "constituir" comprende "formar parte de" o "participar en sociedades existentes en la República". Es decir, que tanto constituye sociedad aquél que se asocia originariamente con otro para fundar una sociedad como aquel que se asocia a otras personas ya socios, en una sociedad existente, en funcionamiento, a través de la adquisición de cuotas o acciones de aquella.

Finalmente, el art. 124 expresa: "La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento".

Esta norma contempla una importante excepción al art. 118 párrafo 1º (ley aplicable) pues al contrario de éste y a los fines de evitar el fraude a la ley, somete a las leyes argentinas a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan su sede en el país o su principal objeto esté destinado a cumplirse en éste, en lo que concierne al cumplimiento de formalidades de constitución, o su reforma y contralor de funcionamiento.[241]

Comercio quedó a cargo de la Inspección General de Justicia (IGJ), en sede administrativa. Por ello, cuando la ley hace referencia al juez debe entenderse que alude a la IGJ.

[241] Cabe señalar que la doctrina argentina más prestigiosa ha discutido arduamente sobre la naturaleza de la norma que contiene el artículo 124 de la LS. En efecto, tanto ha sido concebida como una norma de policía de Derecho Internacional Privado o como una disposición sancionatoria del fraude a la ley en materia societaria. Entre los primeros, hallamos autores, como Boggiano, para quien se trata de una norma de policía en virtud de la cual se defiende la aplicación del derecho argentino con todo rigor y exclusividad cuando una sociedad tiene su sede en el país o cuando el objeto principal está destinado a cumplirse en el territorio de la República Argentina. Cfr. Boggiano, Antonio; *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. En cambio para autores como Goldschmidt, Kaller de Orchansky, Biocca, Feldstein de Cárdenas y Basz se trata de una típica norma sancionatoria del fraude, según la cual si alternativamente aparecen los elementos señalados, la sociedad será considerada como local respecto de las formalidades de constitución, o de su reforma y contralor de funcionamiento.

Debemos agregar que fuera de la Sección 15 del Capitulo 2, dedicada exclusivamente a las sociedades constituidas en el extranjero, la ley 19.550 se refiere expresamente a ellas en los arts. 367 y 377 del Capítulo 3 ("De los contratos de colaboración empresaria") al caracterizar respectivamente a las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas, y permitir expresamente a las sociedades constituidas en el extranjero que cumplan con lo dispuesto en el art. 118, tercer párrafo, participar en estos acuerdos de colaboración. Cabe señalar que se trata de contratos asociativos, y por tanto la ley no les reconoce personalidad jurídica.[242]

Cabe mencionar que existen diversos proyectos de reformas en materia de sociedades extranjeras, que en tanto su análisis excede el objeto de esta breve reseña, no abordaremos. Simplemente, deseamos mencionar, en este sentido, el Anteproyecto de Reforma Ley de Sociedades Comerciales[243] y el Proyecto Código de Derecho Internacional Privado, ya citado.[244]

Por otra parte, no podemos desconocer las recientes Resoluciones Generales de la Inspección General de Justicia en materia de actuación internacional de las sociedades comerciales. Nos referimos, entre las más importantes, a las Resoluciones Generales 7[245] y 8[246] de 2003, y 2[247] , 3[248] , 9[249] de 2005 que en líneas

---

Cfr. Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Depalma Buenos Aires, octava edición 1997. Kaller de Orchansky, Berta; *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994. Biocca, Stella Maris, Cárdenas, Sara Lidia y Basz, Victoria*, Lecciones de Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Ed.* Universidad, Buenos Aires, 1997.

[242] La ley 26.005, sancionada el 16 de diciembre de 2004, crea un nuevo contrato asociativo, los denominados Consorcios de Cooperación. Según el art. 1°: "Las personas físicas o jurídicas, domiciliadas o constituidas en la República Argentina, podrán constituir por contrato Consorcios de Cooperación estableciendo una organización común con la finalidad de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros, definidas o no al momento de su constitución, a fin de mejorar o acrecentar sus resultados." A su turno, el art. 2 deja sentado claramente que estos Consorcios de Cooperación no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho. Por el contrario, la ley les concede naturaleza contractual. Por su parte, cabe señalar que conforme al art. 9, si el contrato de constitución no fijare la proporción en que cada participante se hace responsable de las obligaciones asumidas en nombre del Consorcio se presume la solidaridad entre sus miembros. Y finalmente, el art. 10 inc. 5 dispone que "La disolución, liquidación, concurso preventivo, estado falencial o quiebra de uno de los miembros consorciados, no se extenderá a los demás; como tampoco los efectos de la muerte, incapacidad o estado falencial de un miembro que sea persona física, siguiendo los restantes la actividad del Consorcio, salvo que ello resultare imposible fáctica o jurídicamente."

[243] En junio de 2003 la Comisión presidida por el Dr. Jaime Luis Anaya e integrada por los Dres. Salvador Darío Bergel y Raúl Aníbal Etcheverry, presentaron al Ministro de Justicia un Anteproyecto de modificación a la Ley de Sociedades Comerciales que reforma diversas reglas del capítulo dedicado a sociedades extranjeras.

[244] El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado ha sido elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración designada por Res. M.J. y D.H. 191/02 y Res. M.J. y D.H. 144/02, y fue elevado a la Cámara de Diputados de la Nación por el Diputado Jorge Reinaldo Vanossi.

[245] Establece ciertos recaudos para la inscripción de las sociedades extranjeras en el país tanto para la realización de actos permanentes en el país como para la participación en una sociedad local (arts. 118 tercer párrafo y 123 LSC 19.550).

[246] La Resolución General de la IGJ 8/2003 dispuso la creación del Registro de Actos Aislados de Sociedades Constituidas en el Extranjero, en el que se inscribirán las operaciones sobre inmuebles ubicados en la ciudad de Buenos Aires, en las que intervenga una sociedad extranjera, cuando el acto sea calificado como aislado.

[247] La Inspección General de Justicia a través de la Resolución General 2/2005 del 16 de febrero de 2005 (B.O. 17/02/2005) estableció en su artículo 1° que no inscribirá en el Registro Público de Comercio a los fines de los Artículos 118, tercer párrafo y 123 de la Ley Nº 19.550, sociedades constituidas en el extranjero que carezcan de capacidad y legitimación para actuar en el territorio del lugar de su creación en el desarrollo de su propia actividad o con los alcances descriptos en los Artículos 118, tercer párrafo y 123 de la Ley Nº 19.550, respectivamente. En el artículo siguiente dispone que si tales sociedades pretenden desarrollar alguna de las actividades mencionadas en el Artículo 118, párrafo 3º, o Artículo 123 de la Ley Nº 19.550, deberán previamente adecuarse íntegramente a la legislación argentina, cumpliendo al efecto con las disposiciones contenidas en la Resolución General IG Nº 12/03. Asimismo, entre otras disposiciones de interés, el artículo 9° de la citada resolución define a las llamadas "jurisdicciones off shore" como "todas aquellas -entendidas en sentido amplio como Estados independientes o asociados, territorios, dominios, islas o cualesquiera otras unidades o ámbitos territoriales, independientes o no- conforme a cuya legislación todas o determinada clase o tipo de sociedades que allí se constituyan, registren o incorporen, tengan vedado o restringido en el ámbito de aplicación de dicha legislación el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas en dicho territorio". Asimismo la norma mencionada califica a las "sociedades off shore" como "aquellas sociedades constituidas en el extranjero que conforme a las leyes del lugar de su creación o incorporación tengan vedado o restringido -en el ámbito de aplicación de dicha legislación - el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas en dicho lugar de creación o incorporación".

[248] La Resolución General 3/2005 del 9 de marzo de 2005 (B.O. 10/03/2005) estableció que para la inscripción en el Registro Público de Comercio prevista por el artículo 118, tercer párrafo, de la Ley Nº 19.550, la publicidad impuesta por el inciso 2) del mismo, cuando se trate de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada o constituidas bajo un tipo desconocido por las leyes argentinas, deberá tener el contenido indicado en el artículo 10, incisos a) y b) de la citada Ley, en relación con el acto constitutivo de la sociedad y de las reformas al mismo, si las hubiere, en vigencia al tiempo de solicitarse la inscripción (artículo 1°). Asimismo en el artículo 3° la resolución mencionada dispone que "Las sociedades por acciones constituidas en el extranjero que soliciten su inscripción conforme a los artículos 118, tercer párrafo y 123, de la Ley Nº 19.550, deberán presentar documentación que contenga la individualización de quienes fueren sus accionistas, de conformidad con las disposiciones de este artículo. Dicha individualización deberá corresponder a una fecha no más de treinta (30) días anterior a la solicitud de inscripción correspondiente y deberá constar en el aviso a que se refiere el artículo 1º...".

En relación con las sociedades que provengan de jurisdicciones "off shore" y/o consideradas de baja o nula tributación y/o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra el lavado de dinero y el crimen transnacional, la resolución en el mismo artículo establece que la Inspección General de Justicia podrá requerir los elementos que estime conducentes a acreditar antecedentes de los accionistas, comprendidos los que correspondan a condiciones patrimoniales y fiscales de los mismos.

La negativa o imposibilidad de individualización de accionistas obstará a la inscripción, tal como prescribe el artículo 4°.

[249] El Artículo 1º de la Resolución General 9/2005 de la Inspección General de Justicia del 19 de octubre de 2005 (B.O. 20/10/2005) dispone que este organismo no hará lugar a la inscripción en el Registro Público de Comercio, o en su caso declarará las resoluciones adoptadas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, de los acuerdos que se adopten en asambleas de accionistas o reuniones de socios en las cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto sociedades constituidas en el extranjero que, a la fecha de las referidas asambleas o reuniones de socios, no hayan cumplido debidamente con las presentaciones requeridas por los artículos 3º y 4º de la Resolución General I.G.J. Nº 7/03, o bien sociedades inscriptas como "vehículo" conforme a la Resolución General I.G.J. Nº 22/04 o calificadas posteriormente en esa calidad cuya sociedad o sociedades controlantes, a igual fecha, tampoco hayan cumplido con las antes mencionadas presentaciones.

generales imponen una serie de recaudos y medidas tendientes a fiscalizar la actuación de las sociedades constituidas en el extranjero, y cuya sanción y aplicación han generado una intensa polémica, que no corresponde estudiar en este trabajo.

B. Fuente convencional

En el terreno del derecho convencional aplicable a las sociedades, encontramos el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940[250] que, con algunas diferencias, contemplan normas indirectas que regulan el reconocimiento de la personalidad y la capacidad de actuación extraterritorial de las sociedades mercantiles domiciliadas en uno de los Estados partes que desean actuar en otro. Además, nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979).[251] Asimismo, en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado realizada en La Paz, en 1984 (CIDIP III) se aprobó la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado,[252] en la cual se establecieron normas que coinciden en gran medida con las creadas durante la CIDIP II. Sin embargo, esa última convención no vincula a nuestro país.

Ahora bien, mientras que el **Tratado de Derecho Comercial de Montevideo** de 1889 somete a la ley del país donde la sociedad tiene su domicilio comercial, la forma del contrato social, las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros (art. 4°); el Tratado de 1940 establece que se rige por la ley de su domicilio comercial la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad; el contenido del mismo, las relaciones jurídicas entre los socios, entre los socios y la sociedad, y entre la sociedad y terceros (arts. 6° y 7°). En cambio los requisitos de la forma del contrato social se rigen por la ley del lugar de celebración, y las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado. Como podemos observar

---

Será condición para ello que, de acuerdo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 8º de la Resolución General I.G.J. Nº 7/03, los votos emitidos, por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social.
Se aplicará también lo establecido en el tercer párrafo de la norma citada y, en su caso, sanción de multa a los administradores de la sociedad participada, que cualquiera sea la cuantía de la participación de la sociedad constituida en el extranjero, hayan permitido la misma.

[250] La Argentina está vinculada a Bolivia, Perú y Colombia por el Tratado de 1889 y a Uruguay y a Paraguay, por el Tratado de 1940.

[251] Los Estados que han ratificado la Convención Interamericana sobre Sociedades Mercantiles son: Argentina, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940 hace una clara distinción entre la ley aplicable en materia de imposición y calidad del instrumento constitutivo, la reglamentación de las formalidades del mismo, y la publicidad.[253]

Con respecto a la actuación internacional de las sociedades extranjeras el Tratado de 1889 prescribe que se rigen por la ley del país donde se ejercitan, los actos comprendidos en su objeto social (art. 5°). El Tratado de 1940 somete el ejercicio de actos *habituales* comprendidos en el objeto social, en cuanto a los requisitos que lo hacen viable a la ley del Estado donde se intenta realizarlos (art. 8°). Si bien ambos tratados reconocen de pleno derecho en los otros Estados contratantes y reputan hábiles a las sociedades para ejercer actos de comercio y estar en juicio (art. 5° del Tratado de 1889 y art. 8° del Tratado de 1940), el segundo exige la habitualidad de los actos comprendidos en el objeto de su institución para que queden sujetos a las leyes del país en que intentan realizarlos. En lo que concierne al emplazamiento en juicio, el art. 7° del Tratado de 1889 establece: "Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer en los litigios que surjan entre los socios o que inicien terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro, que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los tribunales del último". El art. 11 del Tratado de 1940 consagra una norma muy similar.

Como podemos observar la gran diferencia del sistema convencional de los Tratados de Montevideo con nuestro derecho interno consiste en el punto de conexión utilizado: mientras en el orden convencional se emplea el domicilio comercial (asiento principal de los negocios), en el orden interno se acude al lugar de constitución.

Por su parte, la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles** (CIDIP II, Montevideo, 1979) contiene los siguientes principios:

a) La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales se rigen por la ley del lugar de su constitución (art. 2°). La Convención Interamericana contiene una calificación autárquica de "ley del lugar de constitución", la que debe entenderse como la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de las sociedades mercantiles.

b) Se establece, al igual que en los Tratados de Montevideo y en la mencionada Convención adoptada en la CIDIP III, que las sociedades comerciales debidamente

[252] Esta Convención no ha sido ratificada por la República Argentina. Sin embargo, ha sido ratificada y se encuentra en vigor entre Brasil, Guatemala, México y Nicaragua. Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Haití, Uruguay y Venezuela, hasta el momento, se han limitado a firmarla.
[253] Recordemos que esta misma distinción establece el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 en materia de formas aplicables a los actos jurídicos.

constituidas en un Estado Parte serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados. Este reconocimiento no excluye la facultad del Estado para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe, conforme a la ley del lugar de su constitución (art. 3°).

c) Las sociedades comerciales quedan sujetas a la ley del Estado donde realizaren los actos comprendidos en su objeto social. La misma ley se aplicará al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado (art. 4°).

d) Se establece que la ley designada en la Convención podrá no ser aplicada en el Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público internacional (art. 7°).

e) En ningún caso la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un Estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del Estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último (art. 3°).

f) Las sociedades constituidas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir los requisitos establecidos en la legislación de este último (art. 5°). La CIDIP III contiene una norma muy similar. Se puede advertir que esta norma recepta una aplicación del instituto de fraude a la ley.

g) Con respeto al emplazamiento de 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.

El siguiente cuadro comparativo refleja la síntesis de nuestro derecho de fuente interna y convencional en materia de sociedades comerciales.

Cuadro XII.1: Régimen internacional de las Sociedades Comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino

	Derecho interno: ley 19.550	**Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889**	**Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940**	**Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales (CIDIP II, Montevideo, 1979)**
Ley aplicable	Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen en cuanto a su existencia y forma por las leyes del **lugar de su constitución** (art. 118).	El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones entre socios y entre la sociedad y los terceros por la ley del país en que ésta tiene su **domicilio comercia**l (art. 4°).	La **ley del domicilio comercia**l rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad. Los requisitos de forma del contrato se rigen por la **ley del lugar de su celebración**. Las formas de publicidad quedan sujetas a **lo que determine cada Estado** (art. 6°). El contenido del contrato social, las relaciones entre socios, entre éstos y la sociedad y entre la misma y terceros se rigen por la **ley del domicilio comercial** (art. 7°).	La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la **ley del lugar de su constitución** (la ley del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo para la creación de tales sociedades) (art. 2°).
Actuación internacional	-El art. 118 LSC distingue la actuación por medio de **actos aislados y ejercicio habitual** de actos comprendidos en su objeto social estableciendo para este segundo caso diversos requisitos. -El art. 119 impone a las **sociedades de tipo desconocido** constituida en el extranjero las formalidades más rigurosas que prevé la ley 19.550 para las sociedades constituidas en el país. -Para **constituir o participar** en sociedades locales, se exigen los recaudos previstos en el art. 123 LSC. -Si la sociedad	**No** distingue entre actos aislados y actuación habitual. Las somete para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos. (art. 5°).	-Diferencia entre **actos aislados y ejercicio habitual** de los actos comprendidos en el objeto social, sujetándolas en este último caso a las leyes del Estado en el cual intentan realizarlos (art. 8°). -Las sociedades constituidas en un estado bajo una **especie desconocida** por las leyes de otro, pueden ejercer en este último actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales (art. 9°).	-**No** diferencia entre actos aislados y actuación habitual. Para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto social quedan sometidas a la ley del Estado donde los realizaran. -La misma ley se aplica al control que una sociedad, que ejerza el comercio en un Estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado (art. 4°). -Las sociedades constituidas en un país que pretendan establecer la **sede efectiva de su administración central** en otro, podrán ser obligadas a cumplir los requisitos exigidos por este

	constituida en el extranjero tiene su **sede o cumple su principal objeto en la República**, se la considera como sociedad local, sometida a la ley argentina (art. 124, fraude a la ley).			último (art. 5°, fraude a la ley).
Responsabilidad de los representantes	Contraen las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades constituidas en el país, y en el caso de tipos desconocidos, las de los directores de S.A. (art. 121).		Los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero contraen para con terceros las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales.	
Emplazamiento en juicio	El art. 122 distingue: si se trata de un acto aislado, el emplazamiento se cumple en la persona del apoderado que intervino en el acto, en cambio si existiere representación permanente, en la persona del representante.	Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer en los litigios que surjan entre los socios o que inicien terceros contra la sociedad. Pero si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro que den lugar a controversias judiciales, podrá ser demandado ante los tribunales de éste último (art. 7°).	Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal, son competentes para conocer en los litigios que surjan entre los socios o que inicien terceros contra la sociedad. Pero si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro que den lugar a controversias judiciales, podrá ser demandado ante los tribunales del segundo (art. 11).	Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado para el ejercicio los actos comprendidos en su objeto quedan sometidas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realizaren.

3. DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES

Del sucinto recorrido realizado a través de las normas de fuente interna como convencional, observamos que nuestro derecho vigente en materia societaria no contempla una regulación sistematizada de los llamados grupos económicos y en particular de su actuación internacional.

Sin embargo, nuestro de derecho de fuente interna contiene normas sobre control societario, participaciones societarias y extensión de la responsabilidad, cuestiones íntimamente vinculadas a los grupos ecónomicos, que aunque pensadas para su actuación en el ámbito nacional, podrían resultar aplicables, aún cuando aquellos traspasen las fronteras estatales. A estas disposiciones, les dedicaremos los siguientes apartados.

A. El control societario y el derecho argentino

La noción de "control" no posee la precisión de los conceptos jurídicos, ya que es de carácter económico y se emplea con distintos fines.

Históricamente, esta teoría surge vinculada con la postura de atribución de nacionalidad a las sociedades, denominándose teoría del control con atribución de nacionalidad, durante la Primera Guerra Mundial.

Dicha teoría fue utilizada en Francia, donde las sociedades tenían la nacionalidad del lugar de su sede. Durante el conflicto bélico se tomaron una serie de medidas de emergencia atento a que se observó que sociedades que tenían su sede en Francia y eran por ello consideradas francesas, pertenecían a súbditos enemigos. En esa misma época también fue adoptada por Inglaterra, entre otros países europeos.

Finalizada la contienda, la teoría del control aparece receptada en los Tratados de Paz de Versailles, Saint Germain, Trianon y Neuilly, según los cuales las potencias aliadas se reservan el derecho de retener y liquidar todos los bienes, derechos e intereses pertenecientes a los súbditos alemanes y a las sociedades controladas por ellos. Alemania se obligó a indemnizar a compañías aparentemente alemanas pero controladas por nacionales de los países aliados.

Fue aplicada con un criterio distinto durante la Segunda Guerra Mundial por parte de Estados Unidos, España, Inglaterra, Argentina.

En efecto, en 1945, la teoría del control se incorporó oficialmente al derecho positivo argentino. Por decreto-acuerdo 6.945, nuestro país adhirió al Acta de Chapultepec de la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y de la paz, declarando el estado de guerra con Japón y Alemania y dispuso la aplicación de medidas adecuadas al estado de beligerancia. La existencia de propiedades enemigas hizo necesaria la aplicación de la teoría del control y en consecuencia se dictó el decreto 11.599 del 25 de abril de 1946 cuyo art. 3° contiene una enumeración de circunstancias (el origen del capital, la verdadera participación que en el capital tengan las personas que dirijan a las empresas, la relación que una empresa tenga con otras de propiedad enemiga, la atribución de ganancias o retribuciones a personas o entidades domiciliadas en países enemigos, entre otras) destinadas a determinar el carácter enemigo de las empresas radicadas en territorio argentino. Ello se ve plasmado en los célebres casos "Merck Química Argentina S.A" y "Química Bayer S.A."

Esta teoría se mantuvo aún después de terminada la Segunda Guerra Mundial con el fin de proteger el interés público del Estado, y para limitar la participación de

sociedades extranjeras en la explotación de determinadas áreas (transporte, seguros, comunicaciones). Es decir que, en tiempos de paz, la teoría del control se utiliza para excluir a las entidades extranjeras del goce de ciertos derechos o de la concesión de beneficios o de la explotación de servicios públicos, que se reservan para las sociedades nacionales.

Tal como dijimos existe una teoría del control con atribución de nacionalidad que encuentra su contrapartida en la llamada teoría del control sin atribución de nacionalidad. En la Argentina la teoría negatoria de la nacionalidad se manifiesta en 1876 cuando se negó protección diplomática al Banco de Londres y Río de la Plata por medidas impuestas por la Provincia de Santa Fe contra aquél por el incumplimiento de la legislación vigente en materia de conversión. [254]

Así, la teoría del control sin atribución de nacionalidad fue aplicada en los casos "Swift" en 1973; "Parke-Davis" en el mismo año, entre los más renombrados.

Se plantean diferentes supuestos con respecto al control en materia societaria. Por un lado se vincula con la participación en el capital social: cuando el control de una sociedad por otra se realiza por medio de la participación prevista en el art. 123, la sociedad constituida en el extranjero deberá a tal fin cumplir con los requisitos impuestos por esa norma. Sin embargo la jurisprudencia ha entendido que cuando esa participación es minoritaria no es necesario su cumplimiento, tal fue lo expuesto en el fallo "Hierros Patagónicos de Sierra Grande S.A. (*LL*, 1980-B).

A su vez el art. 33 legisla sobre el control no ya por participación de capital sino por "especiales vínculos". Las sociedades controladas se definen en el derecho argentino por un doble y alternativo juego de pautas, tal como lo expresan Aguinis y

[254] En ese año nació la llamada "Doctrina Irigoyen", considerada como la posición oficial argentina en la materia. En efecto, ésta fue expuesta por el entonces ministro de Relaciones Exteriores, doctor Bernardo de Irigoyen en estos términos: "... El Banco de Londres es una sociedad anónima que sólo existe con fines determinados. Las personas jurídicas deben su existencia exclusivamente a la ley del país que las autoriza y por consiguiente, no son nacionales ni extranjeras (...); una sociedad anónima es una persona moral completamente distinta de los individuos que contribuyen a formarla y aunque sea formada exclusivamente por ciudadanos extranjeros, no tiene derecho a protección diplomática porque no son las personas las que se ligan asociándose, solamente los capitales bajo la forma anónima, es lo que importa, como la palabra lo indica, no hay nombre, responsabilidad, ni nacionalidad individual comprometida. El hecho de que las acciones hayan sido suscriptas por individuos de una nacionalidad, es eventual y no puede desnaturalizar la esencia de la sociedad. Esas acciones se transfieren y las que hoy están en manos de los ingleses, pueden pasar fácilmente a manos de ciudadanos de otra nación. Si, pues, la circunstancia de pertenecer los accionistas a un país imprimiera a la sociedad anónima el carácter nacional que les asiste, tendríamos una entidad que podría variar diariamente de nacionalidad y revestir, también, en algún caso, una multiplicidad de nacionalidades, lo que originaría complicaciones, a la vez que envolvería el desconocimiento de las leyes locales que dan origen a esas sociedades".
En consecuencia, la protección diplomática sólo se justificaría en el caso que hubiera una denegación de justicia o se comprobara una evidente obstrucción de las vías legales por parte de las autoridades locales.

Weinberg.[255] El control interno o jurídico lo prevé el art. 33 inc. 1° y asigna el carácter de controlante a quien tenga participación por cualquier título que le otorgue los votos suficientes para prevalecer en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. Las autoras mencionadas entienden que si bien la ley se refiere sólo a las sociedades controlantes, esa calificación puede extenderse a otras personas jurídicas y a las personas físicas, cuando se trata de sancionar el abuso del controlante, ya que el art. 54 LSC no discrimina si se trata de una persona física o jurídica.

La otra forma del control societario (art. 33 inc. 2°) se configura por el concepto de "influencia dominante", tomado del art. 2359 del Código Civil italiano. Dicha influencia dominante de la sociedad controlante, no ha sido definida por la legislación. La doctrina entiende que se trata de un control externo derivado de una situación de "hegemonía o predominio", que coloca a la sociedad controlada en relación de subordinación económica, integrada empresarialmente en otra. Ello puede ser en virtud de vínculos contractuales (contrato de agencia, de suministro, de concesión) u otros vínculos especiales que nuestro legislador no ha precisado. Aguinis y Weinberg entienden que la relación de influencia dominante existe cuando una sociedad está predeterminada en su actividad por otra, cuando la sociedad controlante puede decidir los destinos de la controlada, por una vinculación jurídica y económica.

La doctrina se plantea qué ley se debe aplicar a los casos internacionales de control, es decir cuando la controlante es nacional y la controlada extranjera o viceversa. Las soluciones básicamente pueden ser dos: se aplican las leyes sociales en forma distributiva, o sea, a la sociedad nacional, la ley nacional y a la sociedad extranjera, la ley extranjera; o acumular ambas leyes, en cuyo caso la solución será de mayor rigor, pues se suman los requisitos de ambas legislaciones y se le aplican a ambas sociedades.[256]

Cabe destacar que la CIDIP II (Montevideo, 1979), establece que tanto la calificación del control como las condiciones del control de una sociedad por otra están sujetas al derecho de la sociedad cuyo control se pretende tomar.

B. Participaciones societarias en el derecho internacional privado argentino: artículos 30, 31 y 32 de la ley de sociedades 19.550

Las figuras normativas que contemplan las denominadas participaciones societarias en nuestro derecho vigente presentan características disímiles entre sí, e incluso, dentro de una misma disposición podemos distinguir supuestos diferenciables.

[255] Aguinis, Ana María M. de y Weinberg de Roca, Inés; "El control societario y las sociedades extranjeras. Nuevas y más amplias consideraciones sobre ley aplicable", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,* 1986, año 119, p. 881 y ss.

Así, por ejemplo, mientras que el artículo 30 y 31 están referidos a la capacidad de derecho del ente colectivo, el artículo 32 analiza los casos de participaciones entre sociedades controladas y controlantes, que conciernen no a la capacidad directamente, sino a prohibiciones concretas por razones de seguridad jurídica, pues la finalidad está en la protección del capital societario, evitando los fraudes en la constitución de sociedades sin aportes reales.

a. La participación de sociedades por acciones en otros tipos societarios. La regla del artículo 30 de la ley de sociedades comerciales. La solución en el Derecho Internacional Privado

El mencionado artículo determina que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones. Esta disposición está legislada bajo el rubro de capacidad.

Es decir, que la fundamentación está dada en razón de la capacidad de derecho de las personas ideales o personas jurídicas, adquiriendo mayor fuerza en la norma societaria de la ley 19.550, cuando en el artículo 2° determina que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley. Los integrantes de la Comisión Legisladora de la ley 19.550, aclararon que el fundamento tenido en mira fue el de evitar que por vía de las participaciones societarias las sociedades sometidas al control de la autoridad administrativa pudieran, en forma indirecta, relativizar su efecto, canalizando sus actividades por medio de sociedades excluidas de tal control.

Si interpretamos en forma armónica todo el sistema societario, advertimos que el artículo 30 nos indica una pauta de división en cuanto a la capacidad de participación, en función de las categorías dentro de los tipos societarios admitidos. Excluye la posibilidad de participación de sociedades por acciones en aquéllas que no tengan la posibilidad de dividir su capital y representarlo en la misma forma.

La aplicación de esta regla de capacidad de derecho a las sociedades constituidas y registradas en nuestro país, aun cuando tomen participaciones societarias fuera del territorio de la República, aparece como ineludible para cierto sector de la doctrina ya que es la ley argentina la que otorga o limita la capacidad de derecho del ente colectivo.[257] En este sentido Basz entiende que "el art. 30 LSC, si bien pertenece al derecho interno argentino, no debe limitarse exclusivamente a las sociedades constituidas en la República sino también a las constituidas en el extranjero; de lo contrario, se estarían abriendo las puertas al fraude y a la violación de

[256] Se trataría de un supuesto de punto de conexión acumulativo.

[257] Alegría, Héctor y Reyes Oribe, Aníbal, "Participaciones societarias en el Derecho Internacional Privado Argentino", en *La Información*, tomo XLIII, p. 1293 y ss.

principios fundamentales que hacen a la defensa de los intereses económicos nacionales y vinculado por lo tanto al orden público internacional".[258]

Otros, en cambio opinan que podría aplicarse en estos casos la regla del lugar donde tiene el asiento la participada, como si ese fuera el principal asiento de los negocios de la participante. Así, Rovira entiende que la disposición en estudio sólo se refiere a las sociedades anónimas y a las comanditas por acciones, sin hacer ninguna alusión a las sociedades constituidas fuera de la República. Además sostiene el comercialista que aún cuando la sociedad constituida fuera del país fuese una sociedad cuyo capital se representara por acciones no puede asimilársela a una S.A. o S.C.A., ya que éstas son formas tipificadas exclusivamente para las sociedades constituidas en nuestro país. El autor señala tres consecuencias que considera relevantes: 1) al no haberse contemplado expresamente a las sociedades constituidas en el extranjero dentro de los supuestos previstos en el art. 30 LSC, tal norma no resulta aplicable; 2) la norma en sí no tiene efecto práctico alguno, pues el argumento del control en la práctica se desvanece; 3) pretender aplicar el art. 30 a las sociedades constituidas en el extranjero implicaría desconocer los principios de derecho internacional privado : el principio básico sentado en el art. 118 LSC, primer apartado, somete la existencia y forma de las sociedades constituidas en el extranjero a las leyes del lugar de su constitución. Concluye que tales leyes serán las que regirán su capacidad de actuación.[259]

Sin embargo, esta postura es criticada porque se entiende, desde otra mirada, que siempre existirá una cuestión de suma subjetividad en la aplicación de esta regla, ya que la participación en otra sociedad o sociedades pueden no ser el principal negocio y, en definitiva, para determinarlo habrá que hacerlo a través del deber de información correlativo del control estatal del Estado Argentino sobre la sociedad participante. Es decir, que en definitiva, se vuelve siempre al asiento de la inscripción o registración, que es el del domicilio, sobre todo porque para nuestro derecho el registro es constitutivo de la personalidad del ente.

Es decir, que la capacidad jurídica, o capacidad de derecho, de una sociedad constituida en el país, como la de una sociedad constituida en el extranjero, se rige por las disposiciones de la ley 19.550.

Sentado este principio, parecería que tanto dentro del territorio argentino, como fuera de él, las sociedades inscriptas en la República están limitadas por el artículo 30

[258] Basz, Victoria, "Actuación Internacional de las sociedades", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, tomo 14, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 440.
[259] Rovira, Alfredo; "Los arts. 30, 31, 32 y 33 de la ley de sociedades comerciales y su aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1988, p. 581 y ss.

de la ley 19.550. Debemos señalar que ésta no es la postura dominante en nuestra doctrina societaria.

Asimismo, la jurisprudencia ha sido vacilante en admitir la aplicabilidad del art. 30 LSC a las sociedades constituidas en el extranjero. De hecho la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal llegó a conclusiones opuestas. Mientras que la Sala A en el fallo “Laboratorios Miles de Argentina S.R.L. s/ aumento de capital, cesión de cuotas y modificación” dictado el 15 de septiembre de 1980, sostuvo que el art. 30 en su redacción no establece excepción alguna que limite su aplicación a determinadas sociedades, concluyéndose que todas están comprendidas por la norma; con posterioridad (30 de septiembre de 1981) la Sala C en autos "Inval, Sociedad de Responsabilidad Limitada" sostuvo el criterio opuesto ya que entendió que la incapacidad del art. 30 de la ley 19.550 no alcanza a sociedades anónimas o en comandita por acciones regidas por un derecho extranjero ya que la sociedad extranjera se rige por la ley del lugar de su constitución en cuanto a su capacidad.[260]

b. La participación de una sociedad en otra: el art. 31 de la ley 19.550

El art. 31 de la L.S.C., como en forma reiterada y uniforme se ha sostenido en la doctrina, se refiere a la preservación del objeto social del ente constituido en el país. El legislador ha considerado que, atento a la importancia asignada al objeto social, en cuanto al juzgamiento de la conducta de los administradores y la imputabilidad de los actos sociales, era una consecuencia lógica y coherente para evitar que por la vía de las participaciones societarias se evadiera o relativizara la rigidez pretendida para el objeto social, como propósito fundamental que define la voluntad de los socios al comprometer sus aportes. En virtud de ello, sienta el principio según el cual "ninguna sociedad, excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libre y a la mitad de su capital y de las reservas legales.(...)"

El art. 31 es una norma imperativa para las sociedades constituidas en nuestro país, en virtud de regular un aspecto de la estructura societaria. El objeto social se tiene en cuenta a fin de medir el límite de la capacidad del ente constituido en nuestro país, pero la capacidad de aquellas sociedades que constituyan su elenco de socios queda regida por la *lex societatis* de las respectivas sociedades participantes. Según esta postura es inequitativo y carece de fundamento práctico y jurídico pretender

[260] El texto completo de los fallos se puede ver en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1988, p. 581 y ss, con nota de Alfredo Rovira.

imponer a los socios de una sociedad que se constituye en virtud de un derecho extranjero, una limitación que tal ordenamiento no contempla.[261]

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha inclinado por la no aplicación del art. 31. En este sentido, en un fallo del Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial N° 13 de Córdoba en autos "Construcciones Argentinas S.R.L. c. I.R.P.C." del 11 de abril de 1995 se sostuvo: "El art. 31 de la ley de sociedades 19.550, que restringe el quantum de la participación de una sociedad en otra con el objeto de tutelar a los accionistas de la sociedad, mediante la preservación de su objeto, no es de aplicación a las sociedades extranjeras, pues dicha preservación es ajena al interés de la Nación o de sus habitantes, dado que los eventuales efectos perniciosos se producirían para los socios de la sociedad extranjera".[262]

La doctrina mayoritaria apoya el criterio jurisprudencial dominante y en virtud de ello concluye que la participación de una sociedad constituida en el extranjero, en sociedades constituidas en la Argentina, contrariando las previsiones del art. 31 es legítima, pues tal acto no vulnera normas societarias de orden público.[263]

En una postura minoritaria, se encuentran autores como Alegría y Reyes Oribe que consideran aplicable este artículo en el ámbito del Derecho Internacional Privado a las sociedades constituidas en el extranjero que participen en sociedades locales.[264]

Como podemos observar tanto el art. 30 como el 31 se vinculan con la capacidad de las sociedades comerciales, en virtud de ello la solución que se adopte dependerá, en definitiva, de la postura que se asuma con respecto a someter o no tal aspecto a la ley de constitución de aquéllas.

c. Las participaciones reciprocas. La regla del artículo 32 de la ley 19.550

En lo que concierne a la norma contenida en el artículo 32, el problema no versa sobre la capacidad de derecho o sobre la capacidad en función del objeto societario (artículo 30 y 31). En la disposición ahora analizada podemos distinguir dos aspectos. Mientras en el primer párrafo se decreta la prohibición de constituir o aumentar el capital con participaciones recíprocas, en el segundo se admiten y limitan las participaciones entre sociedades controladas y controlantes.

---

[261] Rovira, Alfredo, "Los arts. 30, 31...", p. 595.
[262] *LL* 1997-A, 168 , con nota de Tomás Machado de Villafañe.
[263] Machado de Villafañe, *Tomás;* "Inaplicabilidad del artículo 31 de la ley de sociedades a las sociedades extranjeras (Un fallo que reafirma la doctrina mayoritaria)", en *LL* 1997-.A, p. 168 y ss.
[264] Alegría, Héctor y Reyes Oribe, Aníbal Manuel; "Participaciones societarias en el Derecho Internacional Privado argentino", en *La Información*, t. XLIII, p. 1298.

En el primer caso, la prohibición parece estar más referida a los constituyentes, fundadores, administradores y directores que a la persona jurídica presuntamente participante. En efecto, no puede pensarse que se admita un capital ficticio, ni que sea válida la decisión de una sociedad de participar en esa condición.

Dos capitales societarios con un mismo y único soporte económico, donde los mismos bienes estarían formando parte al mismo tiempo de capitales diferentes, provocarían que una de las sociedades no tendría realmente capital, faltando así un elemento indispensable para su existencia (art. 11 inc. 4°). Como en realidad estaríamos ante un fraude inadmisible, tanto se trate de una sociedad domiciliada en el país, como de una extranjera que pretendiera participar en esas condiciones dentro del ámbito territorial argentino, la doctrina, casi unánime, sostiene que la norma es aplicable en todos los casos, el orden público hace su valladar a la autonomía de la voluntad de los constituyentes o participantes y a la aplicación del derecho extranjero.

Incluso quienes sostienen la inaplicabilidad del los arts. 30 y 31 LSC, por entender que estas normas no se refieren a la capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero, sometida a la ley de su constitución, entienden que el art. 32 se diferencia de aquéllas porque éste tiende a la protección de terceros quienes ven en el patrimonio social la prenda común de sus acreencias. No hacer aplicable el art. 32 a una sociedad constituida en el extranjero, permitiéndose así la existencia de participaciones recíprocas, implicaría desconocer el principio de la intangibilidad y realidad del capital social. Se trataría de una norma de orden público, que ningún derecho extranjero podría vulnerar.[265]

Siguiendo esta línea de pensamiento tampoco se podría admitir que una sociedad argentina participara en forma recíproca con una sociedad fuera del territorio nacional, aun cuando allí se admitiera, pues la sociedad nacional esta sometida al control del Estado argentino y no podría aceptarse el deterioro del capital por una participación ficticia.

Según la doctrina mayoritaria, entonces, se aplica el art. 32 a las sociedades extranjeras que participen en sociedades locales y se extraterritorializa para los casos de sociedades argentinas que participen en sociedades fuera del ámbito del territorio de la República.

[265] Rovira, Alfredo, "Los arts. 30, 31...", p. 597.

C. La extensión de la responsabilidad: la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica y el derecho societario argentino

Uno de los instrumentos jurídicos que ha resultado sumamente útil a fin de corregir los abusos cometidos por las sociedades y los grupos multinacionales ha sido la denominada "teoría de la desestimación de la personalidad jurídica.[266] Sus postulados fueron tomados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la "consideración esencial"[267] a tener en cuenta para resolver el célebre caso Swift, del cual nos hemos ocupado en otra oportunidad.[268]

La personalidad jurídica de las sociedades es un medio, un instrumento técnico jurídico. Así lo han advertido autores de la jerarquía de Isaac Halperín, Carlos Odriozola, Enrique Zaldivar, Horacio Fargosi y Gervasio Colombres en la Exposición de Motivos de la ley 19.550 de 1972: la sociedad, en tanto sujeto de derecho, es "una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita en fin una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación".[269] Como podemos observar cuando fue sancionada la ley de sociedades comerciales ya se vislumbraba la necesidad de evitar un uso desviado, abusivo de la personalidad societaria, exorbitante respecto del fin tenido en mira por el ordenamiento para reconocerla. A esta reflexión se debe la redacción del art. 2 de la LSC, que dispone que la sociedad

---

[266] En doctrina se han dado diversas denominaciones a esta teoría. En efecto, se habla de abuso, desviación, simulación, o uso fraudulento de la personalidad, de levantamiento, corrimiento, y penetración del velo, desestimación, superación, prescindencia, limitación, redhibición, inoponibilidad y allanamiento de la personalidad jurídica. Una extensa y detallada enumeración de las diversas denominaciones de la teoría se puede hallar en Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, *Derecho Societario. Parte General,* Tomo III: La personalidad Jurídica Societaria, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994.

[267] La Corte Suprema expresa: "la consideración esencial para decidir el punto radica en destacar que el régimen de la personalidad jurídica no puede utilizarse en contra de los intereses superiores de la sociedad ni de los derechos de terceros. Las técnicas manipuladas para cohibir el uso meramente instrumental de las formas societarias varían y adoptan diferentes nombres, pero todas postulan en sustancia la consideración de la realidad económica y social y la supremacía del derecho objetivo. Es obvio que esto adquiere particular relevancia cuando los jueces deben enfrentarse con los complejos problemas jurídicos que suscita la fenomenología moderna de los grupos societarios. Particularmente en sus interferencias y conexiones y con relación al carácter supranacional que es su nota característica en la vida contemporánea, todo lo cual consolida los poderes de concentración por las dificultades que presenta su control, la difusión de su influencia y el entrecruzamiento de sus redes de administración, con sociedades filiales reales o aparentes".

[268] Véase un detenido análisis del caso Swift en Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica Sofía y Scotti, Luciana Beatriz, "El célebre caso Swift en la República Argentina: un fallo aleccionador u otra asignatura pendiente?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 403.

[269] Expresión de Motivos de la ley 19.550, Cap. I, Secc. 1.2.

es un sujeto de derecho con *el alcance fijado en esta ley.* Es decir, la personalidad jurídica es un recurso técnico destinado a facilitar el cumplimiento del objeto social, cuyo alcance determina la ley. Así lo ha destacado la doctrina mayoritaria.

Fargosi ha expresado, en esta inteligencia, que "la sociedad es un medio técnico dispuesto por el orden jurídico para la satisfacción de determinados intereses. Y esos intereses no tienen otros titulares que los hombres de carne y hueso, destinatarios naturales y por antonomasia de las normas jurídicas".[270] En el mismo sentido, Cabanellas de las Cuevas señala que "la personalidad jurídica es fundamentalmente una técnica, susceptible de operar en materias ajenas a la actividad económica, para imputar derechos, y obligaciones.[271]

Garrigues, por su parte, destaca que este instrumento técnico puede dar lugar a un uso indebido, a un mal uso o abuso del mismo. Ante este abuso de la personalidad jurídica, ha reaccionado la jurisprudencia y la doctrina, principalmente la americana y la alemana. La primera a través de la preterición de la forma jurídica de la personalidad (*Misachtung der Rechtform der juristische Person*) y la segunda a través del desconocimiento de la personalidad jurídica o *Disregard of legal entity*.[272]

Para el estudio de la mentada teoría, no se puede soslayar la obra de Rolf Serick: *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica* (Barcelona, 1958). Serick, advierte sobre la necesidad de procurar la elaboración de reglas fundamentales que determinen la posibilidad de penetrar hasta el sustrato de la persona jurídica, para lo cual han de tenerse en cuenta los resultados aportados por el derecho comparado. A tal fin el autor, enumera sus cuatro proposiciones básicas para dar respuesta a la problemática planteada, las que transcribimos a continuación, atento a la importante influencia que han tenido en el tratamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinario en nuestro país y en el derecho comparado.

Su primera proposición expresa: "Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios.

---

[270] Fargosi, Horacio, "La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil", en *II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.

[271] Cabanellas, Guillermo (h), "Aspectos procesales de las sociedades extranjeras", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1999, p. 1 y ss.

[272] Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, cuarta edición, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.

Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros.

Por tanto, sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados."

La segunda proposición de Serick indica: "No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico.

Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción".

Por su parte la tercera proposición reza: "Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideran valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma."

Finalmente la cuarta proposición señala: "Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva".[273]

A modo de conclusión, Serick expresa que la persona jurídica no es un fenómeno natural, sino que es una figura ideal para la persecución de determinados fines. Por ello, el autor considera que es posible descartar la personalidad jurídica de la sociedad en un caso concreto para penetrar hasta los hombres o los objetos que se hallan detrás de la persona colectiva.

En la República Argentina, recién en 1983 mediante la ley 22.903 se dio recepción en nuestro derecho a la doctrina anglosajona del *disregard of the legal entity*, en el art. 54 bajo el título "Inoponibilidad de la persona jurídica".[274] A través de

[273] Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, con comentarios de José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

[274] Art. 54 LSC: "Dolo o culpa del socio o del controlante. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

ella se dispone la inoponibilidad por parte de los socios o controlantes de la personalidad jurídica societaria y su responsabilidad ilimitada y solidaria por los perjuicios causados, tanto frente a los restantes socios como a los terceros. El contrato es válido y eficaz, pero en los supuestos contemplados por la norma la personalidad societaria no va a ser oponible**.** La Comisión redactora de esta norma hizo hincapié en la "vertiente ética" de un criterio que se ajusta al reconocimiento de la personalidad que no debe servir para violar el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales.

Sin embargo, la doctrina de la desestimación de la personalidad ya había sido admitida en nuestra doctrina y jurisprudencia (un ejemplo de ello es el mencionado caso Swift) fundándose en principios de la simulación ilícita, del abuso del derecho, en la doctrina fiscal del conjunto económica, en el fraude a la ley.

Dicha teoría fue utilizada en innumerables oportunidades por nuestros tribunales en todos aquellos casos en que mediante la constitución o actuación de sociedades ficticias, se abusó de la personalidad jurídica reconocida legalmente, atentando contra los intereses tutelados por el derecho,[275] pero en la gran mayoría de los casos se la ha calificado como una técnica de carácter excepcional y de alcance restrictivo. [276]

Ahora bien, a raíz de la consolidación en la doctrina y en la jurisprudencia de tal criterio restrictivo, se ha cuestionado, entre otros muchos aspectos, si la teoría que

---

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Inoponibilidad de la personalidad jurídica

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

[275] La Teoría de la inoponibilidad o desestimación de la personalidad jurídica tuvo aplicación en materia laboral ("Aybar, Rubén y otro c/ Pizzería Viturro S.R.L." de 1973, en *ED* 50-171), en el campo del derecho administrativo ("Marcos Pechernik y Marcos Pechernik SACIFI", de 1967, en *ED* 19-741) en el ámbito del derecho fiscal ("Parke Davis y Cía S.A," de 1970 en *ED* 43-271), en relación al derecho sucesorio y de familia ("Astesiano, Mónica c/ Gianina SCA y otros", de 1978 en *ED* 79-351; "Morrogh Bernard, Juan c/ Grave de Peralta de Morrogh Bernard y otro" de 1979, en *LL* 1979-D, 237), en materia concursal y de grupos de sociedades (el comentado Caso "Swift" de 1973 y más recientemente, "Macri, Francisco y otros s/ infracción a la ley 23.771", de 1994, en *Doctrina Societaria y Concursal* t. VI, p. 390, N° 31, entre otros), en el ámbito de la operatoria bancaria y financiera ("Peckar, Jaime y otros c/ Peña, Jaime J. y otros", de 1997, en el que la sala D de la CNCom resolvió que la actuación de una mesa de dinero dentro de una institución bancaria constituyó un recurso para violar la "ley del banquero" que habilitó la acción prevista en el art. 54 in fine de la LS contra los directores del banco, para recompensar los perjuicios ocasionados a los ahorristas actores).

[276] Acerca de la interpretación restrictiva o amplia en relación con el alcance de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, se puede ver entre otros, Favier Dubois, Eduardo, "La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la

venimos analizando es aplicable a las sociedades extranjeras que actúan en el país, sea en forma permanente, a través de filial o en actos aislados.[277]

No podemos ignorar que cuando se conjugan la teoría que analizamos y el Derecho Internacional Privado, es decir cuando nos encontramos ante grupos transnacionales y ante legislaciones divergentes relativas al tratamiento de la persona jurídica, su aplicación se torna más compleja. En este sentido, Behrens señala que "en la medida que el derecho interno desconsidera la independencia de los integrantes del grupo, nacionales o extranjeros, y se atiene al vínculo empresario internacional, no sólo se quiebra el principio de la separación entre las personas jurídicas y sus titulares, sino también se atraviesa el límite de las distintas legislaciones nacionales".[278] No obstante, otra corriente, minoritaria, sostiene que las cuestiones relativas a la penetración de las sociedades corresponden al orden público y serían insusceptibles de extraterritorialidad.[279]

Sin dudas, si negamos la aplicación extraterritorial de la Teoría de la penetración de la personalidad societaria no sólo será sumamente difícil encontrar fundamentos a fin de extender la responsabilidad a las casas matrices, sino que además, en una economía global caracterizada por la actuación de empresas multinacionales y por la inversión de capital extranjero, la doctrina de la inoponibilidad

---

Argentina del Siglo XXI", en *Revista de Doctrina Societaria ERREPAR*, N° 166, septiembre de 2001.

[277] Si bien la jurisprudencia al respecto ha sido ambivalente, podemos hacer referencia al caso "Macri, Francisco y otros s/ infracción a la ley 23.771", de 1994, en el cual se aplicó la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica a una sociedad extranjera. En tal sentido el tribunal expresó: " Debe tenerse por comprobado que una sociedad extranjera no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz cuando: a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario de la sociedad extranjera; b) la constitución de esta última con un capital irrisorio, tanto por su monto como en relación con las utilidades obtenidas; c) los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz; d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a la zona franca uruguaya, para su posterior comercialización, los automotores de las mismas marcas que la controlante produce; e) la sociedad controlante cancelaba las cartas de crédito abiertas por las compras efectuadas en el exterior, a la vez que autorizaba los pagos de los servicios de la extranjera, etcétera. En materia de abuso de la personalidad se impone distinguir dos tipos de situaciones: a) Casos en que el resultado de la acción importa el allanamiento, esto es, el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad o asociación. Tal es el de la simulación absoluta de la sociedad, o en los casos de nulidad por objeto ilícito, en ellos es adecuado hablar de desestimación propiamente dicha" o absoluta. b) Casos en que el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad o ineficacia de la sociedad o asociación frente a un acto o actos determinados. En estos supuestos, la calidad de sujeto de derecho se mantiene vigente en todos sus aspectos, pero esa calidad no ampara los actos realizados en contra o abuso de la ley. En ellos, el término desestimación se refiere a una desestimación limitada o parcial" (Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23.771, C.Fed. San Martín, Sala I, 28-IV-94, Sociedades II, Errepar, N° 31).

[278] Behrens, P., "Der Durchgriff..." p. 315, citado por Manovil, Rafael Mariano*, Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1053.

[279] Serick, R., "Zur Anerkennung...", ps. 639 - 640, citado por Manovil, Rafael M., ibidem, p. 1053.

de la personalidad jurídica societaria quedaría reducida a un campo de aplicación extremadamente limitado, y por otra parte se desaprovecharía un instituto que podría brindar valiosas soluciones.

4. LA INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y LOS GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES. EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA DE GRUPOS ECONÓMICOS EN EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO[280]

Cabe señalar que así como el mencionado caso Swift resultó ser un precedente muy importante tenido en cuenta en la reforma de la ley de sociedades comerciales que incorporó el texto sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica al art. 54 de dicho cuerpo legal, ya analizado, también incidió en la reforma de 1983 (Ley 22.917) de la Ley de Concursos y Quiebras de 1972 (Ley 19.551), en tanto consagró el principio de la extensión de la quiebra hacia toda persona jurídica que abusando de la personalidad jurídica defraudare a sus acreedores. A su turno, en 1995, con la sanción de la ley 24.522, se contempló el fenómeno de los grupos económicos o agrupamientos de empresas en relación a la regulación del concurso preventivo.

En efecto, nuestra ley de concursos y quiebras vigente (LCQ N° 24.522) contiene diversas normas sobre el concurso en caso de grupos económicos y sobre extensión de la quiebra. En sus arts. 65 a 68 regula un procedimiento concursal especial para el caso de que alguna de las empresas que compone un grupo económico se encuentre en cesación de pagos. Este procedimiento particular se caracteriza por: la necesidad de concursar a todas las personas que integran el grupo, aunque alguna de ellas no se encuentre en estado de cesación de pagos, siempre que exista la certeza de que tal estado de las demás integrantes del grupo pueda afectarla; resulta competente el juez al que le corresponda entender en el concurso de la

[280] Sobre el interesante tema de la extensión de la quiebra y los grupos económicos, puede verse, Bergel, Salvador, "Extensión de la quiebra por confusión patrimonial", *LL* 1985-B, 754."Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante" (art. 165 inc. 2°, Ley 19.551), *LL* 1984-D, 972, entre otras obras; Gebhardt, Marcelo, "Insolvencia del grupo empresario", *LL* 1985-D, 899.; Holand, Mario, "La nueva figura del concurso en caso de agrupamiento", en *Derecho y Empresa* N° 4, 1995 p. 151; Manovil, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado,* Ed. Abeledo Perrot, Bs As., 1998. "El grupo insolvente y el concurso del garante: glosa crítica de algunas novedades de la ley de concursos", en *Derecho y Empresa* N° 4, 1995, p. 155, entre otras obras.; Martorell, Ernesto, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ed. Ad Hoc., Buenos Aires, 1991. "Default de megaempresas y grupos económicos: responsabilidad laboral, concursal y societaria", en *ED 195-819* (2002); Miguens, Héctor , "El nuevo derecho de los grupos de sociedades en crisis: las actuales tendencias en Europa y los Estados Unidos", en *Derecho y Empresa*, Universidad Austral N°4, 1995. Orquera, Juan Pablo, "La extensión de quiebra en insolvencias transnacionales", en *Sociedades y Concursos en el MERCOSUR*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, entre otros.

persona con activo más importante; la sindicatura en principio es única, al igual que el informe general del síndico; se seguirá un procedimiento concursal por cada persona física o jurídica que integre el agrupamiento, entre los aspectos más importantes.[281]

Por su parte, la ley concursal establece un mecanismo de extensión de la quiebra en los artículos 160 a 171. La decisión de extender la quiebra persigue ampliar la masa activa que responderá frente a los acreedores. Esto significa que el sujeto al que se le extiende la quiebra no necesariamente será insolvente, lo que genera serios cuestionamientos a causa de la pérdida de la empresa en marcha, de las fuentes de trabajo y de la muy factible realización a valores inferiores a los reales.

A los fines del presente trabajo, nos interesa particularmente el art. 161 que prevé los casos en que existe alguna conducta reprochable de sujetos vinculados con la fallida que amerita la extensión de la quiebra como sanción.

El primer supuesto contemplado en el art. 161 LCQ (extensión de la quiebra por actuación en interés personal) pretende sancionar la actuación del socio, que bajo la apariencia de la fallida ha efectuado los actos en interés personal, y dispuesto de los bienes sociales como si fueran propios, en fraude a los acreedores.

En este caso, se debe configurar: 1) la actuación de un sujeto distinto del fallido (persona física o jurídica); 2) la actuación en interés personal, bajo la apariencia de que los actos eran realizados por la fallida; 3) la disposición de los bienes en su beneficio; 4) la actuación en fraude a los acreedores.

El segundo supuesto que prevé el art. 161 es el de la extensión de la quiebra a la sociedad controlante por abuso de control societario.

Aquí, se deben reunir las siguientes condiciones: 1) la sociedad controlante debe ostentar el control de la fallida principal; 2) la fallida debe ser parte del grupo económico de la controlante; 3) el control debe tener por finalidad desviar el interés social de la quebrada, en interés de la controlante o de todo el grupo económico, 4) debe existir una dirección unificada a la que quedó sometida la sociedad controlada.

Finalmente, el tercer supuesto del art. 161 es el de confusión patrimonial inescindible, es decir aquella que impide la determinación clara de los activos y pasivos de cada sociedad. Se comprueba la existencia de una sola unidad patrimonial, distribuida en distintos titulares, que hace necesaria la quiebra por extensión a todos éstos a fin de reunir en una sola masa las diversas porciones del patrimonio insolvente.

Mientras que en los dos primeros casos, se formarán y se liquidarán masas separadas, una por cada quiebra, a las que concurrirán los acreedores de cada

[281] Duer, Gabriela; "El concurso en caso de grupos económicos en la ley de concursos"; en *Revista Errepar*, septiembre de 2000.

deudor, en el tercer supuesto, se formará una sola masa que se distribuirá entre los acreedores de todas las fallidas.

Es dable destacar que el art. 172 consagra el principio de licitud de los agrupamientos: "Cuando dos o más personas formen grupos económicos, aún manifestados por relaciones de control pero sin las características previstas en el artículo 161, la quiebra de una de ellas no se extiende a las restantes". Por ende, según esta norma la existencia de un grupo económico no implica *per se* la extensión de la quiebra de uno de los restantes miembros del agrupamiento.

Tal como podemos apreciar, nuestra legislación concursal si bien se ocupa del fenómeno de los grupos económicos, nada dice al respecto de su actuación internacional, pese a la posibilidad cada vez más frecuente de que ello ocurra atento al desarrollo actual de las relaciones comerciales internacionales.

En este sentido, Boggiano ha analizado los efectos que puede producir la declaración de la quiebra por un juez argentino, respecto de una filial local, sobre la sociedad matriz con sede en el extranjero, en caso de extensión de la responsabilidad de la filial a la matriz. Para el autor, el control económico de la filial por la matriz debe ser juzgado como una cuestión de hecho sometida a las normas procesales probatorias del tribunal, es decir a la *lex fori*. Cabe destacar que distingue este control económico como realidad fáctica de la situación jurídica de control como influencia dominante o participación societaria (art. 33 Ley 19.550) por cualquier título que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones de los órganos de la sociedad. Esta participación societaria, señala el doctrinario, se rige por los derechos de las sedes de las sociedades participantes, por ende, habrá acumulación de leyes aplicables, con lo cual el derecho societario más exigente determinará los límites y recaudos de la participación.

Siguiendo al mismo autor, a su entender, puede configurase el caso de extensión de la quiebra de una sociedad jurídicamente autónoma y económicamente controlada. En tales supuestos, deberán considerarse dos cuestiones en relación con la jurisdicción internacional para declarar la extensión de responsabilidad. Por un lado, la determinación de la situación fáctica de grupo, establecida mediante el control económico. Dicha determinación, según ya dijimos, la harán los jueces nacionales conforme a la *lex fori*. En cambio, otra cuestión es la que se plantea cuando se pretende extender la quiebra de una filial con sede en el país del juez a otras sociedades del grupo. En tal caso, es necesario distinguir, en primer lugar, si la sociedad matriz o filial del mismo grupo a la cual se decide extender la responsabilidad por las deudas de otra, tiene su sede en el territorio del juez. En caso de respuesta

negativa, según Boggiano, el juez local carecería de jurisdicción. En segundo lugar habrá que averiguar si las restantes sociedades del grupo tienen sede o exclusivo centro de explotación en la República, en los términos del art. 124 de la ley de sociedades. En tal supuesto, los jueces argentinos estarían facultados para extender la quiebra a esas filiales también radicadas en el país, siempre que se configuren los requisitos del art. 161 de la ley 24.522, los cuales serán apreciados según la *lex fori*.

Por su parte, es dable destacar, que de acuerdo a este autor, se estaría dictando una sentencia abstracta si se extiende la responsabilidad a una sociedad con sede y bienes fuera de su jurisdicción, en virtud del denominado foro del patrimonio.

En cambio, con respecto a la extensión de la quiebra a filiales argentinas controlantes, aún cuando la matriz estuviera localizada en el extranjero podría ser procedente siempre que se encuentren presentes los presupuestos exigidos por la ley concursal. [282]

Realizadas las consideraciones precedentes, abordemos en el próximo capítulo la relación entre insolvencia y grupos económicos transnacionales en el MERCOSUR.

[282] Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

XIII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES EN EL MERCOSUR

XIII. INSOLVENCIA INTERNACIONAL Y GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES EN EL MERCOSUR

Tal como ya hemos destacado, en el momento actual, no existe un instrumento propio del MERCOSUR en materia de insolvencia internacional, pese a ser un área pertinente a ser armonizada para el fortalecimiento del proceso de integración, según hemos señalado en el capítulo XI.

En este capítulo, veremos que nuestro bloque tampoco cuenta con un marco autónomo que regule el régimen internacional de las sociedades y de los grupos económicos que actúan en la región.

Sin embargo, tal como fuera mencionado en el capítulo III, el grado de desenvolvimiento de empresas transnacionales en América Latina y por tanto en los Estados que integran el MERCOSUR es importante y cada vez en mayor escala se aprecia el desarrollo y actuación de empresas "translatinas", es decir, constituidas en un Estado de la región, pero que despliegan su actividad en todo o en parte de su territorio.

Resulta evidente que este fenómeno responde a la liberalización de los mercados y al aumento del comercio internacional, en general, y principalmente a los procesos de integración regional existentes en nuestro continente. En particular, el MERCOSUR, espacio integrado del que nos ocupamos en este trabajo, que de constituirse en un mercado común, debería propender a la consagración de la libertad de establecimiento, para lo cual debería contar con normas armonizadas en materia societaria.

Hemos estudiado en capítulos precedentes la situación normativa de los Estados miembros del MERCOSUR en materia de insolvencia, así como nuestra regulación sobre sociedades constituidas en el extranjero y grupos económicos transnacionales. Antes de realizar las conclusiones de este trabajo de investigación, así como esbozar algunas recomendaciones, resta analizar la legislación vigente en los otros miembros del MERCOSUR sobre actuación internacional de las sociedades; y en especial de los grupos económicos, tanto en el derecho societario como concursal.

1. LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN EL MERCOSUR

A. Fuente Interna:

En relación con nuestro país, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo precedente.

a) BRASIL: Si bien el legislador ha optado por el lugar de constitución para determinar la ley aplicable a las sociedades extranjeras, la República Federativa del Brasil exige a nivel constitucional la previa autorización estatal a cualquier sociedad que pretenda actuar en dicho país. Según lo establecido por el Decreto 2.627 de 1940, las sociedades extranjeras cualquiera sea su objeto, no pueden funcionar en el país por sí mismas o por filiales, sucursales, agencias o establecimientos que la representen sin autorización del Gobierno Federal y la solicitud de autorización implica la presentación de un conjunto de documentos e información relativa a la sociedad. En su caso, según las disposiciones legales, el Gobierno Federal al momento de autorizar la actuación de la sociedad extranjera podrá establecer condiciones adicionales en la medida que las mismas resulten de conveniencia para la defensa de los intereses involucrados. A su turno, el artículo 68 establece que las sociedades anónimas autorizadas a funcionar en el país, se encontrarán sujetas a las leyes y a los tribunales brasileños en cuanto a los actos y operaciones practicadas en el territorio y según el artículo 69 cualquier modificación estatutaria no surtirá efecto alguno en Brasil si no cuenta con la autorización previa del Gobierno Federal. Están obligadas, además, bajo pena de serle cancelada la autorización para funcionar, a reproducir en el órgano oficial de la Unión y del Estado, las publicaciones que según su ley nacional o de origen sean obligadas a hacer, relativas al balance, la cuenta de ganancias y pérdidas y los actos de su administración.[283]

b) PARAGUAY: El Código Civil Unificado determina que a las sociedades extranjeras se les aplica en cuanto a su existencia y capacidad la ley del país de su domicilio (art. 1196), entendiéndose por tal el lugar donde se encuentra el asiento principal de sus negocios. Por su parte, el artículo 1199, establece de modo similar al artículo 124 de la LSC argentina que la sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República y cuyo principal objeto esté destinado a cumplirse en ella, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución y de su reforma y fiscalización en su caso.

c) URUGUAY: La República Oriental del Uruguay regula el tema societario tanto en la Ley 16.060 de sociedades del año 1989 y sus modificatorias, así como en el

[283] Rodriguez Olivera, Nuri y otros; "Extraterritorialidad societaria y Mercosur", en *Derecho Económico*, N° 19-9-1992.

artículo 2394 del Código Civil.[284] Esta legislación es casi idéntica a la ley argentina, no obstante no tiene una norma similar al artículo 123 de LSC. El artículo 192 dispone que las sociedades constituidas en el extranjero se rigen en cuanto a su existencia, capacidad, funcionamiento y disolución por la ley del lugar de su constitución, excepto violación al orden público, y contiene una disposición destinada a evitar el problema de las calificaciones cuando establece que por "ley del lugar de constitución" se entiende la del Estado donde se cumplan con los requisitos de fondo y forma exigidos para su creación, tal como también dispone la CIDIP II sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles. Ahora bien, no ocurre lo propio en materia de fraude societario, dado que el artículo 198 de la ley uruguaya, establece que las sociedades constituidas en el extranjero con sede principal u objeto principal en el país, están sujetas a todas las disposiciones de la ley uruguaya, incluyendo las relacionadas con los requisitos de validez del contrato social.[285]

En síntesis, podemos advertir que mientras en Argentina, Brasil y Uruguay prevalece el criterio de la ley del lugar de constitución, no ocurre lo propio con Paraguay, donde el legislador ha optado como punto de conexión por el del domicilio.

B. Fuente Convencional

a) A nivel autónomo: No existe una regulación de las sociedades en el MERCOSUR en el nivel autónomo.

El único instrumento que en materia de regulación societaria cuenta el espacio integrado MERCOSUR es el Tratado para el Establecimiento del Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileña, de 1990. Tal como podrá advertirse se trata de un antecedente a la conformación del bloque económico en 1991, pero opera actualmente en el mismo. En rigor de verdad, este marco normativo se caracteriza por generar empresas de carácter binacional, pero no se configuran como empresas supranacionales, sino que se someten a la legislación de los países que intervienen en ellas, resultando una sociedad argentina o brasileña conforme a las formas jurídicas admitidas por la Argentina o Brasil según el caso, es decir que se ajustan a la ley del país de sede, pero en base a condiciones que el Estatuto de la Empresas Binacionales impone.

[284] Rippe, Siegbert, *Sociedades Comerciales*, Fundación Cultura Universitaria, 1993.
[285] Cabe señalar que existe un Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado presentado a la Asamblea General el 14 de septiembre de 2004 que contiene normas específicas sobre personas jurídicas en el capítulo VI (arts. 35 a 38) que, en líneas generales, sigue los principios de la ley 16.060.

Existe un doble registro, lo que establece un contacto permanente entre las autoridades de aplicación de ambos países.

La autoridad de aplicación es designada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en la Argentina es la Inspección General de Justicia y en Brasil, la Secretaría de Política Industrial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

El Comité Binacional Permanente de Implementación y Seguimiento creado por el Estatuto está expresamente reconocido por las reglamentaciones como el intérprete y supervisor de la aplicación en los dos Estados.

En relación a los aportes, se determina que el 80 % del capital y los votos deben pertenecer a inversores argentinos y brasileños y ninguno de ellos deberá tener un aporte inferior al 30 %.

En conjunto, los inversores nacionales de cada uno de los países tendrán derecho a elegir como mínimo, un miembro de cada órgano de administración y uno del órgano de fiscalización interna de la empresa. En referencia a la fiscalización privada, se impone la necesidad de existencia de un órgano de fiscalización que expresamente se prevé.

Los inversores podrán ser personas físicas o jurídicas de derecho privado o de derecho público de cualquiera de los dos países contratantes. Es dable señalar que el Estatuto brinda una calificación autárquica de inversor nacional, definiéndolo como aquél que tiene domicilio en alguno de los dos países.

Con respecto a las actividades que pueden realizar las empresas binacionales, éstas pueden ejercer todas aquéllas que no están prohibidas en el país sede, salvo las limitaciones establecidas por las disposiciones constitucionales. En definitiva estas sociedades gozarán del mismo tratamiento que cualquier otra entidad nacional. Sin perjuicio de ello, podrán ser beneficiadas con ciertos tratamientos especiales referidos por ejemplo a cuestiones de índole cambiaria, transferencias de utilidades, repatriación de capital.

Este tratamiento especial a las empresas binacionales se hace extensivo a sus sucursales, agencias, etcétera, establecidas en el otro país.

Si bien no se establece la obligatoriedad de adoptar un tipo social determinado, la doctrina considera que la sociedad anónima es la que resulta más apropiada a fin de constituir una empresa binacional.

Asimismo, cabe recordar que el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual del 5 de agosto de 1994[286] contiene normas

[286] En vigor desde el 6 de junio de 1996. Vincula actualmente a los cuatro Estados Miembros del MERCOSUR. El último país en ratificarlo fue Uruguay el 29 de julio de 2004.

atinentes a la materia societaria. Sin embargo, coherente con su título, no se ocupa del tema del derecho aplicable, sino de la jurisdicción internacional. En este sentido, se establece que las controversias que surgieren entre los socios, originados en el contrato de sociedad, serán dirimidas por los jueces donde la sociedad tenga su sede. En cambio, si el conflicto se origina en contratos en los que la demandada sea una sociedad es posible litigar ante los jueces de su domicilio, y si además, una sociedad con sede en un Estado realiza negocios en otro, a través de establecimientos, agencias o sucursales, puede demandársela ante el juez del lugar donde funcionan en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen o ante el juez que le competa a la sede social (artículos 9, 10 y 11).

Sin embargo, y sin perjuicio de estos emprendimientos, queda latente la necesidad de una adecuada armonización de las legislaciones en materia societaria entre los Estados partes del Tratado de Asunción, lo que brindaría certidumbre jurídica a los agentes económicos y contribuiría al desarrollo de relaciones comerciales de mayor envergadura.

Para lograr la tan mentada armonización, recordamos que Kaller de Orchansky analizaba comparativamente las legislaciones de los cuatro países miembros del MERCOSUR. Observaba que hay una mayor concentración legislativa en Argentina, Uruguay y Paraguay y mayor dispersión en el Brasil. Así advertía la autora que no existen diferencias legislativas sustanciales entre los regímenes societarios de los países del MERCOSUR; de hecho los consideraba fácilmente comparables y compatibles; en virtud de lo cual la armonización legislativa no debería verse como un objetivo lejano en materia de sociedades comerciales. [287]

b) A nivel heterónomo: La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979), que hemos analizado, se encuentra en vigor entre Argentina, Brasil, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, vale decir, alcanza a todos los Estados parte del MERCOSUR, lo que implica una regulación del régimen internacional de las sociedades que, si bien no se ha generado dentro del espacio integrado, al haber sido aprobada y ratificada por los países que integran el área hoy cumple una función significativa ante la ausencia de una regulación autónoma en la materia.

[287] Kaller de Orchansky, Berta, "Cómo lograr, fácilmente, la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del MERCOSUR", en *ED* 151 - 863.

Veamos ahora, cuál es la situación normativa en materia societaria en otro espacio integrado como es la Unión Europea, a fin de apreciar la posibilidad de aprovechar su larga experiencia en el camino hacia la armonización de legislaciones.

C. El Derecho de las Sociedades en la Unión Europea

El Tratado de Roma consagra el derecho de establecimiento de las sociedades constituidas según el derecho de un Estado miembro y con sede social en el interior de la UE. Esta libertad implica el reconocimiento mutuo de las sociedades en todos los Estados miembros. Asimismo, significa que las sociedades de un Estado miembro que se establecen en otro Estado miembro no pueden estar sometidas a otras formalidades que las previstas para las sociedades nacionales.

En efecto, el Capítulo 2 del Título III (Libre circulación de personas, servicios y capitales) de la Tercera parte del Tratado de Roma (Políticas de la Comunidad) se dedica a la regulación del Derecho de Establecimiento (arts. 43 a 48). El art. 43 dispone que "...quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, y especialmente, de sociedades, tal como se definen en el segundo párrafo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo relativo a los capitales." El artículo 44 especifica que a los efectos de alcanzar la libertad de establecimiento, el Consejo decidirá a través de Directivas (con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social). El Consejo y la Comisión deberán velar por la supresión progresiva de las restricciones a esta libertad, en cada rama de actividad, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales, o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas (art. 44.2.f). Además, tiene la función de coordinar, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros (art. 44.2.g). Y finalmente la disposición mencionada establece que "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 efectos de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo". Como vemos, en la primera parte del artículo se abandona el criterio de la nacionalidad, tan caro al espíritu de las legislaciones europeas, y en la segunda parte se elabora una calificación autárquica del concepto de sociedades.

Así, este reconocimiento amplio de la libertad de establecimiento generó de inmediato la necesidad de armonizar las legislaciones a fin de limitar los riesgos por las profundas diferencias entre las leyes nacionales, en eventual perjuicio de accionistas, acreedores y terceros.

En este sentido, en el seno de la UE, a partir de la década del sesenta se ha dictado una profusa normativa de índole comunitaria en materia de derecho societario. Así nos encontramos con normas tales como la **Directiva 68/151/CEE** (9/3/68) sobre Publicidad, validez de los compromisos y nulidad de las sociedades de capitales; la **Directiva 77/91/CEE** (13/12/76) sobre Constitución de las Sociedades Anónimas, mantenimiento y modificaciones de su capital; la **Directiva 78/855/CEE (9/10/78)** relativa a Fusiones nacionales de Sociedades Anónimas; la **Directiva 82/891/CEE (17/12/82)** sobre Escisiones nacionales de Sociedades Anónimas; **la Directiva 89/666/CEE** (21/12/89) relativa a la Publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al derecho de otro Estado; la **Directiva 89/667/CEE** (21/12/89) relativa a la Sociedad de responsabilidad limitada de socio único; la **Directiva 2004/25/CE (21/4/2004)** relativa a la oferta pública de adquisición (OPA) para garantizar los intereses de los accionistas (en especial los minoritarios), los empleados y terceros interesados**;** la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo del 18/11/2003 sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capitales **(COM (2003)703)**.[288]

Asimismo, vinculadas a la contabilidad de las sociedades, encontramos las siguientes directivas: la **Directiva 78/660/CEE** (25/7/78) sobre Cuentas anuales de las sociedades de capitales, que tiene por objeto coordinar las disposiciones nacionales de los Estados miembros referentes a la estructura y contenido de las cuentas anuales y del informe de gestión, los métodos de valoración y la publicidad de tales

[288] La Décima Directiva del 14/12/84 (COM (1984)727) sobre fusiones transfronterizas de las SA fue una propuesta bloqueada desde 1985 por las diferencias entre el Parlamento y el Consejo sobre el sistema de consulta de los trabajadores.

documentos para el conjunto de sociedades de capitales; la **Directiva 83/349/CEE** (13/6/83) sobre Cuentas consolidadas de las sociedades de capitales, por la cual se impone la obligación de establecer cuentas consolidadas a toda empresa (matriz) con poder legal para controlar a otra empresa (filial); la **Directiva 84/253/CEE** (10/4/84) relativa a la Cualificación de las personas encargadas del control legal de los documentos contables, el denominado **Libro Verde sobre el auditor legal** del 24/7/96 sobre la Función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la UE (COM (96)338); complementado con otras comunicaciones y recomendaciones de la Comisión de la UE; el **Reglamento 1606/2002/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo del 19/7/2002 sobre la aplicación de normas internacionales de contabilidad para sociedades que cotizan en Bolsa a los fines de la elaboración de sus cuentas consolidadas, en vigor desde 2005.

Por su parte, en lo que concierne al régimen fiscal de las sociedades, la UE cuenta con la **Directiva 90/435/CEE** (23/7/90) relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes; y con la **Directiva 90/434/CEE** (23/7/90) relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones entre sociedades de diferentes Estados miembros.

I. Por otro lado, la Unión Europea ha creado figuras, tipos propios, regidos por normas de derecho comunitario, entre las que podemos mencionar:

- La **AGRUPACIÓN EUROPEA DE INTERÉS ECONÓMICO (AEIE):** Creada por el Reglamento (CE) Nº 2137/85 (25/7/85) relativo a la constitución de la AEIE. Es el primer tipo societario comunitario.[289]
- El **ESTATUTO DE LA SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA (SCE):** Creada por el Reglamento (CE) Nº 1435/2003 del 22/7/2003 relativo a dicho Estatuto y la Directiva 2003/72/CE de la misma fecha que completa el estatuto en lo que respecta a la participación de los trabajadores.
- El **ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓMINA EUROPEA (SE):** Creada por Reglamento (CE) Nº 2157/2001 del 8/10/2001 que aprueba el estatuto y la Directiva 2001/86/CE de la misma fecha que completa el estatuto en lo relativo a la implicación de los trabajadores (en vigor desde 2004). El objetivo es crear una sociedad europea con su propio marco jurídico, con el fin de permitir a las

[289] No podemos olvidar que si bien la AEIE es la primera forma legal europea destinada a la colaboración entre empresas ya existían en algunos países tipos que son similares a aquélla en su regulación legal y en su finalidad económica. Así el derecho francés ya en 1967 introdujo el "*groupement d´ intérêt économique"* o GIE. En Bélgica existía la "*association momentanée*", en España ya eran reconocidas las *"agrupaciones de empresa"* y las *"uniones temporales de empresas",* entre otros ejemplos.

sociedades constituidas en distintos Estados miembros fusionarse, formar una sociedad holding o una filial común, evitando las obligaciones jurídicas y las prácticas que resultan de 25 ordenamientos jurídicos diversos.

- El **ESTATUTO DE LA MUTUALIDAD EUROPEA (ME):** Es una Propuesta de Reglamento que aprueba el estatuto y de Directiva sobre la participación de los trabajadores presentada el 18/12/91 (COM (91) 273/V y VI final).
- El **ESTATUTO DE LA ASOCIACIÓN EUROPEA (AE):** Es una Propuesta de Reglamento que aprueba el estatuto y de Directiva sobre la participación de los trabajadores a fin de posibilitar la actuación en todo el territorio de la UE a las asociaciones y fundaciones (COM (91) 273/V y VI final).

Tal como podemos apreciar, la Unión Europea cuenta con una importante y profusa reglamentación de la actuación de las sociedades en todo su territorio, que abarca diversos aspectos, muchos de los cuales están directamente vinculados con la concentración empresaria, principalmente por vía de la fusión, así como de la conformación de grupos de empresas.[290]

2. LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS TRANSNACIONALES EN EL MERCOSUR

A. Fuente interna

En relación con las normas nacionales relacionadas a los grupos económicos, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo precedente.

a. Los grupos económicos en el derecho societario y concursal brasileño[291]

En materia societaria, la Ley 6.404 del 15 de diciembre de 1976 sobre sociedades anónimas ofrece una regulación específica de los llamados grupos económicos en el Capítulo XXI: "Grupos de Sociedades".

Así, contiene disposiciones tanto en materia de grupos de hecho como de derecho.[292]

---

[290] Cabe recordar que la Unión Europea cuenta además con una normativa importante en materia de defensa de la competencia, a fin de evitar los efectos nocivos y las distorsiones perjudiciales que pueden ocasionar las concentraciones empresarias tanto en los mercados nacionales de los Estados miembros como en el mercado comunitario.

[291] En este apartado se incorporan traducciones de las normas brasileñas en vigor. Por tanto, en notas se pueden consultar los textos originales en portugués.

[292] La doctrina ha diferenciado a los grupos como de derecho o de hecho, según existan o no vinculaciones contractuales o societarias explícitas y registros adecuados para su identificación.

Con respecto a los primeros, cabe destacar que la Sección IV, art. 116 se ocupa de los deberes del denominado accionista controlador y el art. 117 de su responsabilidad.[293] El Capítulo XX se dedica a las sociedades coligadas (vinculadas), controladoras y controladas en ocho secciones, arts. 243 a 264.[294]

---

[293] **Deveres**
Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

Responsabilidade
Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.
§ 1º São modalidades do exercício abusivo de poder:
a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral;
f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas;
g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
h) subscrever ações, para os fins do disposto no art.170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.
§ 2º No caso da alínea "e" do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.
§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.
[294] CAPÍTULO XX: SOCIEDADES COLIGADAS, CONTROLADORAS E CONTROLADAS
SEÇÃO I: Informações no Relatório da Administração
SEÇÃO II: Participação Recíproca

Se considera controlada a aquella sociedad en la cual la controlante directa o indirectamente a través de otras controladas es titular de derechos de socio que le aseguren de modo permanente preponderancia en las deliberaciones sociales y el poder de elegir a la mayoría de los administradores.

Ya el Capítulo XXI se encuentra destinado a los Grupos de Sociedades (arts. 265 a 277), es decir a los grupos de derecho. La Sección I se dedica a sus características y naturaleza, la Sección II, a la constitución, registro y publicidad, la Sección III, a la Administración, la Sección IV, a los balances financieros y la Sección VI, a los perjuicios resultantes de actos contrarios a la convención constitutiva del grupo.

El art. 265 de la Ley 6.404/76 dispone que la sociedad controlante y las controladas pueden constituir un grupo por convención,[295] a través de la cual se obliguen a combinar recursos o esfuerzos para la realización de los respectivos objetos, o participar de actividades o emprendimientos comunes.[296] Al momento de la celebración de dicha convención, resulta necesaria la preexistencia de dominio, control interno, es decir aquél que deriva de los derechos del socio y accionista o que se configura mediante acuerdos entre los socios de la misma sociedad o entre éstos y accionistas de la controlante.

En el régimen brasileño, cada una de las sociedades que conforman el grupo mantienen su personalidad y patrimonio propios.[297] La designación del grupo como tal debe contener los términos “grupo de sociedades” o “grupo”.[298]

SEÇÃO III: Responsabilidades dos Administradores e das Sociedades Controladoras Administradores
SEÇÃO IV: Demonstrações Financeiras
SEÇÃO V: Subsidiária Integral
SEÇÃO VI: Alienação de Controle
SEÇÃO VII: Aquisição de Controle Mediante Oferta Pública
SEÇÃO VIII: Incorporação de Companhia Controlada

[295] La convención por la cual se constituye el grupo debe ser aprobada por las asambleas de cada una de las sociedades que lo integran con las mayorías requeridas para la modificación del estatuto y debe inscribirse en el registro de comercio y publicarse.

[296] **Características**
Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.
§ 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.
§ 2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no Art. 244.

[297] **Natureza**
Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.

[298] **Designação**

Es importante destacar que la sociedad controlante del grupo debe necesariamente ser brasileña y "ejercer directa o indirectamente, y de modo permanente, el control de las sociedades controladas integrantes del grupo, como titular de derechos de socio o accionista, mediante acuerdos de otros socios o accionistas.[299]

El art. 269 establece los requisitos necesarios que debe contener la convención que será aprobada por las sociedades que compongan el grupo,[300] y que debe ajustarse a las normas pertinentes para la modificación del contrato o del estatuto social.[301]

El grupo de sociedades para el derecho brasileño quedará formalmente constituido cuando la convención que lo crea, así como otros documentos que se identifican en la ley sean registrados en el Registro de Comercio de la sede de la sociedad de comando o controlante.[302]

Art. 267. O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".
Parágrafo único. Somente os grupos organizados de acordo com este capítulo poderão usar designação com as palavras "grupo" ou "grupo de sociedades".

[299] Cfr art. 265 § 1°. Ver Aguinis, Ana María M. de, *Empresas e inversiones en el MERCOSUR*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 367.

[300] Art. 269. O grupo de sociedades será constituído por convenção aprovada pelas sociedades que o componham, a qual deverá conter:
I - a designação do grupo;
II - a indicação da sociedade de comando e das filiadas;
III - as condições de participação das diversas sociedades;
IV - o prazo de duração, se houver, e as condições de extinção;
V - as condições para admissão de outras sociedades e para a retirada das que o componham;
VI - os órgãos e cargos da administração do grupo, suas atribuições e as relações entre a estrutura administrativa do grupo e as das sociedades que o componham;
VII - a declaração da nacionalidade do controle do grupo;
VIII - as condições para alteração da convenção.
Parágrafo único. Para os efeitos do número VII, o grupo de sociedades considera-se sob controle brasileiro se a sua sociedade de comando está sob o controle de:
a) pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil;
b) pessoas jurídicas de direito público interno; ou
c) sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob controle das pessoas referidas nas alíneas "a" e "b".

[301] Art. 270. A convenção de grupo deve ser aprovada com observância das normas para alteração do contrato social ou do estatuto (art. 136, V).
Parágrafo único. Os sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo têm direito, nos termos do art. 137, ao reembolso de suas ações ou quotas.

[302] **Registro e Publicidade**
Art. 271. Considera-se constituído o grupo a partir da data do arquivamento, no registro do comércio da sede da sociedade de comando, dos seguintes documentos:
I - convenção de constituição do grupo;
II - atas das assembléias gerais, ou instrumentos de alteração contratual, de todas as sociedades que tiverem aprovado a constituição do grupo;
III - declaração autenticada do número das ações ou quotas de que a sociedade de comando e as demais sociedades integrantes do grupo são titulares em cada sociedade filiada, ou exemplar de acordo de acionistas que assegura o controle de sociedade filiada.
§ 1º Quando as sociedades filiadas tiverem sede em locais diferentes, deverão ser arquivadas no registro do comércio das respectivas sedes as atas de assembléia ou alterações contratuais

El art. 272 habilita la formación de órganos de deliberación colegiados propios del grupo a cargo de su dirección general.[303] Esta previsión de la legislación brasileña, según Manovil, crea una suerte de organización funcional, independiente y sobrepuesta a la de los integrantes del grupo. Por ello, según el autor que seguimos tan solo restaría la existencia de un patrimonio propio para que el grupo tuviera personalidad jurídica.[304]

Según el art. 273, "a los administradores de las sociedades afiliadas, sin perjuicio de sus atribuciones, poderes y responsabilidades de acuerdo a sus respectivos estatutos o contratos sociales, compete observar la orientación general establecida y las instrucciones expedidas por los administradores del grupo que no importen violación de la ley o de la convención del grupo".[305]

En materia de balances e información, deben realizarse balances consolidados, comprendiendo todas las sociedades del grupo, y publicarse juntamente con el de la sociedad de comando o controlante.[306]

De acuerdo al art. 276, el accionista minoritario tiene el derecho de reclamar por los perjuicios sufridos por la gestión del grupo, cuando se hubiera infringido el

---

que tiverem aprovado a convenção, sem prejuízo do registro na sede da sociedade de comando.
§ 2º As certidões de arquivamento no registro de comércio serão publicadas.
§ 3º A partir da data do arquivamento, a sociedade de comando e as filiadas passarão a usar as respectivas denominações acrescidas da designação do grupo.
§ 4º As alterações da convenção do grupo serão arquivadas e publicadas nos termos deste artigo, observando-se o disposto no § 1º do art. 135.

[303] **Administradores do Grupo**
Art. 272. A convenção deve definir a estrutura administrativa do grupo de sociedades, podendo criar órgãos de deliberação colegiada e cargos de direção geral.
Parágrafo único. A representação das sociedades perante terceiros, salvo disposição expressa na convenção do grupo, arquivada no registro do comércio e publicada, caberá exclusivamente aos administradores de cada sociedade, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais.

[304] Cfr. Manovil, Rafael M, *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998, p.205.

[305] **Administradores das Sociedades Filiadas**
Art. 273. Aos administradores das sociedades filiadas, sem prejuízo de suas atribuições, poderes e responsabilidades, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção do grupo.

[306] Art. 275. O grupo de sociedades publicará, além das demonstrações financeiras referentes a cada uma das companhias que o compõem, demonstrações consolidadas, compreendendo todas as sociedades do grupo, elaboradas com observância do disposto no art. 250.
§ 1º As demonstrações consolidadas do grupo serão publicadas juntamente com as da sociedade de comando.
§ 2º A sociedade de comando deverá publicar demonstrações financeiras nos termos desta lei, ainda que não tenha a forma de companhia.
§ 3º As companhias filiadas indicarão, em nota às suas demonstrações financeiras publicadas, o órgão que publicou a última demonstração consolidada do grupo a que pertencer.
§ 4º As demonstrações consolidadas de grupo de sociedades que inclua companhia aberta serão obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários e observarão as normas expedidas por essa comissão.

deber de la sociedad controladora de velar por sus intereses y por los de la comunidad toda.[307]

Tal como podemos observar, la regulación interna de Brasil sobre grupos de sodiedades no realiza referencias expresas sobre su posible actuación transnacional y sus efectos.

Por otra parte, Brasil ha recogido en su legislación la figura de los consorcios en el Capítulo XXII (arts. 278 y 279).[308] En efecto, las compañías (es decir, las sociedades anónimas en nuestra legislación) así como el resto de las sociedades, sometidas o no a un mismo control, pueden constituir un consorcio para ejecutar un determinado emprendimiento, a través de un contrato aprobado por el órgano competente de cada sociedad para enajenar los bienes del activo permanente, y

[307] Art. 276. A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos, somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo.
§ 1º Consideram-se minoritários, para os efeitos deste artigo, todos os sócios da filiada, com exceção da sociedade de comando e das demais filiadas do grupo.
§ 2º A distribuição de custos, receitas e resultados e as compensações entre sociedades, previstas na convenção do grupo, deverão ser determinadas e registradas no balanço de cada exercício social das sociedades interessadas.
§ 3º Os sócios minoritários da filiada terão ação contra os seus administradores e contra a sociedade de comando do grupo para haver reparação de prejuízos resultantes de atos praticados com infração das normas deste artigo, observado o disposto nos parágrafos do art. 246.

[308] CAPÍTULO XXII: CONSÓRCIO
Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste capítulo.
§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.
§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo permanente, do qual constarão:
I - a designação do consórcio, se houver;
II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
III - a duração, endereço e foro;
IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.
Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

registrado en el Registro de Comercio del lugar de su sede, con la debida publicación posterior. No se le concede al consorcio personalidad jurídica propia, cada una de las sociedades integrantes responde por sus obligaciones, sin presunción de solidaridad alguna. Por tanto, la quiebra de una de las sociedades del consorcio no se extiende a las demás.

La legislación brasileña no contiene normas especificas **en materia de insolvencia** sobre grupos de sociedades.

b. Los grupos económicos en el derecho societario y concursal uruguayo

En materia societaria, la ley de sociedades comerciales Nº 16.060 de noviembre de 1989 establece en su art. 47 en cuanto a la participación de sociedades en otras sociedades que ninguna sociedad, excepto las de inversión, podrá participar en el capital de otra o de otras sociedades por un monto superior a sus reservas disponibles y a la mitad de su capital y reservas legales. Queda exceptuado el caso en que el exceso en la participación resulte del pago de dividendos en acciones, de la capitalización de reservas o de la capitalización del aumento patrimonial de acuerdo al art. 287.

El art. 48 se ocupa de las sociedades vinculadas, las que serán consideradas tales cuando una sociedad participe en más del diez por cierto del capital de otra. Si participa en más del veinticinco por ciento del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea tome conocimiento del hecho.

El art. 49 se dedica a las sociedades controladas y dispone que "se considerarán sociedades controladas aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias o en mérito a especiales vínculos, se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades. Una sociedad controlada no podrá participar por un monto superior al de sus reservas disponibles, en la controlante ni en una sociedad controlada por ésta..."

El art. 50, a su turno, dispone que “los administradores no podrán favorecer a una sociedad vinculada, controlante o controlada, en perjuicio de la sociedad administrada debiendo vigilar que las operaciones entre las sociedades se efectúen en condiciones equitativas o con compensaciones adecuadas. Serán responsables de los daños y perjuicios causados en violación de la norma”. Según el art. 51 sobre obligaciones y responsabilidad de la sociedad controlante, ésta deberá usar su influencia para que la controlada cumpla su objeto, debiendo respetar los derechos e intereses de los socios o accionistas. Responderá por los daños causados en caso de violación de estos deberes y por los actos realizados en abuso de derecho. El o los

administradores de la controlante serán solidariamente responsables con ella cuando infrinjan esta norma. Cualquier socio o accionista podrá ejercer la acción de responsabilidad por los daños sufridos personalmente o para obtener la reparación de los causados a la sociedad.

Finalmente, el art. 52 se ocupa de las participaciones recíprocas al establecer que será nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital, mediante participaciones recíprocas aun por persona interpuesta.

La ley 16.060 también establece ciertos casos de extensión de la responsabilidad sin la existencia de quiebra: el art. 189 consagra la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y el art. 190 prevé sus efectos; el art. 23 reconoce los supuestos de extensión de responsabilidad por objeto ilícito, por objeto prohibido y por actividad ilícita y el art. 54 regula el caso del socio oculto.

Cabe señalar que en Uruguay, si bien no se ha regulado sobre grupos económicos, la legislación ha recogido la figura de los grupos de interés. Esta modalidad fue creada por la legislación francesa de 1967. Se trata de sociedades que actúan en simpatía, con asistencia recíproca, técnica, comercial, o financiera, pero que conservan su individualidad y sus objetivos propios y se materializan a través de contratos asociativos.[309]

Por otra parte, **en materia concursal**, el Código de Comercio de Uruguay no prevé la extensión de la quiebra de modo análogo a nuestro artículo 161 de la ley 24.522. Tan sólo contempla la extensión de la quiebra a los socios de la fallida con responsabilidad solidaria (art. 1576), en similares términos a nuestro art. 160.

c. Los grupos económicos en el derecho societario y concursal paraguayo

La legislación paraguaya **en materia societaria** se encuentra muy dispersa. En el tema que nos ocupa encontramos el art. 1074 del Código Civil, según el cual “se considerarán sociedades controladas aquellas en las que otra sociedad posee un número de acciones tal que le asegure la mayoría de los votos en las asambleas, o a aquellas que en virtud de vínculos contractuales particulares, están bajo la influencia dominante de otra sociedad”.

Este cuerpo legal no contiene, sin embargo, ninguna previsión acerca de los efectos que se derivarían de dicho control.

[309] En esta misma línea, podemos mencionar los consorcios del derecho italiano, las uniones y asociaciones de empresas en España, el agrupamiento complementar de empresas de

En materia concursal, en la ley de quiebras 154 (art. 7) sólo se admite la extensión de la quiebra respecto de los socios de sociedades personales, en sintonía con el art. 160 de la ley concursal nacional.[310]

En cambio, la cuestión de la extensión de la falencia en caso de agrupamientos de sociedades no ha sido receptada por la legislación paraguaya.

B. Fuente convencional

Ni a nivel heterónomo ni a nivel autónomo existe un instrumento convencional que alcance a los países que conforman el MERCOSUR en materia de grupos económicos, ni en lo que respecta a sus particularidades en el derecho societario, ni en lo que concierne a sus implicancias en materia de derecho de la insolvencia.

3. SITUACIÓN EN EL MERCOSUR: BREVE SÍNTESIS

Mientras que Brasil, en el capítulo XXI de la ley de sociedades por acciones legisla cuidadosamente sobre "Grupos de Sociedades", la legislación uruguaya tan solo regula los grupos de interés económico, mientras que el derecho paraguayo no contiene norma específica sobre el tema. Ninguna de estas normativas legisla sobre grupos económicos en sus respectivas leyes concursales. En cuanto a la República Argentina, según observamos, no posee una legislación societaria específica y detallada sobre grupos y, en cambio, contiene reglas concretas en materia concursal sobre extensión de la quiebra en caso de agrupamientos de empresas.

Lo cierto es que los Estados miembros del MERCOSUR cuentan en sus legislaciones ya sea en materia societaria y/o concursal con algunas normas que regulan aspectos de la insolvencia de los grupos económicos, pero sin hacer referencias expresas al desenvolvimiento de los mismos en el ámbito internacional ni en el regional.

Por otra parte, no podemos soslayar la existencia de instrumentos internacionales que vinculan a los Estados integrantes del área y a terceros Estados. En efecto, el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1940 que

---

Portugal, los consorcios en Brasil, los acuerdos de colaboración empresaria y las uniones transitorias de empresas en nuestro país.

[310] El art. 7º de la Ley 154 dispone: “La declaración de quiebra de una sociedad produce la de sus socios de responsabilidad ilimitada. Todas las quiebras se tramitarán separadamente ante un mismo juzgado. La quiebra de un socio no produce la de la sociedad a la que pertenece. La parte que el fallido tenga en el activo social corresponde a los acreedores sociales, con preferencia a los particulares del socio". La misma disposición es aplicable al caso en que un individuo sea miembro de dos o más sociedades de las cuales una es declarada en quiebra.

vincula a la República Oriental del Uruguay, a la República del Paraguay y a la República Argentina dedica el título 8 a las quiebras internacionales y en su título 2 regula la materia societaria. Sin embargo, nada dispone acerca de los grupos económicos. Lo propio sucede con el Código de Sánchez de Bustamante y Sirven que vincula a Brasil con quince países latinoamericanos, entre ellos Chile y Bolivia, Estados Asociados al MERCOSUR. Por otro lado, ninguna de las Convenciones elaboradas y aprobadas en el marco de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado se dedica a la regulación de la insolvencia internacional. La CIDIP II sobre conflictos de leyes en materia societaria tampoco hace mención de los grupos económicos.

En suma, no existe regulación del tema ni a nivel autónomo ni a nivel heterónomo en el MERCOSUR, constituyendo un vacío normativo.

Esta carencia, sumada a las disparidades legislativas existentes, y en particular a la ausencia de normas de fuente interna en los Estados miembros sobre grupos de empresas transnacionales, y a una deficiente regulación del capítulo de la insolvencia internacional o transfronteriza constituyen factores de inseguridad jurídica, contraproducentes para la consolidación del esquema por tanto dicho estado de incertidumbre, de imprevisibilidad resulta un elemento altamente disvalioso para los operadores económicos que deseen realizar inversiones productivas en la región o, en general, contraer cualquier tipo de obligación. Por otra parte, esta laguna normativa en nuestro espacio integrado y las asimetrías y vacíos legislativos a nivel interno, darán lugar a interpretaciones divergentes por parte de los tribunales nacionales que sean convocados a juzgar casos de insolvencia transfronteriza de empresas que conformen un grupo que opere en el ámbito del MERCOSUR, generado una nueva fuente de inseguridad y fomentando el tan temido *forum shopping.*

A fin de superar esta situación, se propone la armonización legislativa de esta delicada y trascendente cuestión que involucra a destacados actores de las Relaciones Económicas Internacionales del Siglo XXI.

XIV.CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

XIV. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

A. CONCLUSIONES

a. En relación con los espacios integrados y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes en el MERCOSUR:

1. Los procesos de integración regional constituyen herramientas idóneas para alcanzar la inserción y el desarrollo socio - económico de los Estados en el escenario global.
2. A fin de fortalecer todo espacio integrado, tal como el MERCOSUR, la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en las áreas pertinentes se presenta como un elemento imprescindible.
3. A efectos de dar efectivo cumplimiento al compromiso asumido por los Estados partes del MERCOSUR en el Tratado de Asunción de 1991, resulta necesario encarar la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes.
4. Tales áreas pertinentes deben ser identificadas teniendo en cuenta los objetivos concretos que se han propuesto alcanzar los Estados a través de la creación del bloque integrado. En particular, deberá tratarse de materias, aspectos, ámbitos del derecho que resulten funcionales a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas, es decir los objetivos de un mercado común, en el que pretende erigirse el MERCOSUR a mediano o largo plazo.
5. Aún con todas sus virtudes, la armonización legislativa es un factor necesario pero no es suficiente para el logro y la superación de los ambiciosos objetivos que se propusieron los Estados partes en el Tratado fundacional. Ello debido a que, la integración, como fenómeno, tiene diversas dimensiones, siendo tan sólo una de ellas la faceta jurídica.
6. Existen en la actualidad serios obstáculos para la elaboración, incorporación, puesta en vigor y eficacia de las normas MERCOSUR, ya sean éstas de derecho constitutivo o derivado. En efecto, la ausencia de aplicabilidad inmediata y efecto directo de las normas emanadas de los órganos del esquema, así como las asimetrías constitucionales en cuanto al tratamiento de las relaciones derecho interno - derecho internacional son serios impedimentos para la consolidación del proceso de integración.

b. En cuanto a la insolvencia transfronteriza en general y su regulación en nuestro país:

1. La globalización de la economía, y el crecimiento incesante de los intercambios internacionales, el fenómeno de la integración regional y subregional, los profundos avances de los medios masivos de comunicación han contribuido a generar un número importante y creciente de conflictos de índole internacional, entre ellos aquellos vinculados a las denominadas insolvencias transfronterizas.
2. Esta cuestión, sin dudas, requiere de soluciones, de respuestas jurídicas que la regulen, que la encausen. Éstas pueden provenir de fuentes internas, nacionales o de fuentes internacionales o regionales. En este sentido, el Derecho Internacional Privado, en general, y el Derecho Comercial Internacional en especial constituyen instrumentos idóneos para contribuir a la elaboración de normas adecuadas.
3. Las tendencias actuales en materia de régimen internacional de la insolvencia se inclinan por la adopción de tesis intermedias, conciliadoras de los diversos intereses en juego, y superadoras de los sistemas puros, extremos, cuyas soluciones han resultado insatisfactorias al pretender ser puestas en práctica.
4. Resulta imprescindible para todo Estado que pretenda insertarse en el escenario global contar con una moderna legislación interna sobre insolvencia transfronteriza que se adapte a las realidades del nuevo orden transnacional. Una regulación adecuada en esta delicada materia constituye un elemento muy atractivo para todo inversor extranjero que desee realizar una inversión productiva, no especulativa en el país, y en general, para todo operador económico.
5. En este sentido, nuestra normativa nacional requiere una urgente puesta al día. Las disposiciones del célebre e intrincado artículo 4° han generado innumerables dificultades, dudas, vacíos y enigmas tanto en su interpretación como en su aplicación. Y, sobretodo, a la luz del siglo XXI, tal como se ha destacado en múltiples ocasiones, resulta absolutamente anacrónico.

c. En lo que concierne a la insolvencia transfronteriza en espacios integrados, y en particular en el MERCOSUR:

1. En relación con los espacios integrados, y en particular con el MERCOSUR, la insolvencia internacional constituye un área pertinente de armonización legislativa en los términos del art. 1° del Tratado de Asunción, a fin de fortalecer el funcionamiento del bloque.

2. Las asimetrías legislativas en un área como la insolvencia transfronteriza genera (des)ventajas competitivas entre los miembros del bloque. En efecto, la ausencia de un marco normativo armonizado obstaculiza el flujo de inversiones, distorsionando el libre tráfico de bienes, servicios y capitales.
3. Los Estados partes del MERCOSUR cuentan con legislaciones internas que presentan ciertas divergencias entre sí, y que, en líneas generales, adoptan sistemas anacrónicos, contienen vacíos normativos de importancia, y muy especialmente, no se adaptan a los objetivos prioritarios que persigue un esquema como el que integramos.
4. En este sentido, a fin de cumplir con tales objetivos, resulta necesaria una reforma a nivel interno que tenga en miras bases mínimas comunes, o bien la adopción de un instrumento autónomo del bloque. Sin embargo, esta segunda alternativa, aún cuando idealmente sería la solución más adecuada, ya que abordaría un problema transnacional, regional, con un marco de la misma índole, tropieza con diversos obstáculos y serias dificultades vinculadas al esquema institucional y normativo del bloque, según hemos señalado.

d. En relación con la insolvencia transfronteriza de empresas que conforman un grupo transnacional:

1. Atento al incremento de los grupos económicos transnacionales y del rol fundamental que ocupan en las economías globalizadas del Siglo XXI, situación que queda de manifiesto al observar las cifras de ventas, comparativamente equiparables y en muchos casos superiores a las correspondientes a la producción doméstica de un número importante de Estados, resulta indispensable que el derecho comercial internacional societario y concursal contemple soluciones apropiadas y justas para tan delicado fenómeno.
2. Sin embargo, en el presente, se evidencia una carencia de normas vinculantes que regulen los diversos aspectos que hacen a las particularidades de los grupos transnacionales, que por su propia naturaleza e intereses se resisten a una reglamentación completa y sistemática.
3. La extensión de la responsabilidad en caso de quiebra por las obligaciones de las empresas subsidiarias presenta una serie de dificultades ante la diversidad legislativa imperante en la materia, las que se incrementan en aquellos casos que revisten internacionalidad, en particular debido a una insatisfactoria regulación de la insolvencia internacional.

4. Existen, no obstante, ciertos instrumentos elaborados para regular a nivel interno algunos aspectos del fenómeno de los grupos empresarios nacionales, con el fin de evitar sus riesgos, abusos y eventuales efectos nocivos, que pueden ser utilizados, ante el vacío normativo en materia de actuación transnacional de aquellos. En particular, la teoría de la desestimación de la personalidad puede resultar una herramienta idónea a tales efectos. De ello ha dado cuenta en diversas oportunidad la jurisprudencia de nuestros tribunales.

e. En lo que respecta a la insolvencia transfronteriza de empresas que conforman un grupo transnacional en espacios integrados, y en especial en el MERCOSUR:

1. Todo espacio integrado, y en particular, el MERCOSUR, estimula la actuación de empresas que conforman grupos económicos regionales en los territorios de los Estados miembros del esquema. A su turno, la existencia de estas empresas y grupos transnacionales son factores que promueven, incentivan la integración regional.
2. No obstante, tales empresas que conforman un grupo económico regional pueden presentar crisis económico - financieras y caer en estado de insolvencia.
3. Por lo tanto, en los espacios integrados, y en particular en el MERCOSUR la regulación de los grupos económicos y la potencial insolvencia de una empresa integrante del grupo es un área pertinente a ser armonizada en tanto puede afectar el normal funcionamiento del proceso.
4. En la actualidad, existen importantes divergencias en materia de regulación de los grupos de sociedades nacionales y se observa una total ausencia de normas que contemplen su actuación transnacional.
5. Estas asimetrías son *per se* factores que potencian el *forum shopping* y conspiran contra la consolidación del bloque.

B. RECOMENDACIONES

a. En relación con los espacios integrados y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes en el MERCOSUR:

11. Es una exigencia para el MERCOSUR identificar las normas de derecho derivado o constitutivo que no han entrado en vigor, evaluar los motivos de tal situación y en su caso, propender a su revisión.

12. Antes de promover la armonización de legislaciones en un área concreta, es conveniente tener en cuenta la existencia de instrumentos en la misma materia que vinculen a los miembros del esquema, así como evaluar su aplicación y eficacia a fin de evitar la duplicidad de esfuerzos, y la proliferación de normas, que incluso pueden conducir a interpretaciones divergentes.
13. Al momento de emprender la armonización de determinada área pertinente, no deberían desaprovecharse las realizaciones existentes dentro de nuestro continente, sin desmedro de atender a los logros alcanzados en otros espacios integrados. En la materia que nos ocupa podemos aludir a los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Internacional, a la CIDIP II sobre Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles, y por otra parte, a instrumentos de la UE, tales como el Reglamento(CE) Nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia transfronteriza, aun cuando siempre se deben tener en cuenta las particularidades de cada bloque, así como las de los países que los integran.
14. En ciertas áreas muy sensibles o en las que no se encuentren principios jurídicos e intereses comunes, siendo imposible llegar a una normativa común, los Estados deberían asumir el compromiso mínimo de aproximar sus legislaciones internas, a través de reformas legislativas.
15. Es necesario conciliar los intereses de los Miembros, en cuanto a la relación derecho interno - derecho internacional, a fin de limar las asimetrías constitucionales, teniendo en cuenta que para profundizar el proceso de integración es imprescindible cierta cesión de competencias a organismos supranacionales.
16. La revisión y perfeccionamiento de la estructura institucional en general y del mecanismo de incorporación de normas en particular es una tarea urgente que deben enfrentar seriamente los Estados Miembros del MERCOSUR, si su verdadera voluntad política aboga por el fortalecimiento del esquema. En tal sentido, es de toda necesidad, la adopción de un mecanismo ágil de incorporación de normas MERCOSUR.
17. Es esencial que una vez aprobada e incorporada la normativa MERCOSUR a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes, aquélla sea invocada y aplicada por sus respectivos órganos, principalmente por los poderes judiciales nacionales.

b. En cuanto a la insolvencia transfronteriza en general y a su regulación en nuestro país:

1. Un paso importante en esta materia estaría dado por la reforma de las legislaciones internas sobre insolvencia internacional que procure la modernización del derecho comercial internacional y asuma el desafío de regular un área de particular delicadeza e incidencia en las economías nacionales.
2. Dicha reforma debería tener en cuenta las tendencias actuales en relación con los sistemas de regulación de la insolvencia internacional. En este sentido, consideramos que el legislador debería tener en cuenta las disposiciones de la Ley Modelo UNCITRAL de 1997, con miras a lograr en un futuro una armonización de legislaciones de alcance universal.
3. En particular, el legislador nacional deberá buscar soluciones que en relación con el art. 4° vigente:

- Adopten un sistema de regulación realista que sin consagrar la unidad, que en la práctica ha resultado ser una quimera, abandone la marcada territorialidad que subsiste aún muy arraigada en nuestra ley concursal.
- Eliminen, en condiciones de reciprocidad, la vetusta regla de las preferencias nacionales que en términos generales transgrede la garantía de la igualdad ante la ley, el acceso a la jurisdicción y el derecho de propiedad.
- Consagren una regla de paridad en los dividendos que tenga aplicación práctica concreta y real.
- Consagren un régimen de cooperación internacional entre los concursos locales y extranjeros y entre los funcionarios involucrados: jueces y síndicos.

c. En lo que concierne a la insolvencia transfronteriza en espacios integrados, y en particular en el MERCOSUR:

1. A corto plazo, sugerimos la adopción por parte de todos los Estados Miembros del MERCOSUR, y en su caso los Asociados, de una legislación interna, de alcance nacional, moderna y adecuada en materia de insolvencia internacional, que responda a bases mínimas comunes y procure la cooperación internacional entre las autoridades competentes de los Estados involucrados en un caso concreto. Esta solución contribuiría, además a una potencial armonización más allá de las fronteras de nuestro espacio integrado.
2. A tales efectos, sería recomendable la adopción, con leves modificaciones, de la Ley Modelo UNCITRAL de 1997.
3. A largo plazo, cuando las deficiencias estructurales del MERCOSUR y las asimetrías de índole constitucional sean superadas, las soluciones en materia de insolvencias transfronterizas de alcance regional deberían ser plasmadas en

un instrumento convencional, que vincule a los Estados Miembros y, en su caso, a los Asociados.

d. En relación con la insolvencia transfronteriza de empresas que conforman un grupo transnacional:

1. Resulta necesaria la adopción de un marco normativo que evite los abusos por parte de las empresas integrantes de grupos económicos, en perjuicio de acreedores, y terceros interesados, así como las interpretaciones jurisprudenciales divergentes ante la falta de pautas regulatorias básicas.
2. Las sociedades y grupos económicos transnacionales que operan dentro de los respectivos Estados, deberían ajustar su intervención a líneas de conducta claramente establecidas: códigos de conducta o principios de buen gobierno corporativo podrían coadyuvar en garantizar la transparencia deseable.
3. Asimismo, sería de toda conveniencia, la presentación de estados estables consolidados de las empresas que integran el grupo ante las autoridades competentes de cada Estado en donde actúen a fin de evitar situaciones inesperadas de insolvencia e implementar mecanismos de prevención.
4. Por ende, resulta imperioso que las legislaciones nacionales se ocupen de esta realidad, de este fenómeno creciente en la economía del tercer milenio, a través de la adopción, en especial, de reglas específicas para el caso de insolvencias de empresas que operen como grupos económicos transnacionales.

e. En lo que respecta a la insolvencia transfronteriza de empresas que conforman un grupo transnacional en espacios integrados, y en especial en el MERCOSUR:

1. Resulta necesario armonizar las legislaciones societarias y concursales de los Estados miembros del MERCOSUR. Al proceder a tal armonización, se debería contemplar la inclusión de normas que respondan a las particularidades que presentan los grupos de sociedades.
2. A tal fin, sería de toda prudencia la creación de un subgrupo de trabajo, o comité, dependiente de los órganos decisorios del MERCOSUR cuya función sea el estudio y análisis de dos áreas del derecho comercial internacional de particular incidencia en un mercado común y estrechamente vinculadas entre sí como son las sociedades y la insolvencia, a fin de alcanzar en un primer estadio la aproximación de las legislaciones internas y en un segundo paso, la

formalización de un marco normativo común, que contemple las particularidades de los grupos de empresas.

C. PROPUESTAS PARA UN INSTRUMENTO DEL MERCOSUR SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA QUE CONTEMPLE EL CASO DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS

Un instrumento, un protocolo con alcance regional elaborado en el seno del MERCOSUR y dedicado a la regulación de la insolvencia transfronteriza que prevea normas específicas para el caso de la actuación de grupos económicos transnacionales, a nuestro criterio debería contener, teniendo en cuenta las modernas realizaciones en la materia estudiadas, entre otras, las siguientes reglas:

- **Ámbito de aplicación:** El presente Protocolo exclusivamente será aplicable a los procedimientos de insolvencia transfronteriza cuando el centro de los intereses principales del deudor insolvente se encuentre en alguno de los Estados miembros del MERCOSUR.
- **Definiciones:**

1. **Procedimiento de insolvencia:** por tal se entenderá todo procedimiento colectivo, judicial o administrativo, aún de índole provisional, en virtud del cual los bienes y negocios del deudor, queden sujetos al control o a la supervisión de un tribunal, a los efectos de su reorganización o liquidación. Por **procedimiento de insolvencia principal** se entenderá aquel que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Por **procedimiento secundario** se entenderá aquel que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento, entendido como todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma permanente una actividad económica con medios humanos, y bienes o servicios.
2. **Centro de los intereses principales del deudor:** se entenderá por tal el lugar donde el deudor desarrolle de manera habitual la administración de sus intereses y negocios.
3. **Deudor:** Toda persona física o jurídica, comerciante o no comerciante, que tenga el centro de sus intereses principales en uno de los Estados Miembros del MERCOSUR. [Podrían excluirse ciertos sujetos como las entidades aseguradoras, financieras, de inversión, entre otras]
4. **Acreedor regional:** Aquel que sea titular de un crédito pagadero exclusivamente en cualquiera de los Estados partes o de un crédito con lugar alternativo de pago,

a elección del acreedor, siempre que uno de los lugares de pago sea en el territorio de uno de los Estados partes.

5. **Acreedor extranjero:** Aquel que sea titular de un crédito pagadero exclusivamente en un Estado no miembro del MERCOSUR.
6. **Síndico:** Se entenderá por tal a la persona u órgano facultado para administrar en un procedimiento de insolvencia la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor.
7. **Tribunal:** Se entenderá la autoridad competente de un Estado miembro a cargo del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia.
8. **Grupo económico transnacional**: Por tal se entenderá un conjunto de sociedades entrelazadas entre sí, a través de vinculaciones contractuales y/o participación accionaria recíproca y manejo conjunto con un centro de poder (sociedad matriz, madre o *holding*) que actúa en más de un Estado.
9. **Estado parte o Estado miembro:** Estados que conforman el MERCOSUR como miembros plenos.

- **Jurisdicción competente:** Será competente para la apertura de un procedimiento principal el juez del lugar donde se situé el centro de los intereses principales del deudor. Se presumirá, salvo prueba en contrario que el domicilio social para las personas jurídicas y la residencia habitual para las personas físicas es el centro de sus intereses principales. Será competente para iniciar un procedimiento secundario el juez del lugar donde el deudor tenga un establecimiento. Los efectos de este procedimiento se limitarán a los bienes que el deudor tenga en dicho territorio.
- **Ley aplicable. Excepciones:** La ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos, será la del Estado parte en cuyo territorio se abra dicho procedimiento. Salvo en casos excepciones, expresamente previstos en este Protocolo [tales como derechos reales de terceros, contratos sobre bienes inmuebles, contratos de trabajo, entre otros] la ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia.
- **Medidas cautelares:** Desde la solicitud de reconocimiento de un procedimiento de insolvencia hasta su resolución, el tribunal podrá otorgar las medidas que estime necesarias para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores.
- **Publicidad:** La declaración de insolvencia así como los demás actos relativos a ella cuya publicación esté prescripta por las leyes del Estado de apertura, se publicarán en los Estados miembros en donde existan establecimientos o bienes del deudor, sujetándose a las formalidades dispuestas por las leyes locales. Asimismo, se publicarán en el Boletín Oficial del MERCOSUR.

- **Tratamiento de los acreedores:** Todos los acreedores regionales gozarán de los mismos derechos en un procedimiento abierto de acuerdo a este instrumento en cualquiera de los Estados miembros y podrán participar en él con arreglo a la legislación del Estado de apertura. Todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento principal y en todo procedimiento secundario. Asimismo, los acreedores extranjeros, en condiciones de reciprocidad, gozaran de iguales derechos.

  A fin de garantizar la igualdad de trato de los acreedores, un acreedor que haya obtenido en un procedimiento de insolvencia un dividendo sobre su crédito, sólo participará en el reparto abierto en otro procedimiento cuando los acreedores de su mismo rango o categoría, hayan obtenido un dividendo equivalente en ese otro procedimiento.
- **Poderes de los Síndicos:** La autoridad de los síndicos será reconocida en todos los Estados partes, pudiendo ejercer todas las facultades que le confiera la ley del Estado de apertura del procedimiento en el que fue designado, en los territorios de los otros Estados miembros. Sin perjuicio de ello, el síndico deberá respetar la ley del Estado miembro en cuyo territorio actúe, en particular, en lo que concierne a las modalidades de realización de los bienes.
- **Inhabilidades y rehabilitación del deudor insolvente:** Las inhabilidades que afecten al deudor serán declaradas por el juez del procedimiento principal, quien también será competente para decretar su rehabilitación.
- **Disponibilidad de los remanentes:** Cuando de la liquidación de activos de un procedimiento secundario, satisfechos todos los créditos verificados en dicho procedimiento, quedare un remanente, el síndico designado en aquél remitirá ese excedente al síndico del procedimiento principal.
- **Reconocimiento del procedimiento de insolvencia:** Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por un tribunal competente de un Estado miembro será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. Salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento principal constituirá prueba suficiente de la insolvencia del deudor a los efectos de la apertura de un procedimiento secundario. Un Estado miembro sólo podrá negarse a reconocer o ejecutar una resolución vinculada al procedimiento de insolvencia cuando aquélla sea contraria a su orden público.
- **Extensión de la insolvencia:** El juez del procedimiento principal tendrá competencia para declarar la extensión de la insolvencia en los términos de la ley aplicable, salvo disposición en contrario de este instrumento. Las causales,

modalidades, efectos y procedimiento de la extensión se regirán por la ley del estado de apertura del procedimiento principal. Sin perjuicio de ello, en el marco del presente Protocolo, cuando existiere ejercicio abusivo del control por parte de la sociedad controlante respecto de una sociedad controlada insolvente, el procedimiento de insolvencia se extenderá a aquélla. Por ejercicio abusivo del control se entenderá el desvío indebido del interés social de la sociedad controlada. La conformación de un grupo económico transnacional, no implicará *per se* la extensión del procedimiento de insolvencia de uno de los miembros del grupo a los restantes, salvo que se configure la causal de control abusivo previsto, o las que establezca la legislación aplicable. Una vez declarada la extensión por el juez del procedimiento principal, se podrán abrir procedimientos paralelos en los Estados miembros donde se encuentren constituidas las sociedades miembros del grupo.

- **Cooperación entre autoridades:** Los síndicos del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios están obligados por un deber de información y cooperación recíproca. Los tribunales estarán facultados para ponerse en comunicación directa entre ellos y respecto de los síndicos.
- **Conflicto de convenciones:** En caso de conflicto entre este instrumento y las obligaciones nacidas de tratados firmados fuera del marco del MERCOSUR, prevalecerán las disposiciones de presente Protocolo.
- **Condiciones de vigencia:** El presente Protocolo, parte integrante del Tratado de Asunción entrará en vigor treinta días después de la fecha del depósito del cuarto instrumento de ratificación. La adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso iure* la adhesión a este acuerdo.

Hasta aquí, nuestras conclusiones, recomendaciones y propuestas.

El Derecho una vez más es convocado para ponerse al servicio de la realidad. Es la herramienta, por excelencia, con las que contamos para encausar, conciliar los intereses en juego y alcanzar la mentada seguridad jurídica en un espacio integrado como el MERCOSUR. Sólo hace falta que el Derecho y sus creadores y operadores asuman esta responsabilidad, este compromiso que no es ni más ni menos que su razón de ser.

Sin embargo, tal decisión depende, en última instancia de la voluntad política de los Estados Miembros del MERCOSUR, que guiada por múltiples factores, intereses y valoraciones brinde renovado impulso a nuestro proyecto de integración o, por el contrario, lo deje sumergirse en las aguas de la irrelevancia.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN HORUBIA, Victoria y VILÀ, Blanca, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo,* Ed. Ariel, Madrid, 1995.
- AGUINIS, Ana María M. de, *Control de Sociedades*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- AGUINIS, Ana María M. de y WEINBERG de ROCA, Inés; "El control societario y las sociedades extranjeras. Nuevas y más amplias consideraciones sobre ley aplicable", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1986 - 801.
- AGULLA, Juan C., *Globalización y agonía de la sociedad nacional*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.
- ALBERTI, Edgardo M., "¿Es aplicable el art. 4° de la ley 19.551 a todos los concursos o solamente a las quiebras" en *LL* 1981-A, 768.
- ALEGRÍA, Héctor, "Extraterritorialidad de los concursos", en *Revista Lecciones y Ensayos*, N° 47, 1987, p. 41.
- ALEGRÍA, Héctor y REYES ORIBE, Aníbal Manuel; "Participaciones societarias en el Derecho Internacional Privado argentino", en *La Información*, t. XLIII, p. 1293.
- ALTERINI, Atilio A. (dir), *El sistema jurídico en el MERCOSUR*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994/1995.
- "La supremacía jurídica del MERCOSUR", en *Revista La Ley* (Buenos Aires), del 15/12/1995 y en *LL* 1995-E, 848.
- ARNAUD, Vicente G., *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los Procesos de integración regional*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- BALESTRA, Ricardo, *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BALESTRA, Ricardo; *Derecho internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- BARBÉ, Esther, *Relaciones Internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Editorial Zavalía. 1999.
- BARRAZA, Alejandro y JARDEL, Silvia, *MERCOSUR. Aspectos jurídicos y económicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- BASZ, Victoria y CAMPANELLA, Elisabet; *Derecho Internacional Privado*, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 1999.

- BASZ, Victoria, "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 187.
  - "Actuación Internacional de las sociedades", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, tomo 14, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- BAZALDÚA, Ricardo X., "En torno al derecho de la integración", en *Revista de Estudios Aduaneros* N° 10, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, Buenos Aires, 1997, p. 89.
- BERÇAITZ, Ana, "La nueva ley de concursos y el derecho internacional privado", en *ED* 43 - 1109.
- BERENDS, Andre J., "The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview", en *Tulante Journal of International and Comparative Law* N° 66, Primavera, 1992, p. 319.
- BERGEL, Salvador, "Extensión de la quiebra por abuso de los poderes del controlante" (art. 165 inc. 2°, Ley 19.551), en *LL* 1984-D, 972.
  - Extensión de la quiebra por confusión patrimonial", en *LL* 1985-B, 754.
- BIDART CAMPOS, Germán, “El art. 4º de la Ley de Concursos y la Constitución”, en *ED* Nº 5769, del 6 de julio de 1983 y en *ED* 104-1018.
  - "La ley concursal y los créditos pagaderos en el exterior", en *ED* 105-593.
  - El proceso concursal de deudores domiciliados en el exterior que no tienen bienes en territorio argentino", en *ED* 159-58.
- BIOCCA, Stella Maris; *Sociedades extranacionales y multinacionales*, Ed. Zavalía, reimpresión, Buenos Aires, 1991.
- BIOCCA, Stella Maris, CÁRDENAS, Sara Lidia y BASZ, Victoria*, Lecciones de Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Ed.* Universidad, Buenos Aires, 1997.
- BOBBIO, Norberto y MATEUCCI, Nicola (dirs.), *Diccionario de Política*, Siglo XXI Editores, México, 1986.
- BOGGIANO, Antonio; *Sociedades y grupos multinacionales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
  - "El Derecho Internacional Privado de las sociedades", en *ED* 68 - 847.
  - "Crise et dépassement des préférences locales dans la faillite transnationale en Argentine", en *Revue Critique de Droit International Privé,* Vol. 77, 1988, p. 497.
  - "Derecho extraterritorial de quiebras", en *JA* 12-1971- 217.
  - *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter, *El ABC del Derecho Comunitario*, 5ª edición, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bélgica, 2000.

- BOTTO, Mercedes, "La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?", Trabajo preparado para FLACSO, 2003.
- BOTTO, Mercedes, TUSSIE, Diana y DELICH, Valentina, "El MERCOSUR en el nuevo escenario político regional", Mimeo CENIT/FLACSO, 2003.
- BOUZAS, Roberto y SOLTZ, Hernán, "La formación de instituciones regionales en el MERCOSUR", en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001, p. 187.
- BOUZAS, Roberto y FANELLI, José María, *MERCOSUR: Integración y crecimiento*, Fundación OSDE, Buenos Aires, 2001.
- BOUZAS, Roberto, y FFRENCH DAVIS, Ricardo, "La globalización y la gobernabilidad de los países en desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, Número extraordinario, octubre de 1998.
- BOUZAS, Roberto y MOTTA VEIGA, Pedro da, "MERCOSUR: ¿se esfuma la Unión Aduanera?", en *Serie MERCOSUR* N° 7,. Observatorio de la Globalización de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2001. Disponible en http://pcb.ub.es/obsglob/Seriemercosur.html [Consultado en mayo de 2003].
  - "La Crisis argentina y la coordinación macroeconómica en el MERCOSUR" en *Serie Mercosur* N°11,. Observatorio de la Globalización de la Universidad de Barcelona, 2002, Barcelona. También disponible en http://pcb.ub.es/obsglob/Seriemercosur.html [Consultado en octubre de 2003].
- BULLRICH, Santiago, "La quiebra y la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el derecho nacional e internacional privado", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N*° 5, 1972 p. 37.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho Societario, parte general*, Tomo III, "La personalidad Jurídica Societaria", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994.
  - "Aspectos procesales de las sociedades extranjeras", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,* 1999 , p. 1.
- CABANELLAS, Guillermo (h) y PANIAGUA MOLINA, Liliana; *El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero frente al artículo 122 de la ley de sociedades comerciales*, en *ED* 125 - 631.
- CÁCERES, Gonzalo; "Reciprocidad" para el establecimiento en la República de sucursal de sociedad constituida en el extranjero", en *ED* 76 - 867.
- CALVO CARAVACA, Alfonso y BLANCO MORALES LIMONES, Pilar (dirs), *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, 2003.
- CALVO CARAVACA Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el ´centro de intereses principales´ del deudor?", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal

Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 217.

- CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, Volumen 1, Ed. Depalma. Buenos Aires, 1980.
  - "El crédito con garantía real sobre bienes en el país, pagadero en el extranjero: ¿es despojado del privilegio especial si el deudor es concursal?" en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1982-567.
- CAMDESSUS, Michel, "Vivir en la ciudad global", en *Revisa Capítulos del SELA* N° 45, enero-marzo de 1996.
- CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, "El convenio de Bruselas de 1995: ¿un modelo a imitar para el ámbito del MERCOSUR?", disponible en www.derecho.org. [Consultado en mayo de 2003].
  - "Aproximación a la iniciativa del Reglamento del Consejo Europeo sobre procedimientos de insolvencia (1999/c 221/06): ¿Más de lo mismo?", en *Rivista il Diritto Fallimentare e della Società Commerciale*, N° 6, noviembre - diciembre 1999, p. 1226.
  - "La ordenación de la insolvencia en la Unión Europea" en *Noticias de la Unión Europea*, N° 235/236, agosto/septiembre de 2004, año XX, p. 27.
  - "El Derecho Mercantil Internacional: la insolvencia con elementos extranjeros", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 275.
- CÁRDENAS, Emilio; "Pluralidad de concursos. Reflexiones ante la liquidación de la sucursal Nueva York del Banco de Intercambio Regional"; en *ED* 124 - 939.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "El MERCOSUR y las relaciones con el derecho interno", en *LL* 1995-C, 884.
- CENTRO DE ECONOMÍA INTERNACIONAL DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (CEI), "Alternativas de integración para la Argentina", 2002, Documento disponible en: www.cei.gov.ar [Consultado en mayo de 2003].
- CHAUMET, Mario, "Reciprocidad y calidad del derecho extranjero en el proceso", en *Revista Derecho y Empresa* N° 5, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, 1996, p. 306.
- CHUDNOVSKY, Daniel y LÓPEZ, Andrés, “Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR” en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- CICHERO, Liliana E., "Algunas reflexiones acerca de los concursos transnacionales y el reconocimiento de las acreencias verificatorias", en *La Ley Suplemento Actualidad* del 8/8/2002.

- CICHERO, Liliana E y MARTÍN, Roxana, "Mercosur ¿Cómo hacer valer sus acreencias en los procesos concursales?, *en Revista de Derecho del MERCOSUR* N°2, Ed. La Ley, septiembre de 199, p. 147.
- CIENFUEGOS MATEOS, Manuel, "La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del MERCOSUR", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 3, 2001. Disponible en www.reei.org [Consultado en agosto de 2004].
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Estudios de filosofía de derecho internacional privado. Concepción normológica de la ciencia del derecho internacional privado. Doble adjudicación iusprivatista internacional. Concurso internacional*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1997.
  - (coord.), *Del MERCOSUR*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
  - "Las ramas del mundo jurídico en la globalización/marginación", ponencia presentada por el autor en las Jornadas sobre Globalización y Derecho, celebradas el 26 de junio de 2002, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires.
- COHEN de ROISIMER, Mónica G.; "Integración económica, empresas multinacionales y derecho societario", en *LL* 147, 1176.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL); *Hacia una Nueva Arquitectura Financiera Internacional.* Informe del Comité de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 1999. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/ [Consultado en agosto de 2004].
  - *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe*, Informe de la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, Naciones Unidas, Serie Anual, 2004. Disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/ [Consultado en mayo de 2005].
- CONIL PAZ, Alberto, "La quiebra transnacional en el Mercosur", en *Revista de Derecho del. MERCOSUR N° 3*, 1997, p. 127.
  - "La Convención europea sobre ciertos aspectos de la quiebra", en *LL* 1997-C, 1461.
  - "Estado de los procedimientos de la insolvencia en el ámbito de la comunidad Económica Europea", en *LL* 1997-C, 1038.
- CORIGLIANO, Francisco "La globalización y la erosión de la soberanía del Estado Nacional", en *Revista Criterio* N° 2264 VIII/2001, p. 408.
- COSTA, Miguel G., “Aplicación del art. 4 de la ley 19.551” en *ED,* t. 105 - 898.
- CREIMER, Isabel, “Concurso en el MERCOSUR”, ponencia presentada en el II Encuentro Argentino Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial, 1997.

- CZAR de ZALDUENDO, Susana, "Las instituciones, las normas y la solución de controversias en los procesos de integración regional", ponencia presentada ante el 2° Congreso de Economía, 21 al 23 de abril de 1998.
  - "La institucionalización en los acuerdos regionales: el caso del MERCOSUR", en Basevi, Giorgio, Donato, Vicente y O´Connell, Arturo, (comps.) *Efectos reales de la integración regional en la Unión Europea y el MERCOSUR*, Ed. de la Universidad de Bologna, Buenos Aires, 2003, p. 109.
- DIAGO DIAGO, María del Pilar, "Los procedimientos territoriales en la nueva ley concursal", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 477.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.
- DI TULLIO, José y RUIZ, Sergio, "Verificación de créditos extranjeros: cláusula de reciprocidad", en *JA* 2000-IV-98.
- DOBSON, Juan M., *El abuso de la Personalidad Jurídica (en el Derecho Privado)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.
- DOETSCH, Douglas A. y HAMMER, Aaron L., "Observations on cross-border insolvencies and their resolution in the NAFTA region: where are we now?", *en United States-Mexico Law Journal,* Spring, 2002.
- DREYZIN de KLOR, Adriana, "Hacia el ordenamiento jurídico del MERCOSUR", en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 15 de junio de 1996.
  - "Las fuentes jurídicas del MERCOSUR", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 11, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, mayo de 1996.
  - "Las sociedades comerciales en la integración subregional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 10, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, enero de 1996.
  - *El MERCOSUR: generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997.
  - "El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nuevo Instrumento Jurídico del MERCOSUR", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 19, 1999, p. 461.
  - "El Protocolo de Olivos", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2, 2003, p. 577.
- DREYZIN de KLOR, Adriana y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, "Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos. El caso del MERCOSUR", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la*

Integración, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 22 de marzo de 2005. [Consultado en abril de 2005].

- DUER, Gabriela; "El concurso en caso de grupos económicos en la ley de concursos"; en *Revista Errepar*, septiembre de 2000.
- EISEMANN, Pierre Michel*, L´ intégration du droit international et communautaire dans l´ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, Kluwer, La Haya, 1996.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos, *La quiebra internacional. Estudio comparado de los nuevos desarrollos doctrinales y legislativos en la materia, con especial referencia a las perspectivas de reformas del modelo español,* Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1993.
  - "La actividad desarrollada por las Comunidades en el ámbito del Derecho Concursal", en *Noticias CEE*, julio de 1993, p. 43.
  - "Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa", en *Revista de Derecho Comunitario,* Ed*.* Rubinzal, 1999, p. 481.
  - "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?", en *Cuadernos de Derecho y Comercio* N° 27, diciembre de 1998, p. 49.
  - "Un paso más en la profundización del proceso de integración jurídica europea: el reglamento del Consejo del 29 de mayo de 2000 sobre Procedimiento de Insolvencia", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 3, 2001, p. 711 y en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2000, p. 355.
- ESTOUP, Luis Alejandro, "El MERCOSUR en el contexto del Derecho del Comercio Internacional" en *La Ley*, año LXVI, N° 221, del 15 de noviembre de 2002, p. 4.
- ETCHEVERRY, Raúl, *Derecho Comercial y Económico, Parte general,* Ed Astrea, Buenos Aires, 1999.
- EZQUERRA UBERO, José Javier, "El Reglamento comunitario de insolvencia y la ley concursal: ámbito de aplicación espacial de las nuevas normas de Derecho Internacional Privado", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 505.

- FANELLI, José María, “Coordinación macroeconómica en el MERCOSUR. Balance y perspectivas”, en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.
- FARINA, Juan, "Los grupos económicos y la teoría de la penetración de la personalidad jurídica en la ley de sociedades y en la ley de concursos. Conforme a las modificaciones introducidas por las leyes 22.903 y 22.917 respectivamente", en *ED* 107-905.
- FARGOSI, Horacio, P., "La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil", ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo, *Concurso en caso de agrupamiento*, Tomo III, Ed Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.
  - "Agrupamientos empresarios en el Derecho Comparado", en *Negocios Internacionales y MECOSUR*, Favier Dubois, Eduardo (h), Ed. Ad Hoc, 1ª edición, Buenos Aires, 1996.
  - La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del S. XXI", en *Doctrina. Soc*ietaria N° 166, 2001.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, "La Ley de Derecho Internacional Privado de la República Argentina: mito o realidad? ", en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.* Mayo de 1999.
  - *Derecho Internacional Privado. Parte especial,* Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.
  - “El Proyecto Argentino en materia de Derecho Internacional Privado: Reforma a la Italiana?. Disponible en http://www.diritoitalia.it.. Publicado el 7 de diciembre de 2000 [Consultado en enero de 2004].
  - "El Derecho internacional Privado y los Procesos de Integración Regional*",* en *Revista Síntesis Forense del Colegio de Abogados de San Isidro* N° 85.
  - “La insolvencia internacional en la Argentina: armonización legislativa a la europea?”, en *Revista Jurídica de San Isidro*. Enero-abril. 2000. Disponible en http://www.derechoorg.com.es. [Consultado en mayo de 2003].
  - "Armonización Legislativa en áreas integradas" *en Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 199.
  - “La Ley de Derecho Internacional Privado y el Proyecto del Reforma Argentino: un abrazo intercontinental?, en Parra-Aranguren, Fernando (dir.). *Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Parra-Aranguren.* República Bolivariana

de Venezuela. Colección Libro Homenaje N°1. Tribunal Supremo de Justicia. Volumen tercero. Sección Derecho Comparado, Editor Fernando Parra-Aranguren, Venezuela, 2001, p. 21.

- "Insolvencia y empresa en crisis en el MERCOSUR: Una necesidad o una quimera?", en *Libro Homenaje al Doctor Gonzalo Parra Aranguren. Ley Venezolana de Derecho internacional Privado*. Editor Fernando Parra Aranguren. Tribunal de Justicia de Venezuela, Venezuela, 2001.
- "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional: una asignatura pendiente en el MERCOSUR?", en *Libro de las IX Jornadas de Becarios e Investigadores*. Universidad de Mar del Plata, Editorial Suárez, 2002.
- "El Nuevo Proyecto de Reforma en la Argentina: otra oportunidad desaprovechada en materia de insolvencia internacional", e*n Temas de Derecho Internacional Privado*, Homenaje a Juan María Rouvier, Colección Libros Homenaje N° 12, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2003.
- "Insolvencia transfronteriza en los Tratados de Montevideo: interpretaciones distintas según sean o no tiempos de bonanza?" (comentario al fallo Sicamericana S.A. s/ quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara*, Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera M., SCOTTI, Luciana Beatriz, RODRÍGUEZ, Mónica Sofía y MEDINA, Flavia, "Extensión de responsabilidad de las casas bancarias matrices: algunas respuestas desde el Derecho Internacional Privado Argentino", en *Revista Jurídica de San Isidro. Estado de Derecho y Emergencia (Enfoque Multidisciplinario).* 2002-2003, N° 29, Departamento de Publicaciones del Colegio de Abogados de San Isidro, San Isidro, mayo de 2003, p. 119.
  - "Política legislativa en materia de insolvencia internacional para el MERCOSUR: necesidad de una regulación autónoma", ponencia presentada para las III Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. 20, 21 y 22 de noviembre de 2003, en Slavin, Pablo (compilador), *3ras Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Ediciones Suárez, Mar del Plata, 2003, p. 423.
  - "Necesidad de la reforma en materia de insolvencia transfronteriza", en el *Libro de Ponencias de las VIII Jornadas Rioplatenses*, organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3

y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 13) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: http://www.casi.com.ar [Consultado en noviembre de 2003].

- "Algunas bases legislativas para la regulación de la insolvencia internacional", en el *Libro de Ponencias de las VIII Jornadas Rioplatenses,* organizadas por el Colegio de Abogados de San Isidro y el Colegio de Abogados de Uruguay, 2, 3 y 4 de octubre de 2003 (Ponencia N° 12) y disponible en la Página web oficial del Colegio de Abogados de San Isidro: http://www.casi.com.ar [Consultado en noviembre de 2003].

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, BÁEZ PEÑA WIRTH, Vera M., y SCOTTI, Luciana Beatriz, "Los grupos económicos: ¿otro tema de agenda para el MERCOSUR?", en *Ensayos de Derecho Mercantil. Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez*, Tribunal Suprema de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 15, Caracas, 2004, p. 317.
  - "Grupos económicos: una aproximación al Derecho Internacional Privado Argentino", en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional,* Alfonso Luis Calvo Caravaca y Santiago Areal Ludeña (directores), Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 559.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y BASZ, Victoria, "El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional" en *LL* 1995-E, 1133.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, y SCOTTI, Luciana, "Jurisdicción internacional en materia de insolvencia transfronteriza: deudores sin domicilio ni activo en la Argentina?" (comentario al fallo Proberan I.C.S.A. s/ pedido de quiebra) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
  - "Concursabilidad en nuestro país de una sucursal argentina constituida en el Uruguay" (comentario al fallo Ridiwel S.A.) en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
  - "El célebre caso Swift en la República Argentina: un fallo aleccionador u otra asignatura pendiente?", en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
  - "Insolvencia internacional y Tratados de Montevideo a la luz de un nuevo caso jurisprudencial" (Comentario al fallo "Adams and Adler SA s/ pedido de quiebra) en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y*

de la Integración N° 3, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Ed Albremática. [Consultado en agosto de 2004].

- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara, RODRÍGUEZ, Mónica, MEDINA, Flavia, BÁEZ PEÑA, Vera, SCOTTI, Luciana, CÁRDENAS, Yamila, "Armonización legislativa en materia societaria en el MERCOSUR: una necesidad o una quimera?", ponencia presentada para el XLI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, celebrado los días 28 y 29 de abril de 2005, en el Colegio de Abogados de San Isidro. Publicada en *Libro de Ponencias* y en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 10, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 30 de mayo de 2005.
- FERNÁNDEZ REYES, Jorge, "Sociedades extranjeras en el Uruguay", *en Revista de Derecho del MERCOSUR N° 3,* 2000, p. 279.
- FERRER, Aldo, *Historia de la globalización*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1996.
  - *Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el MERCOSUR en el sistema internacional*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1997.
  - "La Globalización, la crisis financiera y América Latina", en *Comercio Exterior*, Vol 49, N° 6, México, Bancomext, junio de 1999, p. 527.
  - *La Argentina y el Orden Mundial*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI), "La globalización: ¿Amenaza u oportunidad?", abril del 2000, disponible en www.imf.org. [Consultado en agosto de 2004].
  - "Perspectivas de la economía mundial", mayo de 2000, disponible en www.imf.org. [Consultado en agosto de 2004].
  - "Iniciativa para la reducción de la deuda de los países pobres muy endeudados (PPME)", disponible en www.imf.org. [Consultado en agosto de 2004].
  - "Guide to Progress in Strengthening of the International Financial System", disponible en www.imf.org. [Consultado en agosto de 2004].
  - "Strengthening the International Financing System", en *Annual Report 2002*; p. 26.
- FONTANARROSA, Rodolfo, *Derecho Comercial Argentino, Parte General*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro, "De la primacía y el efecto directo en el ordenamiento jurídico comunitario", en *Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires* 1991-III, Ed. Abeledo Perrot, p. 107.

- *Manual de Derecho Comunitario. Análisis comparado de la Unión Europea y el MERCOSUR*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto y GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto (h), “El régimen internacional del concurso en la Ley 24.522 y la reforma constitucional de 1994”, en *JA* 1995-IV-873.
- GARRÉ COPELLO, Belter, "La creación de un Tribunal de Justicia en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Regímenes de Derecho Comparado", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 1995, p. 173
  - "Solución de controversias en el Mercado Común del Sur", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 1995, p. 193.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 4ª edición, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.
- GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario E., *Manual de Derecho Comercial*, 2ª edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- GEBHARDT, Marcelo, "Insolvencia del grupo empresario", en *LL* 1985-D, 899.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.
  - "El art. 4° de la ley 19551", en *ED* 100 - 853.
- GONZÁLEZ - OLDEKOP, Florencia, *La Integración y sus Instituciones*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- GRAY, John, "Las desiluciones del capitalismo globalizado. Falso amanecer", en *Nexos 260*, agosto de 1999, en www.nexos.org. [Consultado en agosto de 2003].
- GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., "Jerarquía normativa y Derecho de la Integración", en *Suplemento de Derecho Constitucional La Ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 22 de octubre de 1999.
- HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Comerciales. Parte General,* Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966.
- HALPERÍN, Marcelo, "Acerca de las fuentes del MERCOSUR", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, 1994, p. 444.
  - *Principios Jurídicos del Multilateralismo Económico. Situación de los países en desarrollo*, Colección Aroha, Buenos Aires, 2004.
  - "MERCOSUR: algunos indicadores de inviabilidad", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 24 de junio de 2005. [Consultado en agosto de 2005].

- HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, Tomo 1, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000.
  - "La quiebra con elementos extranjeros en el MERCOSUR", en *Suplemento de Derecho Empresario*, N° 1, año 2001, Foro de Córdoba, p. 37.
- HERRERA VEGAS, Jorge H*., Las políticas exteriores de la Argentina y del Brasil. Divergencias y convergencias*, Serie Documentos de Trabajo N° 10, septiembre de 1995. Disponible en www.isen.gov.ar [Consultado en agosto de 2004].
- HIRST, Mónica, "La política de Brasil hacia las Américas", en *Foreign Affairs En Español*, Otoño-Invierno, 2001. Disponible en http://www.foreignaffairs-esp.org. [Consultado en agosto de 2004].
- HOLAND, Mario, "La nueva figura del concurso en caso de agrupamiento", en *Derecho y Empresa* N° 4, 1995, p. 151.
- HOPENHAYN, Benjamín y VANOLI, Alejandro; *La Globalización Financiera: Génesis, Auge, Crisis y Reformas,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.
- JAEGER JUNIOR, Augusto, "Aspectos legais da nova lei de falências brasileira" en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Ed. Colex, Madrid, 2005, p. 653.
- JARDÍ ABELLA, Martha, "La solución de conflictos en el MERCOSUR", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 1995.
- KALLER DE ORCHANSKY, Berta, "Régimen de la quiebra extranacional", en *LL* 129 - 1179.
  - "Reflexiones sobre el art. 4° de la ley de concursos, antes y después de su reforma", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones,* 1983 - 705.
  - "Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado", en *LL* 147 - 1201.
  - "Cómo lograr, fácilmente, la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del MERCOSUR", en *ED* 151 - 863.
  - *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1994.
- KEOHANE, Robert O. y NYE, Joseph S., "Realismo e interdependencia compleja", en *Power and Interdependence. World Politics in Transition*, Little Borwn, Boston, 1977.
- KLEIDERMACHER, Arnoldo, "Una ley concursal uniforme para el MERCOSUR - Efectos regionales de la quiebra de las empresas transnacionales, multinacionales

y grupos económicos". Primer Seminario Internacional: La quiebra y el Mercosur, Chile, 1996.

- "La quiebra en el MERCOSUR", disponible en www.justiniano.com/revista_doctrina/quiebra_MERCOSUR.htm [Consultado en mayo de 2004].

- KRINGS, Ernest, "Unification législative internationale récente en matière d´insolvabilité et de faillite", disponible en www.unidroit.org y en www.uncitral.org. [Consultado en junio de 2004].
- LAQUIS, Manuel, "El caso Swift y la interdependencia económica", en *ED* 51, 223.
- LAVOPA, Jorge Horacio, "La dimensión jurídica de la integración", en *Contribuciones*, 1996-4, p. 177. Disponible en www.cari1.org.ar/pdf/dimension.pdf [Consultado en agosto de 2004].
- LEONARD, Bruce, "International Bankruptcy Law. The International Year in Review", en *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law*, 2002.
- LAVAGNA, Roberto, "MERCOSUR: opción entre la pasividad o "fuga hacia adelante", en *Revista Carta Internacional* N° 61, año VI, San Pablo, Brasil, 1998, p. 4.

- "Los desafíos del MERCOSUR", en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Madrid, 2001.

- LEPERA, Sergio, "La doctrina del abuso de la personalidad. El abuso de una doctrina", en *DT* 1974-530.
- LIPSZIC, Delia, "Armonización Legislativa en áreas integradas" en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 195.
- LORENTE, Javier Armando, ¿Sólo un acreedor "local" puede pedir la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero", nota al fallo Austral Bank International s/ pedido de quiebra por Caramschi, José (CNCom, sala B, 20 de octubre de 1999), en *ED* 187 - 197.
- LOVAGNINI, Ricardo José; "Régimen Jurídico de las sociedades extranjeras", en *LL* 1998-F, 992.
- MACHADO DE VILLAFAÑE; "Inaplicabilidad del art. 31 de la Ley de Sociedades a las sociedades extranjeras", en *LL* 1997-A, 168.
- MAIRAL, Héctor; "El tratamiento de los créditos pagaderos en el extranjero bajo la Ley de Concursos*";* en *LL* 1981 - C, 1190.
- MALAGARRIGA, Carlos C.; *Tratado elemental de Derecho Comercial*, tomo I. Comerciantes - Sociedades, 3ª edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963.

- MALBRAN, Manuel, "La extraterritorialidad de la quiebra en el caso Swift de la Plata S.A.", en *ED* 54 - 809.
- MANOVIL, Rafael M., *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
  - "El grupo insolvente y el concurso del garante: glosa crítica de algunas novedades de la ley de concursos", en *Revista Derecho y Empresa* N° 4, 1995, p. 155.
- MARTORELL, Ernesto, *Los grupos económicos y de sociedades*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991.
  - "Nuevos estudios societarios: Sociedades "off shore". Sociedades "de grupo": "¿puro grupo?", en *LL* 1999-B, 877.
  - "Default de megaempresas y grupos económicos: responsabilidad laboral, concursal y societaria", en *ED* 195-819.
- MASNATTA, Héctor, "Bases constitucionales del proceso de integración. La cuestión de las asimetrías entre los ordenamientos", en *LL* 1996-D, 1129.
- MERCAIDO, María Victoria, "La quiebra internacional". Presentando en las VI Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, celebradas en San Martín de los Andes los días 12 y 13 de noviembre de 1998.
- MERLE, Marcel*, Sociología de las relaciones internacionales*, Ed. Alianza, Madrid, 1991.
- MIGUENS, Héctor José, "El nuevo derecho de los grupos de sociedades en crisis: Las actuales tendencias en Europa y los Estados Unidos", en *Derecho y Empresa*, Universidad Austral, N° 4, año 1995, p. 35.
- MIDÓN, Mario*, Derecho de la Integración*. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.
  - "El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del MERCOSUR", en *LL* 1997-B, 1049.
- MOLINA, Franklin, "El Estado en la frontera de la Globalización. Cambios y perspectivas", en *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, Vol. VII, N° 1, 2001, p. 11.
- MONCAYO, Guillermo, VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D. T.; *Derecho Internacional Publico.* Tomo I, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1997.
- MONCAYO, Guillermo R., "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema," en Abregú, Martín y Courtis, Christian, (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales,* 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- "MERCOSUR. Orden normativo y realidad", en C.A. Armas Barea et al (ed.) *Liber Amicorum "In Memoriam" of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, p. 595.
- MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos F., "Análisis de las propuestas recientes en materia de insolvencia internacional: una aproximación a sus principios y procedimientos", en *Revista de Derecho Privado N° 23*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 54.
- NADELMANN, Kurt, "El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros en las leyes de quiebra", en *JA* 1974-477.
- NAJURIETA, María Susana, "Los principios generales del derecho en el desarrollo del ordenamiento del MERCOSUR", en *JA* 1999-III, 870.
- NISSEN, Ricardo, *Ley de Sociedades Comerciales*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997.
- *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.
- NEGRE de ALONSO, Liliana, "MERCOSUR: necesidad de modificar algunas normas concursales", en *La Ley Actualidad* del 12/04/1994.
- O´FARREL, Ernesto*, "Armonización del derecho en los países del MERCOSUR",* en *La Ley* del 05/05/1993*.*
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Uruguay: Sistemas de Insolvencia y Derechos de los Acreedores". Presentado en el Foro de Insolvencia Latino Americano del Banco Mundial, celebrado en Río de Janeiro, Brasil el 8 de junio de 2004.
- ONETTO, Claudio; "Alcances de la preferencia local establecida por el art. 4 de la Ley 19.551"; en *ED* 65 - 767.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *Regionalism and the World Trading System*, OMC, Ginebra, 1995.
- ORQUERA, Juan Pablo, "La extensión de quiebra en insolvencias internacionales", en *Sociedades y Concursos en el MERCOSUR*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
- ORTIZ, Tulio, "La globalización y el Estado moderno. Extinción o transformación?", en *Origen y transformación del Estado argentino en períodos de globalización*, Ortiz, Tulio y otros (coords.) Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UBA y Biblos, Buenos Aires, 2003.
- PALACIOS, Graciela, *MERCOSUR: instrumentos económicos (para alcanzar la UA).* Mimeo, 2004.
- PALLARÉS, Beatriz, "La incorporación de las normas de MERCOSUR a los Derechos internos y la seguridad jurídica", en Ciuro Caldani, Miguel Ángel, Latucca, Ada y Ruiz Díaz Labrano, Roberto (coords) *Economía Globalizada y MERCOSUR*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

- "Constitución y actuación de las sociedades en el MERCOSUR", en *JA* N° 6154, del 11/08/1999.
- "El derecho frente a la integración latinoamericana", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 12, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de julio de 2005. [Consultado en agosto de 2005].

- PENA, Celina y ROZEMBERG, Ricardo, "MERCOSUR: ¿Una experiencia de desarrollo institucional sustentable?", Documento presentado en la Segunda Conferencia Anual de la Red de Estudios Europa - América Latina sobre Integración y Comercio, Florencia, 29 y 30 de octubre de 2004. Disponible en www.focal.ca/pdf/mercosur_s.pdf [Consultado en agosto de 2005].
- PEÑA, Félix, "Reflexiones sobre el MERCOSUR y su futuro", en *Serie MERCOSUR* N° 15, Observatorio de la Globalización de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2002, o en http://pcb.ub.es/obsglob/Seriemercosur.html [Consultado en junio de 2004].
- PEREZ LOZANO, Néstor, "Los grupos empresarios en el MERCOSUR", en *Negocios internacionales y MERCOSUR*, Favier Dubois, Eduardo (h) (dir) Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 1996.
- PÉREZ TREMPS, Pablo, *Constitución española y Comunidad Europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- PETRAKOVSKY, Edgardo, y BLOCH, Alejandro E.; "Estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas. Ley 23.935", en *LL* 1991-E, 987.
- QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos. Ley 19.551*, Tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- RADZYMINSKI, Alejandro, "Sociedades multinacionales y procesos de integración económica"*,* en *Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones*, 1988, p. 93.
- "Nuevos problemas de Derecho Internacional Privado societario", en *ED* 136 - 171.
- "Sistema de Derecho Internacional Privado concursal argentino", en *Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones,* Año 2, 1990-A-199.

- RAISBERG, Claudia, "¿Cómo se verifica el crédito de un "acreedor extranjero"? en *Revista ERREPAR*, noviembre de 2001.
- REY CARO, Ernesto, "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional", *en Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. VI, 1994-1995, p. 233.

- RIMOLDI DE LADMANN, Eve, "La estructura institucional a partir del Protocolo de Ouro Preto", en Rimoldi de Ladmann, Eve (Coord.), *MERCOSUR y Comunidad Europea*, Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 209.
  - "Oportunidad y necesidad de una reforma institucional en el MERCOSUR", en *ED* N° 9726, del 07/04/1999.
- RIMOLDI DE LADMANN, Eve, CZAR DE ZALDUENDO, Susana, DALLA VÍA, Alberto, LAVOPA, Jorge, "Los nuevos procesos de integración económica: armonización legislativa", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires – Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja – Buenos Aires, 1999.
- RODRÍGUEZ, Mónica Sofía, "Algunos aspectos sobre la Insolvencia de las empresas Internacionales y Regionales", en *Revista Síntesis Forense* Nº 88, Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, 2000.
  - "Armonización legislativa en materia de Insolvencia Internacional. La quiebra comercial en los Tratados de Montevideo de 1940", en *Revista Síntesis Forense* Nº 90, Colegio de Abogados de San Isidro, Buenos Aires, 2000.
  - "La territorialidad en la vieja ley de quiebras", (comentario al fallo Panair do Brasil S.A. s/ quiebra), en Feldstein de Cárdenas, Sara, *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración.* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.
  - "El régimen argentino de concursos y quiebras internacionales" en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 2 (primera parte), 3 (segunda parte), 4 (tercera parte) y 5 (cuarta parte), *Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, 2004.
- ROUILLON, Adolfo A.N., "Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y las reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza", en International Insolvency Institute, Disponible en www.iiglobal.org. [Consultado en enero de 2004].
  - "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", en *Revista del Derecho comercial y de las Obligaciones*, N° 102, 1984, p. 788.
  - "¿Puede el juez argentino declarar la quiebra de una persona sin bienes en el país y domiciliada en el extranjero? El caso Proberan International Corp", en *LL* 2002-A, 387.

- "Concursos con repercusión transnacional. La Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia transfronteriza", disponible en www.iiiglobal.org [Consultado en enero de 2004].
- ROVIRA, Alfredo; *Sociedades extranjeras. Análisis del régimen legal argentino*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.
  - "Los artículos 30, 31, 32 y 33 de la ley de Sociedades Comerciales y su aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero," *en Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones,* 1982, p. 587.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto y SILVA ALONSO, Ramón, *El MERCOSUR. Marco jurídico institucional, análisis y perspectivas de sus normas derivadas*, Intercontinental Editores, Asunción, 1993.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto, *MERCOSUR: integración y derecho*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- SALAVERRI, Diego, "¿Es aplicable el artículo 30 de la ley 19.550 a las sociedades constituidas en el extranjero?" en *LL* 1991-D, 1198.
- SANCINETTI, Marcelo A. "El art. 4° de la ley de concursos: historia e histeria de una reforma" en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones 1984* , p. 139.
  - "El artículo 4° de la Ley 19.551: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte", en *LL* 1983-D, 403.
- SCOTTI, Luciana Beatriz, "Aproximación a la dimensión institucional del MERCOSUR: crónica de sus deficiencias y desafíos ", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 25 de junio de 2004. [Consultado en agosto de 2004].
  - "El Protocolo de Olivos: ¿un avance significativo o una nueva oportunidad perdida?", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración N° 5, Diario Jurídico elDial*: www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de octubre de 2004. [Consultado en noviembre de 2004].
- SECRETARIA PERMANENTE DEL SELA, "Realidad y mito de la globalización", mayo de 2000. Disponible en http://www.sela.org [Consultado en agosto de 2004].
  - "Globalización, inserción e integración: tres grandes desafíos para la región", junio de 2000. Disponible en http://www.sela.org [Consultado en agosto de 2004].
- SERICK, Rolf, *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles: El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, traducción y comentario de José Puig Brutau, Ed. Ariel, Barcelona, 1958.

- SILVERMAN, Ronald, "Advances in cross-border insolvency cooperation: the UNCITRAL model law on cross-border insolvency", en *ILSA Journal of international and compative law*, Spring, 2000.
- SMITH, Juan Carlos; “El régimen internacional de los concursos en la Ley 19.551", en *LL* 1980-A, 758.
- SOROS, George, "Capitalismo global ¿última llamada?", disponible en www.nexos.org. [Consultado en agosto de 2004].
- STIGLITZ, Joseph, "Reforming the Global Economic Architecture: Lessons from Recent Crises", 1999.
- TAMAMES, Ramón, *La Unión Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- TUSSIE, Diana, LABAQUI, Ignacio, y QUILICONI, Cintia, "Disputas comerciales e insuficiencias institucionales: ¿de la experiencia a la esperanza?", en Chudnovsky, Daniel y Fanelli, José María, *El Desafío de integrarse para crecer*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2001.
- URIONDO de MARTINOLI, Amalia, "Constitución y actuación de las sociedades en el MERCOSUR", *en ED* 167-1003.
  - "La actuación extraterritorial de las sociedades constituidas en el extranjero", en *Libro Homenaje a la Doctora Berta Kaller Orchansky*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004.
- UZAL, María Elsa; *“*Art. 4 Ley 19.551 (reformado por la ley 22.917). Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática"*,* en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 18, 1985 - 527.
  - "Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4 de la Ley 24.522", en *ED* 172 - 910.
- VÁSQUEZ, María Cristina, "Análisis de algunos aspectos de la integración en el Mercosur, desde el punto de vista del derecho administrativo", en *Estudios Multidisciplinarios sobre el MERCOSUR*, Facultad de Derecho. Universidad de la República, Montevideo, 1995, p. 7.
- VERÓN, Alberto Víctor; *Sociedades Comerciales. Ley 19.550 y modificatorias*, tomo 2, 3ª reimpresión, Ed. Astrea, 1998.
  - *Examen preliminar de la sociedad extranjera, el grupo de sociedades , el control de sociedades y la inoponibilidad de la persona jurídica*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.
- VILASECA I REQUENA, Jordi. “El Proceso de Integración como parte del Proceso de Mundialización” en Martínez Peinado, Javier y Vidal Villa, José María. (comps.); *Economía Mundial*, McGraw-Hill, Barcelona, 1995; p. 299.

- VITOLO, Daniel Roque, "La personalidad Jurídica en materia societaria", en *LL* 1990-D, 830.
  - "Problemas concursales en el ámbito del MERCOSUR, y el régimen legal argentino", en Favier Dubois, Eduardo M. (h) (dir), *Negocios Internacionales y MERCOSUR,* Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 457.
  - *Sociedades Extranjeras y Off Shore*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.
  - "Las sociedades constituidas en el extranjero y su acceso a los procesos concursales", en *Revista de las Sociedades y Concursos* N° 24, Año 4, Septiembre - Octubre 2003, p. 15.
- WATTE, Nadine y MARQUETTE, Vanesa, "Le Règlement commnunautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d´insolvabilité", en *Revue de Droit Commercial Belge*, Unité de Droit International Privé de la Université Libre de Bruxelles, 2001, p. 568. Disponible en http://www.dipulb.be [Consultado en marzo de 2004].
- WESTON, Ann y DELICH, Valentina, "Settling Trade Disputes after the Uruguay Round. Options for the Western Hemisphere", en Latin American Trade Network (LATN), FLACSO, N° 10, Julio de 2000.
- WÜRST, Walter, “La quiebra extranacional”, *en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones,* N° 29, 1996, p. 443.
- ZIPITRIA, Leandro, "Un análisis económico- institucional de los procedimientos concursales en el Uruguay", Monografía, FCEyA, Universidad de la República, noviembre de 2000.
- ZSCHOCKE, Christian O.; "La nueva agrupación europea de interés económico", en *ED* 144 - 789.