



MARÍA ELSA UZAL

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE GENERAL - JURISDICCIÓN - INMUNIDAD  
ARBITRAJE - CONTRATOS - PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR  
FORMA - REPRESENTACIÓN - MANDATO - RESPONSABILIDAD  
CIVIL - DERECHOS REALES - GARANTÍAS - SOCIEDADES  
INTERNACIONALES - SUCESIONES - INSOLVENCIA

Reg. N°	114184
Mtm.	(siguiente)
U. Cat.	349.9
	U98
Fecha:	26/04/2017
Proc.:	COOPERADORA FCS

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Derecho Internacional Privado

ALL 05/06/17





## CAPÍTULO V

# CONTRATOS INTERNACIONALES

### I. INTRODUCCIÓN

#### Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales<sup>(1)</sup>

##### *Los desafíos, hoy*

El derecho de los contratos en el plano internacional se encuentra hoy transitando momentos de cambio y se ha convertido en uno de los instrumentos tecnológicos más significativos de la evolución en la que nos hallamos inmersos.

Si quisiéramos graficar la evolución del tratamiento de los contratos multinacionales a través del tiempo, probablemente sea de utilidad recurrir a la idea de un movimiento circular, que va desde la universalidad de los orígenes hasta la universalidad en nuestros días.

Cabe recordar que desde la universalidad de su regulación dentro del derecho romano clásico, el contrato subsistente como fuente subsidiaria, en la Edad Media comienza a convivir con la *lex mercatoria*<sup>(2)</sup>, que surge como derecho prevalente sobre el derecho romano, creado por las costumbres, los estatutos de las corporaciones y la jurisprudencia de los tribunales de mercaderes, sin límites políticos sensibles, que llevaba a cabo por entonces la unidad del derecho aplicable a través de la unidad de los mercados, siempre que una de las partes en la relación comercial fuese un comerciante. Sin embargo, reconocía límites en el derecho canónico, que como derecho universal entre la comunidad de los fieles

(1) Véase: UZAL, MARÍA ELSA, "Desafíos y tendencias en materia de contratos internacionales", REDCO, 2005-B, 719/735.

(2) Véase: GALGANO, FRANCESCO, "Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales", *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, enero-marzo 2003, nro. 247, ps. 7 y ss.

imponía a los comerciantes cristianos la prohibición de la usura y del préstamo con intereses<sup>(3)</sup>.

Luego, claramente, el derecho común romano perdió su universalidad arrollado por el advenimiento de los Estados nacionales modernos que trajeron como consecuencia la estatalidad fragmentaria del derecho. Cada Estado nacional reivindicó sus propias fórmulas, el derecho se identifica fuertemente con la ley, y las costumbres, dominantes en el medioevo, se convirtieron en una fuente menor o, en todo caso, subsidiaria.

Por otro lado, sin embargo, el comercio se volvió cada día más internacional, surgiendo como una realidad en contradicción con la concepción particularista y plural de un derecho comercial estatizado en las ordenanzas y códigos nacionales, con los que cada Estado impone su propia visión y su propio modo de posicionarse frente a los intercambios comerciales y a las exigencias de la economía y del mercado.

Hasta la revolución industrial, sin embargo, se ha señalado la existencia de un estrecho nexo entre el derecho y la economía, dado que la ciencia jurídica, observando las prácticas comerciales, construyó importantes figuras jurídicas funcionales con la necesidad de circulación de la riqueza. Basta precisar en la letra de cambio. Con la revolución industrial, surge el productor y la empresa industrial, pero se siguen viendo y tratando, desde el derecho, con la óptica antigua del comerciante, que compra y revende bienes, aunque ahora, después de haberlos transformado. Para Galgano, el crecimiento de la economía industrial "se desarrolla entonces en un espacio vacío de derecho. Se alimenta del progreso tecnológico y de la inversión de capitales y tiene una escasa necesidad de regulación jurídica", acorde con una filosofía que confía en la capacidad de autorregulación espontánea del mercado (Adam Smith, Quesnay, Turgot)<sup>(4)</sup>.

Hoy en día, es sabido, transitamos la etapa posindustrial y posmoderna, donde la tecnología industrial convive con una concepción de la riqueza, desmaterializada; donde adquieren roles fundamentales las prestaciones de servicios y los mercados y activos financieros, en un marco en el que la celeridad de las comunicaciones, el intercambio electrónico de datos, Internet, el comercio electrónico y la tecnología informática conducen, como consecuencia inmediata, a la globalización de los mercados.

(3) Véase: GALGANO, FRANCESCO, *Lex Mercatoria*, Bolonia, 2001.

(4) Véase: GALGANO, FRANCESCO, "*Lex mercatoria...*", cit., nro. 1, ps. 9 a 11.

En esta etapa es remarcable que junto a los derechos codificados juega un papel determinante la técnica jurídica, en particular a través de la llamada "tecnología contractual", por medio de la cual toman cuerpo nuevos productos e instrumentos financieros, las *new properties*. Estos nuevos instrumentos, y no las leyes, resultan ser los medios a través de los cuales se operan hoy algunas de las más importantes transformaciones jurídicas. El principal instrumento de esa innovación jurídica es, nuevamente, el contrato, y el mundo de los negocios produce a ritmo acelerado nuevas figuras contractuales que, desde la óptica de los sistemas de derecho nacionales, suelen ser captados como contratos "atípicos", pero que en el plano de los negocios internacionales generan modelos contractuales uniformes, que constituyen, precisamente, los contratos de los mercados globalizados<sup>(5)</sup>.

Frente a las convenciones internacionales que buscan la uniformidad del derecho con limitado alcance y en pugna con el apego de los Estados a las soluciones de los derechos nacionales, a través de modelos contractuales uniformes se operan los mercados financieros; se regulan el transporte internacional, las transacciones comerciales internacionales en general, la compraventa en particular; se organizan e integran grupos societarios multinacionales, y las sociedades multinacionales fijan su política contractual uniforme. Cabe recordar que se ha destacado que los verdaderos protagonistas actuales de la globalización ya no son realmente los Estados nacionales, que sólo operan sobre un trozo del mercado, sino las empresas multinacionales, que con sus ramificaciones pueden controlar el mercado a escala mucho mayor, cuando no en su totalidad. De ahí, que los Estados busquen asociarse en organizaciones internacionales, tipo OMC, capaces de dictar reglas aplicables a esos mercados globales.

Esta evolución contractual trae de la mano cambios en ciertos principios. Así, por ejemplo, respecto de la autonomía de la voluntad, eje central de los contratos que componen intereses entre particulares, aparece una creciente tendencia a la imposición de ciertas restricciones en diversos ámbitos en los que el contrato asume muchas veces el rol regulador de la ley, requerido por las condiciones sociales y económicas de la vida moderna, por ejemplo, en la gestión y operación de bolsas y mercados, en la autorregulación acordada de mecanismos en defensa de los consumidores, en la prevención de condiciones de abuso de posición económicamente dominante o en la defensa de condiciones de competencia leal. A veces en estos papeles, el contrato hasta llega a adelantarse a los poderes públicos en la tutela de intereses generales.

(5) GALGANO, FRANCESCO, "*Lex mercatoria...*", cit., nro. 1, ps. 12/13.

Todo esto ha impuesto en el horizonte, como realidad, la idea de la "aldea global" de la que hablaba Powers, suerte de sociedad sin Estado, de dimensiones planetarias, regida por un derecho propio de la comunidad internacional de los negocios, supranacional, formado espontáneamente, con el que se suele identificar muchas veces a la denominada nueva *lex mercatoria*, que regula las transacciones internacionales, que carece de órganos coercitivos y se vale de los órganos del Estado que en cada caso resulten competentes en razón de territorio<sup>(6)</sup>.

El fondo común de principios universalmente aceptados que anima esta globalización de los mercados ha sido captado por los ojos de los observadores especializados de Unidroit en una compilación orgánica, bajo el nombre de "Principios de los contratos mercantiles internacionales" (PICC), estructurados y coordinados sobre la base de la autonomía de la voluntad y la buena fe, suerte de derecho común del quehacer comercial estructurado con base en ese mercado global que describimos, adaptado o adaptable a las relaciones entre comerciantes, empresarios, entre éstos y consumidores y, quizás, hasta a los contratos *online* o *telemáticos*, propios del *e-commerce*. Hallamos a los contratos así como fuente relevante de nuevas formas de derecho que tornan a la universalidad.

El desafío es la manera en que el derecho ha de responder a las nuevas exigencias que la materia contractual exige.

## II. LAS DISYUNTIVAS DE LA GLOBALIZACIÓN: UNIFORMIDAD O ARMONIZACIÓN

Se ha dicho que globalizar, en derecho, no necesariamente significa crear un único derecho planetario o un código global que obre la unificación de una materia dada —el derecho civil o el derecho de los contratos— y si bien la *lex mercatoria* puede satisfacer ciertas exigencias de la contratación internacional, también puede pensarse, bajo otro prisma, en globalizar el derecho dando "a todos la posibilidad de utilizar las diferentes figuras jurídicas ofrecidas por los derechos nacionales". Así lo interpreta Galgano, cuando asocia la ecuación a la búsqueda del "derecho aplicable" en el marco del arbitraje internacional, donde caben la aplicación de las leyes nacionales, de la *lex mercatoria* y de los "principios" a los que aludimos *supra*<sup>(7)</sup>.

Es interesante ensayar un rápido panorama sobre las iniciativas que se detectan en la búsqueda de respuestas a estas disyuntivas.

(6) MCLEHN - POWERS, *Il villaggio globale*, Bolonia, 1999.

(7) Véase: UZAL, MARÍA ELSA, "Desafíos y tendencias...", cit.

## I. En Europa

Diversos grupos de estudio han actuado y actúan en Europa analizando estas diversas cuestiones. El "Proyecto Trento" (Bussani y Matei), por ejemplo, trabajó en poner de manifiesto "líneas de convergencia y divergencia para apreciar el "núcleo común" a todos los ordenamientos europeos y trazar una suerte de cartografía jurídica que ofrezca bases sólidas para la armonización del derecho en Europa.

El Grupo Pavía, de la llamada "Academia de Iusprivatistas Europeos", ha elaborado el primer libro de un "Código Europeo de los Contratos" y, en un proyecto mucho más ambicioso, el *Study Group on European Civil Code*, integrado por muy destacados profesores, trabaja desde 1998 bajo la dirección del profesor Christian von Bär y aspira a elaborar un Código Civil europeo, tanto civil como comercial, con un proyecto de once tomos.

La Comisión de las Comunidades Europeas, el 11/7/2001, dirigió al Consejo y al Parlamento europeo una "Comunicación sobre la Europeanización del Derecho de los Contratos", proponiendo varias opciones que transmiten las dudas que estos proyectos generan. La Comisión, al examinar el problema, se planteó como escenarios posibles:

- *Abstenerse de toda acción comunitaria en la materia*, dejándola librada a la apreciación de los organismos y grupos de interés de los Estados miembros (directivas, convenciones de derecho material uniforme, reglas de conflicto uniformes).
- *Promover la elaboración de un cuerpo de "principios comunes del derecho de los contratos europeos"* para reforzar los puntos de convergencia de los derechos nacionales, obvia referencia al antecedente de los "Principios generales de los contratos comerciales internacionales" (formulados por Unidroit como *soft law*, que puede ser voluntariamente elegido por las partes) y a los "Principios generales de los contratos europeos" (PECL) —sin las notas restrictivas en cuanto al carácter comercial y de internacionalidad de los principios de Unidroit— trabajados desde 1980-1991 y de 1992 a 1996, por la Comisión Lando ("Commission on European Contract Law", integrada por profesores encabezados por Ole Lando, que publicó la Parte I en 1995, la Parte II en 1999, y la III en marzo de 2003) que, en tanto persigan ser aplicados como reglas de derecho contractual en la Unión Europea, perderían su carácter de *soft law*.

Se ha observado que estos principios, salvo los que son verdaderas disposiciones de derecho disimuladas, no son suficientes para suplir la aplicación de los diferentes derechos nacionales, pues son lacunares y con formulaciones abstractas, que no resultan apropiadas para regular

sistemática y exhaustivamente los problemas que pueden suscitar los contratos tranfronterizos<sup>(8)</sup>.

• *Mejorar la calidad de la legislación en vigor.* Con una concepción descentralizada o federal del derecho, este objetivo podría lograrse a través de la elaboración de un derecho internacional privado común europeo, con reglas claras. Esta solución plantea numerosas dificultades, dentro de las cuales un problema no menor es lograr un acuerdo respecto de la posibilidad de disponer, por medio de la autonomía de la voluntad, la elección del derecho aplicable al contrato, no sólo en cuanto al derecho subsidiariamente aplicable en defecto de la regulación formulada por la autonomía material, sino también en cuanto al derecho imperativo del derecho elegido. Por esta vía se propuso mejorar la Convención de Roma del 19/6/1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en vigor desde el 1/4/1991 entre los países de la Comunidad, mediante una apertura al *soft law*, completándola en aspectos no previstos y mejorándola mediante un "Reglamento europeo" directamente sometido al control de la jurisdicción europea.

• *Adoptar una nueva legislación completa a nivel comunitario.* Se trataría de la elaboración de un derecho material uniforme concebido como la expresión de una visión unitaria de comunidad jurídica europea, suerte de símbolo de la unidad política del continente. Comprendería una parte general del derecho de los contratos y algunos aspectos de la compraventa, debiendo determinarse su ámbito de aplicación material, esto es, si habría de estar *limitada a los contratos transfronterizos intracomunitarios o estaría destinada también a contratos domésticos*. Según el criterio podría multiplicarse el conjunto de disposiciones aplicables a los diferentes contratos y se ha criticado que no sería deseable introducir entre los derechos internos y el derecho internacional reglas de fuente europea, aplicables sólo para Europa. Se han señalado también como otras técnicas la posibilidad de formular reglas complementarias de los derechos nacionales, o un sistema que pudiese ser elegido por las partes como derecho común alternativo, en lugar de un derecho nacional, subsistiendo la objeción de la duplicación, al menos de los sistemas jurídicos aplicables.

Esta iniciativa llevó a una resolución del Parlamento Europeo del 15/11/2001 relativa a la necesidad de una aproximación de los derechos

(8) Véase: SONNENBERGER, HANS JÜRGEN, "L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles?", *Dalloz*, julio-septiembre 2002, p. 417; HARTKAMP, ARTHUR, "Modernisation and Harmonisation of Contract Law: objectives, methods and scope", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII-1/2, ps. 81 y ss.

civiles y comerciales de los Estados miembros<sup>(9)</sup>, previendo un calendario para la elaboración y adopción de un cuerpo de disposiciones sobre derecho de los contratos, un verdadero Código de los Contratos europeo, a realizar en varias etapas a partir de 2010.

El proceso culminó con la aprobación del Reglamento Europeo (RE) 593/2008, del 17 de junio de 2008, sobre el derecho aplicable a las relaciones contractuales (Roma I) que sobre la base de la Convención de Roma de 1980 ha llevado a la modernización de la legislación del derecho de los contratos en Europa a través de un instrumento de fuente comunitaria que unifica las reglas de conflicto en materia contractual entre todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, evitando las carencias que para lograr la uniformidad emergen de los mecanismos propios un convenio de naturaleza internacional.

Esta decisión se inscribe dentro de una política superadora de las orientaciones sectoriales que han seguido las directivas, sustentadas sobre denominadores comunes puntuales que, frente a las diferencias a veces profundas que se registran en los derechos nacionales, impiden una verdadera armonización. Se interpreta que a través de la unificación legislativa se verían favorecidas las transacciones y relaciones jurídicas de los particulares dentro de la Unión Europea.

Ha sido materia de discusión la competencia legislativa de la Comunidad para formular y adoptar un código de esta naturaleza. Sus defensores encontraron el sustento legal en el art. 65, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (desde su reforma por el Tratado de Amsterdam), que preveía la armonización del derecho de los Estados miembros con el objeto de establecer y poner en funcionamiento un mercado común (Basedow), si bien esa facultad se hallaba limitada por los principios de subsidiariedad y de necesidad, que marcaban que cada acto legislante de la Comunidad, necesitaba de la prueba concreta de que se dirige a mejorar el funcionamiento del mercado común interno<sup>(10)</sup>, y luego, en las competencias reconocidas en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por las cuales se faculta a la Unión *para desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*. Pues es claro que la elaboración de un instrumento uniforme es la forma última de la armonización legal

(9) Res. COM (2001) 398-C5-0471/2001-2001/2187 (C05).

(10) Así lo ha precisado el fallo CJCE 5/10/2000, REC 2000-I-8419, nro. 83/84.

buscada. Se trata de una normativa universal que desplaza las normas de derecho interno dentro de los países del ámbito europeo

Debieron superarse en este emprendimiento las dificultades derivadas de las diferencias de lenguaje jurídico, las diferencias de terminología y de metodología, propias de los diversos derechos nacionales y de la necesaria formación en derecho comparado de los juristas, etcétera.

Un proyecto de esta envergadura debía ir acompañado de la dotación de una jurisdicción comunitaria provista de una estructura y de atribuciones adaptadas a la puesta en marcha de esta tarea, lo cual se concretó en el Reglamento (CE) 44/2001 —Bruselas I— (arts. 27 a 30) y ahora por el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo —Bruselas I bis—, del 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en vigor desde 1 de enero de 2015).

Se sostuvo asimismo, que la decisión de europeizar los contratos se debería ver completada por una iniciativa similar en el derecho de la responsabilidad extracontractual trabajado por *el Tilburg Group* y con algunos aspectos del derecho de los bienes muebles, para obtener mayor seguridad y reducción de costos. Ello se plasmó en el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Otra alternativa que se analizó ha sido limitar la iniciativa a una formulación de disposiciones uniformes que sirvan de marco imperativo, dejando intacta la libre concurrencia entre los derechos nacionales subsidiariamente aplicables. En esta dirección se orientan quienes piensan en un Código Europeo del Consumidor, lo cual impone definir principios de orden público comunitario también en el campo de los contratos en general, sin duda elaborado a partir de los principios comunes extraídos de las diferentes fuentes de derecho<sup>(11)</sup>.

## 2. En los Estados Unidos

Estados Unidos es el mercado nacional más importante del mundo. Su organización política bajo un sistema federal reconoce una regula-

(11) Véase: SONNENBERGER, HANS JÜRGEN, "L'harmonisation...", cit., ps. 427 a 433; BÉRAUDO, JEAN P., "Modernisation et Harmonisation du droit des contrats: une perspective européenne", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2, ps. 135 y ss.; VON BAR, CHRISTIAN, "Le groupe d'études sur un Code Civil européen", RIDC, 1-2001-127; CASALS MIQUEL, MARTÍN, "Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil", II Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Granada, 14 al 16/ 11/2002.

ción por el gobierno central de las reglas del comercio interestatal, pero carece de un derecho uniforme en materia de contratos, cuya regulación se dejó a los diferentes Estados. A principios de la década del sesenta, con el auspicio del American Law Institute y de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, fue elaborado el Uniform Commercial Code, luego aprobado y promulgado sustancialmente con el mismo texto por las legislaturas de la mayoría de los estados de la Unión. Este ordenamiento provee reglas uniformes para la mayor parte de las transacciones comerciales, pese a lo cual siguen siendo normas de derecho estatales, aplicadas por diferentes jurisdicciones estatales, con el consiguiente riesgo de fraccionamiento jurisdiccional.

Por otro lado, el Restatement (Second) of Contracts elaborado por el American Law Institute, si bien no tiene carácter legislativo, es ampliamente seguido por los tribunales y también tiene un efecto armonizador de las reglas generales en materia de contratos aplicadas por los diferentes Estados, aunque no representa una unificación del derecho de los contratos. Legislativamente, se advierten muchos intereses encontrados que impiden lograr una unificación.

El profesor Michael Joachim Bonell sostuvo que la experiencia americana del Uniform Commercial Code podía ser utilizada como precedente para un Código de Comercio Global<sup>(12)</sup> y propicia una idea que contempla una consolidación de los instrumentos internacionales de derecho uniforme existentes (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, convenciones sobre transporte, *leasing*, *factoring*, etc.), refiriendo a los principios de Unidroit como un derecho general de los contratos no codificado, para la interpretación y complemento de lo previsto en este Código.

En el contexto regional del NAFTA (North American Free Trade Association) se advierten diferencias entre los sistemas legales de los tres países asociados: Estados Unidos y Canadá exhiben común lenguaje y tradición, y México es país de tradición continental. Distintas iniciativas han tenido lugar especialmente en México, para modernizar y uniformar su derecho interno y aproximarse al derecho de los otros Estados miembros.

(12) BONELL, MICHAEL J., "Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", 75<sup>th</sup> Anniversary Congress of the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), Roma, Italy, 27 al 28 de septiembre 2002, *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2; EARNSWORTH, E. ALLAN, "Modernisation and Harmonisation of Contract Law: an american perspective", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2, ps. 97 y ss.

### 3. En China

El derecho de los contratos chino fue modernizado, entrando en vigor una reforma, en 1999, que unificó las disposiciones de los contratos comerciales internos e internacionales de los contratos vinculados a cuestiones relacionadas con la tecnología.

Este nuevo derecho contiene una parte general, disposiciones específicas y disposiciones complementarias y en su elaboración se han hecho numerosas referencias a la Convención de Viena sobre compraventa de 1980, a los principios de Unidroit y a diferentes disposiciones legales en materia de contratos de derecho comparado<sup>(13)</sup>. China opera regionalmente dentro del Grupo APEC (Asia Pacific Economic Cooperation), que se halla lejos de alcanzar cualquier clase de armonización en el campo del derecho de los contratos, pues comprende un amplio espectro de países con estructuras socioeconómicas y tradiciones legales totalmente diferentes.

### 4. En la Federación Rusa

El nuevo Código Civil ruso entró en rigor en tres etapas: en 1995, en 1996 y en el 2002; y también se inspiró sustancialmente en la Convención de Viena para la Compraventa internacional de Mercaderías y en los principios de Unidroit. A nivel regional, la Federación Rusa se encuentra dentro de la Comunidad de Estados Independientes (CIS), que comprende la mayoría de los Estados de la ex Unión Soviética, que comparten un fondo común de principios legales muy fuerte, como consecuencia de los cuales a principios de 1996, en la Asamblea Interparlamentaria del CIS, se adoptó un Código Civil modelo que se inspiró en seis Estados miembros del CIS (Bielorrusia, Georgia, Kasajistán, Kirguizistán, Federación Rusa y Uzbekistán), lo que produjo una sustancial uniformidad en el derecho de los contratos<sup>(14)</sup>.

### 5. En América

Dentro de la Organización de los Estados Americanos, el Comité Jurídico interamericano ha impulsado la elaboración y negociación de instrumentos internacionales en el campo del derecho internacional privado a través de la Conferencias Interamericanas de Derecho inter-

(13) DANHAN, HUANG, "The Unidroit Principles and their influence in the Modernisation of Contract Law in the People's Republic of China", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2, ps. 107.

(14) VILKOVA, NINA, "Harmonisation of Contract Law in Russia: some brief reflections", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII -1/2, ps. 119 y ss.

nacional Privado (CIDIP). Estas convenciones se han posicionado en el dilema entre regionalismo y globalización procurando instrumentos de armonización e integración nacionales en el campo del derecho comercial, inclusive contratos (CIDIP 5), de derecho procesal, normas generales de derecho internacional privado, estatus de las personas y menores, etc. El proceso de las CIDIP cubrió un amplio espectro de materias y las primeras tres conferencias produjeron convenciones con un buen nivel de aceptación. Sin embargo, las últimas conferencias muestran a la CIDIP en estado de crisis, en particular por el hecho de que los instrumentos adoptados por las últimas conferencias han obtenido muy pocas adhesiones. Probablemente no resulta ajeno a la suerte de este proceso el hecho de que representan una duplicación de esfuerzos dirigidos a los mismos objetivos perseguidos por otras organizaciones de alcance global como Unidroit, Uncitral y la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, las tres organizaciones más prominentes en este ámbito: amén de otros dilemas que también se enfrentan, al que no es ajeno el problema del método (v.gr., convenciones vs. leyes modelo).

En otro ámbito, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 ha sido aprobada por varios países latinoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Perú, Uruguay, Venezuela).

Desde fines de la década de 1980, los países latinoamericanos y del Caribe han adoptado una estrategia general de liberalización del comercio a través de medidas unilaterales, compromisos multilaterales e iniciativas regionales. Estos hechos económicos han influido en la emergencia de normas de derecho uniforme dentro de un marco que ha devenido apropiado. Los movimientos de integración económica como el Mercosur, el CAN (Comunidad Andina de Naciones), el CACM (Mercado Común Centro Americano), el CARICOM (Comunidad del Caribe), además del NAFFA y la iniciativa del Área de Libre Comercio de las Américas, tendiente a eliminar progresivamente barreras restrictivas del comercio y la inversión, resultan, más allá de sus objetivos de integración económica, logrados o no, campo propicio para la armonización legal.

En general, puede señalarse que sin perjuicio de esta apertura creciente a la incorporación de instrumentos internacionales, América latina exhibe una homogeneidad en su derecho civil y comercial, que hunde sus raíces en la tradición continental europea, por lo que se ha dicho que, tarde o temprano, el continente arribará a un sistema regional único y dinámico. No obstante, será necesario transitar el camino de los procesos de integración en marcha, para que puedan concretarse la armonización y unificación del derecho privado, superando las fronteras regionales que actualmente se perfilan, en búsqueda de nuevos paradigmas.

Hoy en día, sin embargo, las asimetrías entre las economías relativas de los distintos Estados no permiten postular una necesaria uniformidad y armonización en el plano del derecho comercial.

La armonización y la unificación del derecho no son un fin en sí mismas, mas en un contexto de economía globalizada, abren un camino efectivo para superar diferencias legales, buscar soluciones generalmente aceptadas y más justas y pueden transformarse en instrumentos de cambio social y político: pues no son neutrales, sino que expresan conceptos y principios a la vez éticos, racionales y pragmáticos<sup>(15)</sup>.

### III. TENDENCIAS

El derecho de los contratos conforme al panorama trazado exhibe pues, una clara tendencia hacia la modernización y armonización a través de un amplio espectro de instrumentos, convenciones internacionales, regulaciones a nivel regional, condiciones generales o cláusulas generales de contratación predispuestas, leyes uniformes, leyes o códigos modelo, guías legales, reglas, costumbres y prácticas jurídicas; todos recursos tendientes a la aproximación de los sistemas jurídicos identificando sus límites y explicando sus diferencias.

La adopción de una u otra alternativa depende del grado de desenvolvimiento económico-cultural y las tradiciones legales de cada Estado, mas, sin duda, la armonización facilita el comercio internacional y su eficacia depende de su método y su alcance.

Respecto del alcance de la armonización se han distinguido criterios con diversos enfoques: tomar el derecho de los contratos como parte del derecho de las obligaciones o como derecho de los contratos en sentido estricto; buscar la completa armonización del derecho de los contratos —internos e internacionales— o sólo los contratos internacionales; regular sólo la parte general de los contratos o también perseguir la armonización de los contratos específicos; apuntar al espectro total de los contratos o sólo los contratos comerciales; a los contratos en general, ignorando las relaciones de consumo o incorporando los contratos de consumo, defendiendo la idea de una estrecha interacción que introduzca el criterio del bienestar del consumidor como elemento dentro del concepto general del derecho de los contratos; elaborar la armonización contemplando normas de carácter dispositivo y normas de policía o re-

(15) HINESTROSA, FERNANDO, "Harmonisation of Sales Law in the Americas and Regional Economic Integration: a Cautious Appraisal", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII-1/2, ps. 211 y ss.

gulando separadamente las normas dispositivas de las normas imperativas; limitar la armonización a normas de carácter sustantivo o uniformar criterios generales, comunes, para resolver el conflicto de leyes por medio del derecho internacional privado; contemplar también la incorporación de normas de procedimiento, importantes para la aplicación y cumplimiento de los contratos en el plano internacional; armonizar los principios comunes que informan el derecho de los contratos en general o de los contratos comerciales e internacionales en particular; como *soft law* elegible por las partes o como disposiciones obligatorias<sup>(16)</sup>.

### IV. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN LA ARGENTINA

#### A) REGLAS ESPECIALES DE JURISDICCIÓN

El art. 2650, CCCN, contiene las normas especiales que brindan el contexto jurisdiccional que habilita el planteo de acciones para solucionar controversias en materia contractual, marco a partir del cual puede realizarse una eficaz prospectiva respecto de cuál podrá ser el derecho aplicable para resolver el caso.

En contratos internacionales, la primera alternativa que otorga el legislador se encuentra en manos de las partes que, mediante *cláusulas de elección de foro o de prórroga de jurisdicción* pueden elegir el tribunal competente de común acuerdo. Cabe hacer aquí remisión a todo lo dicho al tratar la prórroga de jurisdicción en el cap. III, apart. IV.A)<sup>(17)</sup>.

No existiendo acuerdo válido de elección de foro, el art. 2650 establece que son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor:

a. los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos, disposición con la que se suple un vacío legal que es colmado con la reiteración de la misma regla prevista en el art. 5º, inc. 5º, del CPCCN —véase: todo lo dicho en el cap. III, apart. IV.B, punto 2.c—;

b. los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales —véase, todo lo dicho en el cap. III, apart. IV.B, punto 1.b—;

(16) CALUS, ANDRZEJ, "Modernisation and Harmonisation of Contract Law Focus on Selected Issues", *Uniform Law Review*, 2003, vol. VIII-1/2, ps. 155 y ss.

(17) Véase también: RADZYMINSKY ALEJANDRO P., "Las cláusulas de elección de foro en contratos internacionales", ED, 150-305.

c. los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

Este último inciso crea un criterio de *jurisdicción concurrente* de los tribunales locales con los tribunales del lugar de la sede de la matriz o del empresario en el exterior, que permite demandar en el país a la sociedad o el empresario extranjeros por lo actuado en el país a través de su agencia, sucursal o representación, que ha intervenido directamente en esas actuaciones. Es claro que no cabrá, en cambio, demandar en el país a la matriz por actos obrados en el exterior, emplazándola en la figura de la agencia, sucursal o representación sita en el país, si esas representaciones locales son ajenas a esos actos o contratos, de lo contrario se habilitaría una vía judicial con posibilidades ciertas de indefensión.

## B) DERECHO APLICABLE

### 1. La autonomía de la voluntad

En el marco descripto hemos de abordar el enfoque con el que se encara el tratamiento del DIPr. en la Argentina.

En nuestro derecho privado de fuente interna aparece indiscutido el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, desde la clara disposición inserta por Vélez Sarsfield en el art. 1197 del Código Civil —hoy reproducido en espíritu en los arts. 958 y 959, CCCN— que consagrara, como principio, que la voluntad de las partes, contractualmente expresada, constituye una regla a la que éstas deben someterse como a la ley misma. Cabe recordar sin embargo que, en derecho privado interno, esa facultad dispositiva que se le reconoce a las partes y que les autoriza a reemplazar con estipulaciones propias las disposiciones previstas por el legislador —que adquieren así carácter supletorio de la autonomía de la voluntad— se ejerce dentro de los límites fijados por las disposiciones coactivas o imperativas del derecho interno, esto es, por las normas inderogables que no resultan derecho disponible para las partes (arg. art. 12, CCCN, art. 21 y cmcs., CCiv.).

El nuevo Código Civil y Comercial abraza hoy, expresa y decididamente, el principio de la autonomía de la voluntad también en punto al derecho aplicable a los contratos internacionales, honrando así la más acendrada tradición jurídica sostenida siempre por la Argentina internacionalmente, desde los foros abiertos en los Congresos en que se discutieran los textos de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, tanto en 1889 como en 1939-1940, donde ha sido gran defensora del principio.

Cabe recordar que se ha señalado<sup>(18)</sup> con acierto que al término autonomía, aplicado a la voluntad y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuírsele dos significados: de un lado, se ha sostenido que la voluntad del sujeto es *fuerza original del derecho*, es decir, una fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta materia normas jurídicas *ab initio* y que, al hacerlo, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es un derecho absoluto; por otro lado, se dice que la voluntad del sujeto representa *una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas, porque un orden jurídico preestablecido la habilita para ello* y que, en tal caso, se le reconoce el goce de un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.

Se ha destacado también que, con uno u otro significado, a quienes gozan del derecho de contratar se les reconoce la calidad de sujetos autónomos (de *autos-nomos*, su propio legislador) puesto que se admite que crean, por su propia voluntad, las normas del contrato que celebran, concordando la voluntad de las partes (consentimiento), en lo acordado (contenido del contrato). De esta manera, reconocer y respetar el contrato equivale a reconocer y respetar lo que las partes convinieron a su arbitrio.

En este contexto de ideas, al abordar la cuestión desde el ángulo internacional, se ha planteado como interrogante, no sólo si en ese ámbito de contrataciones también la voluntad de las partes debe ser respetada cuando determina el contenido sustancial, de fondo, de la relación contractual —y en tal caso cuál es el alcance de esa atribución— (*autonomía material*), sino, yendo aún más allá, si cabe que lo estipulado por ellas consista en que el contrato sea regulado por tal o cual ley. Es decir, si las partes pueden, a través de la autonomía de la voluntad, disponer de las normas de DIPr. previstas por el legislador como aplicables al caso para operar la elección o determinación del derecho que habrá de regir el contrato, de manera que la ley elegida por ellas sea la que gobierne el encuadramiento jurídico de su relación (*autonomía conflictual*) o si, por el contrario, las partes deben sujetarse a la elección del legislador en este o estos aspectos.

El debate en torno a la admisibilidad de la autonomía conflictual se planteó con especiales ribetes ante la ausencia de una norma de DIPr. en el Código de Vélez Sarsfield que expresamente la contemplara, en ese plano, aunque la prerrogativa era claramente reconocida en el derecho

(18) Véanse las referencias de SCHNITZER, ADOLF, en "Les contrats en droit international privé suisse", *Recueil des Cours*, 1968 I, vol. 123, ps. 582 y ss., y ALFONSO, QUINTIN, *Régimen internacional de los contratos*, con referencias a Foelix y Savigny, Montevideo, ROU, 1950, ps. 13 y ss.

interno, si bien limitada a la facultad de determinar el contenido material del contrato. Sin embargo, como fruto de un largo y profundo trabajo doctrinario y de fecundos debates hoy, el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación a nivel internacional, tanto en sentido material como conflictual, se encuentra admitido sin discusiones.

El nuevo Código Civil y Comercial lo consagra así, expresamente, en su art. 2651, sin embargo, resultará útil detenerse y recordar los argumentos doctrinarios que condujeron a este resultado.

#### a) La autonomía universal

Si se pretendiese abordar el principio de la autonomía de la voluntad como fundado en un derecho individual inherente a la naturaleza humana, transitando un camino de subjetivismo a ultranza, propio del racionalismo del siglo pasado, podría intentarse sostener que elegir la ley del contrato es un derecho individual, que no deriva de ninguna norma positiva y que, por consiguiente, el sujeto goza de ese derecho de elección independientemente de toda norma de derecho que lo justifique e, incluso, frente a toda norma que lo prohíba. Se sustentaría así la existencia de una autonomía universal de la voluntad para los contratos internacionales, que no reconociese los límites de ningún sistema de derecho, mientras que se admite sin reparos que los contratos nacionales sólo pueden pensarse dentro de la ley y de los límites que fija el orden público interno.

Sin embargo, se ha señalado frente a esta postura que, a poco que se intente fundarla, sólo resulta factible hacerlo *prescindiendo del derecho positivo y de la realidad social* (Schnitzer). Se ha destacado que la voluntad absolutamente autónoma e independiente de toda norma es, en efecto, una abstracción pura, ajena a todo medio social, y que en la realidad, en cambio, la voluntad individual sólo puede producir efectos jurídicos a condición de socializarse, es decir, a condición de someterse a las normas jurídicas que ordenan el interés social<sup>(19)</sup>.

Es decir, que la realidad se impone y que, por ello, la autonomía universal —esto es, sin límites de ninguna especie— aparece contradicha por la realidad misma, que establece sus condicionamientos a poco que se socialice el sinalagma contractual y se pretenda hacerlo funcionar y, más aún, se pretenda plantear el diferendo para su solución judicial.

Se ha observado sin embargo un rebrote de esta concepción universalista en contratos internacionales en que intervienen sujetos de derecho público —Estados— u organismos internacionales, en donde no es

(19) ALFONSO, QUINTÍN, ob. cit., ps. 15 a 17 y sus citas.

raro encontrar cláusulas en las que se declara que esos contratos se rigen por sus propias estipulaciones, con pretensiones de desconexión de cualquier derecho nacional o, inclusive, del derecho internacional público. A través de las llamadas “cláusulas de internacionalización” las partes en estos contratos suelen establecer que su acuerdo será regido, interpretado y aplicado de conformidad “con los principios de derecho comunes a las naciones parte” o “de las naciones civilizadas”, o “con los principios de buena voluntad y buena fe”, es claro, que estas cláusulas para lograr eficacia requieren una asociación con cláusulas arbitrales que establezcan un foro internacional, donde puedan interpretarse y aplicarse con miras al fin del contrato, sustrayéndose de todo control jurisdiccional estatal.

Aparece claro que mientras las partes eviten acudir a una estructura —jurisdiccional o no— estatal o internacional, su voluntad tiene mayores posibilidades de imponerse, incluso en el ámbito del arbitraje o de la amigable composición, sin embargo, parece difícil que puedan sustraerse a los límites que las jurisdicciones judiciales o administrativas competentes seguramente impondrán al caso de darse un planteamiento formal<sup>(20)</sup>. De ahí que ese enfoque (fuente universal) hoy carezca de apoyatura legal y doctrinal y que la autonomía se contemple como una facultad que los sistemas jurídicos nacionales confieren a las partes (fuente derivada), que no se superpone ni se enfrenta al orden jurídico, sino que ha de funcionar bajo su amparo y dentro de su contexto.

#### b) ¿Por qué cabe la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales?: el debate

Ya señalamos que la falta de norma expresa que autorizase el libre juego de la autonomía de la voluntad en nuestro DIPr. hizo necesario ahondar en la fundamentación del tema, especialmente, porque en el ámbito del Río de la Plata y en nuestro DIPr. de fuente convencional no aparecía pacífica la cuestión.

En efecto, en la regulación de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo no se asignó ningún rol a la autonomía de la voluntad, el Tratado de Derecho Civil de 1889 no la menciona —aunque en las actas del

(20) Véase: GOLDSCHMIDT, WERNER, “La autonomía de las partes y cláusulas conexas desde el punto de vista notarial”, donde advierte el rebrote de la autonomía universal en ciertos contratos del BID y del Banco de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), *Revista del Notariado*, nro. 746, p. 289, véase la nota 6 en la que refiere el fallo de la CSJN, *in re* “Yacimientos Petrolíferos c. Sargo”, del 27/12/1974, y advierte un comentario favorable a la autonomía universal de las partes; BOGGIANO, ANTONIO, “Contratos petroleros internacionales”, LA LEY, 1991-B, 730 y ss., sec. doctrina.

Congreso de 1889, el miembro informante Dr. Manuel Quintana, en mayoría, expresó los fundamentos de las soluciones del Tratado en sentido favorable al principio de autonomía de las partes, considerando en subsidio las reglas sobre la ley aplicable a los contratos—. En oportunidad del Congreso de 1939-1940, en cambio, el delegado uruguayo Álvaro Vargas Guillemette se expresó con gran energía en contra del principio de la autonomía y tampoco se la menciona en el Tratado de Derecho Civil de 1940, aunque en el art. 5º del Protocolo adicional de los Tratados de 1940, se dispone que "la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley", con lo cual parece admitir el principio sólo en la medida en que lo admita la ley competente determinada por los Tratados. Ambos Tratados —1889: arts. 33 y 34 y 1940: arts. 37 y 38—, siguiendo a Savigny, declaran aplicable a los contratos la ley del lugar de cumplimiento<sup>(21)</sup>.

En este marco, cabe recordar que los adversarios de la autonomía de la voluntad señalaban que la realidad muestra que los contratos casi nunca ofrecen una elección expresa y que por ende, esta teoría, normalmente, habrá de requerir el apoyo de reglas de elección de derecho, subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes. Siguiendo ese hilo de pensamiento, se observa que la indagación de esa voluntad tácita, se convierte en la atribución de una voluntad presunta, en realidad, la voluntad de la ley o la del juez, que no es la mentada autonomía de la voluntad y que sustituye a la voluntad de las partes que, sostenían, sólo se ejercita rara vez (Alfonsín y sus citas).

Con esas presunciones, hubo quienes lucharon por desarraigar la idea de la autonomía (Brocher, Diena, Beale, Arminjon, Nolde, Niboyet, Schnitzer, etc.); en el ámbito de los Congresos de Montevideo: Ramírez, Vargas; en el Uruguay, donde la autonomía aparece negada por una norma interna —art. 2403 del CCiv.—, el propio Alfonsín; entre nosotros, por ejemplo Kaller de Orchansky usó de los argumentos precedentemente referidos, aunque luego revirtió su posición adversa<sup>(22)</sup>.

De lo expresado surgió clara la necesidad de fundar si resulta procedente, o no, el mentado principio de autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, tanto para elegir el derecho aplicable, como para determinar el contenido del contrato.

(21) KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, *Nuevo manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1990, ps. 362 y ss.

(22) KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, "El régimen de los contratos en Derecho Internacional Privado argentino", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1966-XIX-4-523/5, posición luego revertida por esta prestigiosa profesora, véase *Nuevo manual...*, cit., ps. 348 y ss.

### c) Las fundamentaciones

El maestro Werner Goldschmidt sostuvo que dentro del DIPr. la autonomía de la voluntad consiste en que las partes puedan elegir el derecho aplicable a su contrato con contacto extranjero y que nada obsta a admitir que el legislador autoriza a las partes a escoger el derecho aplicable. Sostuvo que el orden jerárquico entre legislador y particulares no resulta perturbado por ello pues, técnicamente, la autonomía de las partes funciona en la norma legal de colisión como un punto de conexión, que determina y elige el derecho aplicable y observa que el derecho consuetudinario argentino, manifestado, por ejemplo, en la práctica administrativa o en convenios de financiación, aparecen, invariablemente, cláusulas referentes al derecho aplicable<sup>(23)</sup>.

El profesor Antonio Boggiano, entre nosotros, abordó la tarea de fundar la procedencia de la autonomía, con particular profundidad<sup>(24)</sup>, al punto que hoy en día la tesis que admite la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales goza de general aceptación y se ha impuesto no sólo en la doctrina, sino en la jurisprudencia, en las soluciones legales vigentes, en gran parte, gracias a su esfuerzo argumental.

Boggiano distinguió y fundamentó, tanto la llamada autonomía conflictual cuanto la autonomía material de la voluntad y destacó los límites a los que se ven sometidas<sup>(25)</sup>.

### 2. La autonomía conflictual

La autonomía conflictual en DIPr. supone que las partes pueden elegir el derecho aplicable a su contrato elaborando una cláusula que constituye una verdadera norma de conflicto individual, propia de su relación, mediante la cual seleccionan y eligen el derecho aplicable, excluyendo las normas de conflicto previstas por el legislador, que resultan disponibles y subsidiariamente aplicables cuando las partes omiten

(23) GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, nro. 315; "La autonomía de las partes...", cit., ps. 287 y 291, véase el análisis que efectúa de la validez o nulidad del pacto o contrato de elección del derecho aplicable en caso de invocarse vicios de la voluntad, preguntándose si será aplicable el mismo derecho elegido o el que resultaría aplicable si las partes no hubiesen elegido otro, para concluir en que la doctrina dominante acompañaría la primera postura, pues sostiene que la elección oblicua o indirecta del derecho aplicable no se expone normalmente a reparos, a no ser que infrinja una obligación en cuyo caso constituiría un fraude a la ley.

(24) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 253 a 292.

(25) Véase: UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional (con particular referencia al Mercosur)", ED, 179-1184.

convenir su elección. Las partes así, desplazan las normas dispositivas y coactivas del derecho previsto por el legislador y someten su contrato, en principio al menos, al derecho privado por ellas elegido, incluso, a sus normas coactivas.

Esta posibilidad de elección planteaba los siguientes interrogantes: ¿puede elegirse cualquier derecho?, ¿con qué sustento?

En lo que Boggiano ha llamado la *autonomía conflictual de alcance restringido*, el fundamento para esa prerrogativa se hallaba en el juego de los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil —hoy 2652, CCCN—. Conforme a ellos, un contrato con contacto (lugar de cumplimiento, de celebración) argentino se encuentra regido por el derecho del lugar de cumplimiento, y como las partes pueden designar el lugar de cumplimiento de su contrato, según surge de la primera acepción de la calificación autónoma que brinda el propio legislador (art. 1212, CCiv., y art. 2652, segundo párrafo del CCCN), tácitamente, las partes pueden designar el derecho aplicable al contrato, por lo que, luego, también puede concederse que pueden designar directamente el derecho aplicable a su contrato (arts. 1209, 1210 y 1212, CCiv.). Con tales fundamentos, sin embargo, sólo podría facultarse a las partes para elegir el derecho aplicable entre los vigentes en los lugares de real cumplimiento del negocio y no otro (*autonomía restringida*).

Se ha señalado, que también cabía la posibilidad de fundar con una interpretación extensiva la procedencia de una *autonomía conflictual con sentido amplio*. Ello, a poco que se reflexionase en que, en un contrato internacional, las partes se hallan facultadas, antes por el art. 1º del CPCCN y hoy, también, por el art. 2605, CCCN, para operar la prórroga de jurisdicción en favor de jueces o árbitros extranjeros e incluso, que es posible que las partes hayan preconstituido en esa plaza garantías para el cumplimiento de su contrato. Así es que, si las partes pueden elegir el tribunal competente en los términos del art. 2605, CCCN, y del art. 1º de la ley ritual, tácitamente las partes estarían eligiendo el *derecho internacional privado de ese juez* —pues los jueces, en principio, aplican sus propias normas de derecho internacional privado— y, por ende, el derecho privado que ese derecho internacional privado determine, luego, se puede conceder que si por el mecanismo descrito puede elegirse el derecho internacional privado y, a través de él, el derecho privado al que éste conduce, también cabe reconocer la facultad de elegir derechamente el derecho privado (*argumento de maiore ad minus*)<sup>(26)</sup>. De esta manera, se

(26) Véase el desarrollo en el fallo "Pablo Treviso SAFACIMI y otros c. Banco Argentino de Comercio", dictado por Boggiano como juez de 1ª instancia el 31 de agosto de 1976, copiado en el t. II, ps. 473 y ss. de su obra *Derecho internacional privado*.

concluye en que las partes podrían elegir cualquier derecho como aplicable a su contrato.

Quizás parecería razonable cuestionar si esa elección puede recaer en cualquier derecho, es decir, en un derecho que carezca de toda vinculación con la relación negocial de fondo, sin embargo, esa objeción es más aparente que real, pues como lo he indicado en alguna oportunidad, las partes no optan por una cláusula de elección de derecho aplicable por motivos "turísticos", su elección razonablemente habrá de guardar de alguna manera una relación que justifique la elección de los interesados, ya sea porque se han preconstituido garantías para el cumplimiento del contrato en el país cuyo derecho se ha elegido, porque ese derecho resulta aplicable a alguna otra relación contractual relacionada, vigente entre las mismas partes, porque ese derecho resultó satisfactoriamente aplicable en otros asuntos entre las partes, etcétera<sup>(27)</sup>.

Hoy en día la autonomía conflictual de la voluntad de las partes está expresamente reconocida en una extensa y comprensiva norma, el art. 2651 del CCCN, que bajo el acápite "Autonomía de la voluntad", dispone en su primer párrafo: "los contratos [internacionales] se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato".

Se consagra así la facultad de las partes de determinar el derecho aplicable apartándose de la elección neutral del legislador, mas con la previsión de que esa elección *debe ser cierta*, así lo exige, al decir que debe manifestarse en forma expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

#### a) Los límites

La autonomía conflictual así practicada, sin embargo, encuentra cierto marco que la condiciona, lo prevé así, expresamente, el art. 2651, inc. e), CCCN, al establecer que el ejercicio de este derecho está sujeto a los siguientes límites<sup>(28)</sup>:

i) En primer lugar, los *principios de orden público* del derecho internacional privado de la *lex fori* (art. 14, inc. 2º, CCiv., art. 2600, CCCN), a los que las partes deben sujetarse inexcusablemente al radicarse la con-

(27) Véase: UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones...", ED, 179-1184 y sig.

(28) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit. t. II, ps. 253 a 292.

troversia ante una jurisdicción estatal. De ahí la conveniencia de determinar claramente y de antemano el tribunal competente, combinando la cláusula de elección del derecho aplicable con la cláusula de prórroga de jurisdicción, de modo de fijar la determinación de los tribunales que habrán de entender en un eventual conflicto. Ello tornará previsibles los principios de orden público que habrán de ceñir la solución de tal caso.

ii) Un segundo límite está dado por las normas de policía o internacionalmente imperativas de la *lex fori*, en nuestro caso, el derecho argentino, toda vez que ellas son exclusivas, excluyentes de toda otra norma y, por ende, también de la autonomía de la voluntad de las partes y de aplicación restrictiva. Dice la norma al respecto, que son límite "las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino" que "se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato"

iii) Va de suyo, que como consecuencia de su propia aplicación al caso, también funcionan como límite las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho elegido, en la medida en que, con la elección, ha sido introducido *in integrum* en el contrato y las partes, al incorporarlo, se han sometido a ellas.

iv) Cabría preguntarse si las normas de policía o internacionalmente imperativas de terceros Estados podrían funcionar como límite al contrato. También la respuesta en este sentido ha sido positivamente receptada en el art. 2651, inc. e), cuando dice: "también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso". Ello ocurrirá cuando el tercer Estado al que nos refiramos sea un tercer Estado que guarde con el caso una relación económica preponderante, por ej., porque es el derecho del lugar de cumplimiento total o parcial, lo que determinará que no pueda obviarse la gravitación de las normas de ese Estado que, aunque no sea el derecho elegido, impondrá la observancia de las reglas de policía de su derecho interno sobre ciertos aspectos del contrato que se contactan con el territorio de ese país, excluyendo la posibilidad de una regulación diversa de la que ese Estado impone de modo perentorio.

He aquí un claro condicionamiento de la realidad social sobre el contenido y el funcionamiento del contrato, impuesto por la facticidad del caso, que condiciona la voluntad de las partes<sup>(29)</sup>.

(29) Cabe recordar que las normas de policía son aquellas normas del sistema de DIPr. de un Estado que imponen a un caso o un aspecto de un caso multinacional la autoelección del propio derecho para solucionarlo, excluyendo cualquier norma de conflicto o material, ello, por razones de orden social político o económico que ese Estado se halla especialmente interesado en tutelar, véase sobre el tema: *supra* capítulo II, y BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. I, ps. 515/528, y t. II, ps. 277/279.

Asimismo, se ha explicitado en el artículo 2651, CCCN, el *principio de ineficacia* de los contratos hechos para violar normas internacionalmente imperativas de un Estado extranjero "de necesaria aplicación al caso", regla que siempre ha sido considerada como un valioso *standard moral* y que se hallaba consagrada en el artículo 1208 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Esa norma preveía que "los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrían efecto alguno", se trataba de una disposición que, evidentemente, tutelaba el respeto de normas inderogables del derecho extranjero a nivel internacional, pues de otro modo no se hubiese justificado la solución, e importaba la genial intuición de Vélez Sarsfield sobre la necesidad de respetar las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho foráneo aplicable al caso, en un tiempo en el que el desarrollo doctrinario de ese tema y la caracterización de ese tipo legal no existían. Es de destacar además, que la protección que allí se brindaba a las normas de policía del derecho extranjero era unilateral y no sujeta a reciprocidad alguna y que, con ella, Vélez Sarsfield introdujo una pauta limitante expresa para la autonomía de la voluntad de las partes en el plano internacional, que abona la idea de que si bien la autonomía no estaba expresamente contemplada, resultaba de ejercicio admisible en el sistema de antiguo Código.

Hoy en día al disponer el art. 2651, en su inc. f), que *los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno*, viene a brindar el significado preciso a aquella norma premonitoria que ahora se inscribe en el expreso contexto legal de las normas internacionalmente imperativas indicando, con claridad, que *la ineficacia del contrato* es la consecuencia del incumplimiento del debido respeto a los límites en la aplicación de normas extranjeras indisponibles.

v) Finalmente, también son límite para la autonomía de la voluntad, las normas *coactivas del derecho privado interno elegido por las partes como aplicable* al contrato, en la medida en que no han sido excluidas por la autonomía material de la voluntad, pues rigen para los casos nacionales, pero pueden ser excluidas en los casos multinacionales.

#### b) *Algunas otras cuestiones propias de la autonomía conflictual*<sup>(30)</sup>

##### i) *Múltiple elección de derechos aplicables a un único contrato*

Bien puede ocurrir que las partes hayan seleccionado más de un derecho para gobernar su contrato (*dépeçage*), ello se da, cuando han elegido

(30) UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones...", ED, 179-1184 y sig.

do un derecho pero han dispuesto, por ejemplo, que algunos aspectos en particular sean regidos por otro derecho, o bien, cuando han elegido un derecho para una parte del contrato y han dejado los otros aspectos para ser regidos por el derecho aplicable en ausencia de elección. En virtud de la autonomía de la voluntad conflictual, las partes eligen determinados derechos, de conformidad con sus intereses, es el interés de las partes el que justifica la elección de una determinada ley, la que consideran más conveniente, la mejor, de ahí que se haya dicho que el *dépeçage* no es sino una de las máximas expresiones de la autonomía de la voluntad de las partes (De Nova, Patocchi)<sup>(31)</sup>, que viene a provocar así un fraccionamiento voluntario del derecho aplicable.

Puede ocurrir así, que las partes elijan un derecho como aplicable a la validez de un contrato y otro a sus efectos, en lo que se ha dado en llamar la *grande coupure* (o el corte grande), o bien, que se elija aplicar a las diversas partes, sujetos de un contrato, legislaciones diferentes (al tipo de nuestro velezano art. 1214, CCiv. de Vélez); es decir, se opere la llamada *petite coupure* (el corte pequeño) o corte subjetivo, soluciones complejas sin duda, pero de las que cabe dar cuenta, como posibilidades a disposición de la autonomía conflictual de las partes<sup>(32)</sup>.

Esta facultad ahora está expresamente plasmada en el art. 1651, primer párr., *in fine*, cuando dice que "la elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato".

#### ii) Posibilidad de cambio de la elección de derecho aplicable (*pactum de lege utenda*)<sup>(33)</sup>

En la práctica, esta cuestión se plantea cuando las partes se ponen de acuerdo con someter la cuestión al derecho del tribunal que habrá de conocer en el diferendo, prescindiendo del derecho elegido.

En general, en los países del *common law* las partes pueden acordar la elección de la *lex fori* en el curso de la vida del contrato, de los procedimientos o aun en el curso del juicio, incluso, si no se invoca el derecho extranjero resultará de aplicación la *lex fori*. Sin embargo, aparece más dudoso si los tribunales de estos países permitirían a las partes seleccionar un derecho, distinto de la *lex fori*, después de la conclusión del

(31) Véase: CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, ps. 78 y ss. y sus citas.

(32) Véase, LANDO, OLE, "The conflict of laws of contracts", *Recueil des Cours*, 189-304; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, IRO, 113.

(33) UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones...", ED, 179-1184 y sig.

contrato, pues existen algunos autores que han enunciado óhices a esta posibilidad (Collins).

Los países de raigambre continental, por su lado, permiten a las partes elegir el derecho del tribunal aun durante el juicio y, en general, se les reconoce libertad para seleccionar otro derecho que no sea la *lex fori*, mientras sea del consciente y común acuerdo de las partes (Suiza, por ejemplo), previéndose que ante la ausencia de invocación del derecho aplicable resultará de aplicación la *lex fori ex officio* (Alemania, Países escandinavos). El derecho italiano parece tener una posición diversa a través de algún fallo de la Corte de Casación que sostuvo que una vez elegido un sistema legal por las partes no podía ser cambiado<sup>(34)</sup>.

Hemos sostenido que tampoco entre nosotros existirían dificultades en admitir que las partes, durante el juicio, arribasen a un pacto procesal sobre el derecho aplicable, ya optando por la aplicación al caso de un derecho extranjero ya optando por la *lex fori*, ello sólo reconocería como exigencia la disponibilidad de las normas jurídicas sobre las que se intenta la modificación, lo cual obviamente, se encuentra, a su vez, condicionado por la materia de que se trate<sup>(35)</sup>.

Esta atribución también aparece expresamente recogida en el inc. a) del art. 2651, que prevé que las partes "en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código", mas con la prevención de que, "sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros".

No nos parece dudoso tampoco que, de no invocar ninguna de las partes el derecho extranjero elegido o subsidiariamente aplicable, en materia disponible, pudiesen interpretarse de aplicación las disposiciones de fondo de la *lex fori*, presumiendo una elección tácita de la ley nacional.

#### iii) La cláusula de elección de derecho aplicable

Ya hemos indicado que la elección de derecho aplicable puede ser expresa o implícita o tácita, sin embargo, es generalmente requerida la razonable certeza o "evidencia" de que esa elección es real, según las circunstancias del caso (véase: art. 2651, primer párr., CCCN; art. 3º de

(34) LANDO, OLE, ob. cit., ps. 314 y ss.

(35) UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones...", ED, 179-1184 y sig.

la Convención de Roma de 1980, sin admitir inferencias sobre el punto, también, el art. 7º de la Convención de La Haya de 1986 sobre derecho aplicable a las compraventas internacionales o el art. 7º de la Convención Interamericana de México de 1994 (CIDIP V) sobre ley aplicable a los contratos internacionales).

Se ha sostenido en algunos países, que la sumisión a los tribunales estatales o arbitrales de un Estado, sería evidencia de la intención de aplicar el derecho de ese país (Reino Unido, Francia, Alemania, Suiza, Escandinavia), sin embargo, la cuestión se presenta más dudosa en los Estados Unidos y en Italia, donde no se ha autorizado esta conclusión, con base en un acuerdo, para someter la cuestión a un tribunal arbitral extranjero.

En el art. 2651, inc. g), del nuevo CCCN, se resuelve la cuestión con una expresa solución positiva en el sentido de que "la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país".

La elección puede efectuarse pues, mediante la referencia al derecho elegido, o mediante la expresa incorporación al contrato de las disposiciones del derecho extranjero que se quieren aplicar sólo para regir cuestiones no previstas ("cláusulas de incorporación"), generalmente, respecto de estas disposiciones se deja a salvo la primacía de las cláusulas del contrato.

Se ha dicho que, en tal caso, la validez de esta incorporación vendría a quedar determinada por el mismo derecho elegido, no por la *lex fori* o por otro derecho y que, cuando la elección del derecho resulta inválida, gobernará el contrato el derecho subsidiariamente previsto por el legislador para regir el caso<sup>(36)</sup>. Lo mismo ocurre, respecto de todas aquellas cuestiones no regidas por las normas materiales incorporadas, en defecto de ejercicio de la autonomía conflictual.

### 3. La autonomía material

La autonomía material de la voluntad de las partes presupone que las partes pueden crear cláusulas prescriptivas del contenido de fondo de su contrato y que, además, así como pueden elegir el derecho aplicable al contrato, también pueden excluir del derecho privado elegido, las normas coactivas de ese sistema jurídico. Sin embargo, esa exclusión sólo puede producirse mediante la incorporación al contrato de normas

(36) LANDO, OLE, ob. cit., ps. 305/6.

materiales de sentido contrario a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio que se pretenden desplazar, Boggiano observa que dichas exclusiones siempre han de ser relativas a determinadas normas coactivas del derecho privado aplicable, por ende, parciales, una a una, y que *no cabe una exclusión general* de todas las normas coactivas del derecho privado aplicable.

La autonomía material con la particular extensión derogatoria aparece ahora receptada en el art. 2651, inc. c), cuando dispone que "las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material [de fondo] de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido".

Por medio de la autonomía material, igualmente surge la posibilidad de que las partes excluyan por una cláusula contractual de sentido contrario, las normas de policía de la *lex contractus* elegida. Ello es así, en tanto que ellas han traído ese sistema al contrato y ellas lo pueden desplazar, mientras que el derecho elegido no sea uno de aquellos que guardan con el caso, una relación económica preponderante.

En efecto, las partes pueden excluir el derecho elegido por el legislador para regir el contrato, eligiendo otro, y si las partes pueden excluir las normas de derecho coactivo elegido por el legislador íntegramente, eligiendo otro derecho privado nacional, también pueden excluir parcialmente, el derecho elegido por el legislador y el elegido por ellas mismas, a través de la autonomía material (argumento *de maiore ad minus*, similar al utilizado para fundar la autonomía conflictual)<sup>(37)</sup>.

### Los límites

En el derecho interno, el ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene el límite de la inderogabilidad de las normas coactivas. El límite para la autonomía material en el derecho internacional privado, en cambio, resultan ser, en principio al menos, los mismos que para la autonomía conflictual, es decir: los principios de orden público de la *lex fori*, las normas de policía o internacionalmente imperativas de la *lex fori*, las normas de policía o internacionalmente imperativas del derecho elegido, la *lex contractus*, las normas coactivas de la *lex contractus* y las normas de policía o internacionalmente imperativas de terceros Estados que guarden con el contrato una relación económica preponderante.

(37) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II., ps. 267 a 274 y 276, con especial referencia al fallo "Zapata" ("The Bremen et al. c. Zapata of Shore Co.", 407 US 1, 1907, del 12 de junio de 1972).

Sin embargo, hemos visto ya que a través de la autonomía material de la voluntad pueden desplazarse, expresamente y una a una, las normas coactivas de la *lex contractus* por otras normas de sentido contrario y que, de la misma forma, también pueden desplazarse las normas de policía de la *lex contractus*, siempre a condición de que el derecho elegido que se pretende desplazar no resulte ser de aquellos que guardan con el contrato una relación económica preponderante que, de hecho, frustrará el ejercicio de tal designio de voluntad, caso en el que nunca cabría su desplazamiento a través de la autonomía material ya mentada (arg. art. 1208, CCiv.)<sup>(38)</sup>.

#### 4. La llamada *lex mercatoria*

La doctrina de la llamada *lex mercatoria* ha presentado un desarrollo muy rápido, siguiendo el ritmo acelerado del comercio internacional que exige acompañar el progreso con las técnicas sofisticadas que día a día surgen en el mundo contemporáneo, con actitudes radicalmente nuevas, a fin de dar solución a una gran cantidad de problemas que producen gran impacto en el ámbito del derecho y por la necesidad de brindar respuesta a requerimientos que comportan nuevos desafíos<sup>(39)</sup>.

Así, se ha ido gestando un conjunto de reglas emanadas de entidades privadas, de organismos internacionales o que se han ido elaborando a través de la práctica de los negocios en las más diversas ramas de actividad, con fórmulas convenidas por la costumbre, que se ha nutrido de los fallos arbitrales y que se ha impuesto en las más diversas plazas, pese a la disimilitud de sistemas legales. La *lex mercatoria* surge pues, de prácticas y de reglas que se forman, se consolidan y se transforman rápidamente, en función de las exigencias del perfeccionamiento, de la especialización y del poder vinculante que su aceptación inmediata le atribuye dentro de la *societas mercatorum* a la que sirve.

En ese marco, se ha dicho que constituye un conglomerado coherente de normas que, en un sentido lato, ha adquirido fuerza para resolver las diversas cuestiones suscitadas por las relaciones mercantiles de índole internacional, con eficacia y cierta autonomía de coerción, dada por

(38) UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones...", ED, 179-1184 y sig.

(39) En la elaboración de las ideas que exponemos hemos seguido de cerca los trabajos de STRENGER, IRINEU, "La notion de *lex mercatoria*", *Recueil des Cours*, 1991-II, ps. 333 a 350; LANDO, OLE, "The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration", *International Comparative Law Quarterly*, 1985-34-747 a 753; KAHN, PHILIPPE, *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques. Etudes offertes à Berthold Goldman*, ps. 97/107; UZAL, MARÍA ELSA, "Algunas reflexiones...", ED, 179-1184 y sig.

la sanción que reporta el incumplimiento de las reglas pactadas en esos medios o en esas ramas de actividad.

La *lex mercatoria* es pues, un inmenso conjunto de reglas y modalidades comerciales, que expresan la libertad contractual como fuente creadora de normas en función de los casos particulares y que emanan de entidades representativas de clases de comerciantes o de las mismas actividades comerciales o de organismos internacionales y, aun, de comerciantes individualizados, más allá de las previsiones de los sistemas jurídicos nacionales. Brinda así, con creatividad y criterios propios, soluciones equitativas para conciliar los intereses contrapuestos en los casos planteados, con fórmulas apropiadas —muchas veces elaboradas por esos mismos árbitros—, que se suelen ver como una forma de obtener consensos.

Normalmente, la aplicación de la *lex mercatoria* entra al contrato de la mano de la *autonomía material*, como expresión del contenido que la voluntad de las partes quiere atribuir al contrato y, muchas veces, estas disposiciones se combinan con cláusulas por las cuales las partes se comprometen a recurrir a la jurisdicción arbitral para resolver sus posibles conflictos. De esta manera, por vía de la asociación, en el contrato, con acuerdos de prórroga de la jurisdicción internacional en favor de tribunales de árbitros o arbitrajes amigables componedores, que funcionan como una suerte de jurisdicción propia, se ha encontrado la forma de concretar su eficacia en diferendos internacionales.

Se ha señalado también que la fuerza creciente de la *lex mercatoria* no emana de la autoridad de un sistema jurídico estatal que la autorice, sino que es reconocida por la comunidad comercial y por las autoridades estatales como una suerte de sistema de normas autónomo y, se ha destacado, que su originalidad consiste en el hecho de que representa una reacción ante el *statu quo* creado por los sistemas jurídicos nacionales, muchas veces incapaces de regular adecuadamente las relaciones jurídicas internacionales.

Los *Incoterms*, las reglas de los créditos documentarios, las condiciones generales de contratación, los contratos formularios, las reglas emanadas de la CCI y de Uncitral, por ejemplo, permiten sostener a muchos autores que más que un sistema de usos y prácticas, se trata aquí de un verdadero sistema autónomo, de un orden jurídico especial, resultado del hacer cooperante de los operadores del comercio internacional, muy elaborado y fundamentalmente pragmático<sup>(40)</sup>.

(40) Véanse las fuentes citadas en la nota 39.

Uno de los interrogantes planteados con estos nuevos desarrollos es, si cabe reconocer a la *lex mercatoria* un *status* asimilable al de un verdadero ordenamiento jurídico.

Paul Lagarde, adversario de la *lex mercatoria*, ha reconocido si no la existencia, al menos, la posibilidad teórica de un orden jurídico constituido por ella, que no habría adquirido su carácter de tal de un sistema estatal que lo acuerde, sino de sí mismo. Se trataría de un derecho que, en todo caso, sería inmanente a la organización social (*ubi societas ubi ius*)<sup>(41)</sup>. Hay quienes sostienen que los operadores del comercio internacional tienden a introducir las normas de la *lex mercatoria* en los sistemas jurídicos nacionales (Lagarde) y quienes piensan que, por el contrario, los ordenamientos nacionales aceptan tácitamente y, por omisión, el imperio de la *lex mercatoria* que se sirve, fundamentalmente, de la autonomía contractual y del arbitraje (Strenger)<sup>(42)</sup>.

En la nueva regulación del DIPr. fuente interna, la recepción de la *lex mercatoria* aparece dentro del art. 265I, inc. d), CCCN, cuando dispone que “los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”, con lo cual se pone en línea para completar el cuadro de una postura de amplia apertura a la autonomía de la voluntad.

##### 5. La *lex mercatoria*, los principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit y los Principios de La Haya

Se ha señalado *supra* que dentro del art 265I, inc. d), aparece expresamente introducida la mención de *los principios del derecho comercial internacional, que resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato*, las manifestaciones concretas de esos principios generales en nuestros días aparecen en buena parte elaboradas y formuladas a través del trabajo del Unidroit (*Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit*) y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (“Principios de La Haya”).

Los *Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit* que fueron ampliándose en tres versiones sucesivas (1994, 2004 y 2010), establecen reglas generales que recogen un conjunto de prácticas contractuales comunes a diversos ordenamientos jurídicos, que se consideran como las mejor adaptadas a las exigencias del comercio interna-

(41) LAGARDE, PAUL, “Approche critique à la *lex mercatoria*”, en *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, ps. 125 y ss.

(42) STRENGER, IRINEU, ob. cit., ps. 342/3.

cional, que han sido fundamentalmente concebidas para “los contratos mercantiles internacionales”.

En estas reglas no se define cuándo un contrato es internacional, dejando abierta la posibilidad de la interpretación más amplia en la que quepan los diversos criterios que se conocen en la materia (establecimiento o residencia habitual de las partes en diversos países, “vínculos estrechos con más de un Estado”, contratos que “impliquen la elección de leyes de diversos Estados” o que “afecten los intereses del comercio internacional”), de manera que queden excluidas aquellas relaciones que carezcan de todo elemento de internacionalidad.

En el informe explicativo elaborado por Unidroit sobre estos Principios, se señala también, que la referencia al carácter mercantil de los contratos no busca adentrarse en la distinción entre contratos civiles y comerciales, sino que se ha dejado sentado que el concepto debe ser entendido en sentido más amplio, comprensivo no sólo de operaciones de “abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales, etc.”.

En general se indica que *el propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas “operaciones de consumo”, que en algunos ordenamientos son reguladas por normas especiales, muchas de carácter imperativo, dirigidas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión. También se ha señalado que aunque estos Principios han sido pensados para contratos internacionales nada impediría que los particulares pudieran aplicarlos a contratos internos o nacionales, aunque tal acuerdo quedaría sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.*

La referencia a los principios normalmente será considerada como un acuerdo destinado a incorporarlos al contrato en ejercicio de la autonomía material, así lo recoge el Código Civil y Comercial en la Argentina, como se ha señalado *supra*, mientras que el derecho aplicable al mismo tendría que determinarse con base en las reglas de DIPr. del foro. Los Principios pues, serán aplicables en la medida en que no afecten las disposiciones de derecho que resultan inderogables para la autonomía de la voluntad de las partes.

Diferente podría resultar el panorama si las partes asociaran la adopción de los Principios con una cláusula arbitral, pues en tal caso, en principio los árbitros no se encuentran necesariamente obligados a observar un ordenamiento jurídico en particular, esto es claro en el caso de los

amigables componedores, que fallan *ex aequo et bono*, mas también se permite a las partes elegir normas o "reglas de derecho", diferentes al derecho nacional en el que los árbitros deberían fundar sus decisiones y aun con exclusión de todo derecho nacional, excepto las normas nacionales de carácter imperativo que resulten aplicables al contrato ya de origen nacional, ya internacional o supranacional (art. 1.4).

El preámbulo de los Principios expresa que éstos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija "por los principios generales del derecho", la *lex mercatoria*, "los usos y costumbres del comercio internacional", etcétera.

También se ha propiciado que los Principios podrían ser útiles como último recurso, en sustitución, cuando el contrato se encuentre sujeto a un derecho nacional y resulte extremadamente difícil, si no imposible, establecer cuál es la regla de derecho aplicable, ya sea por la imposibilidad de acceder a ella o por el costo que ello pudiera implicar, como alternativa a la integración de la solución con la *lex fori*, cuando ésta pudiera resultar más familiar a una de las partes que a la otra.

En esta misma línea, también se ha sostenido que los Principios resultan un medio válido para interpretar y complementar los instrumentos internacionales vigentes, que han sido preparados y consensuados a nivel internacional.

En efecto, hoy en día parece advertirse una tendencia que prescinde de los métodos de interpretación nacionales o iusprivatistas, prefiriendo la interpretación e integración de textos internacionales con base en principios uniformes, autónomos e internacionales muchas veces elaborados sobre la base del derecho comparado. Este criterio se basa en la idea de que el derecho uniforme, aun después de su incorporación al derecho interno de un país determinado, sólo se integra formalmente a dicho ordenamiento jurídico interno, pues el texto de derecho uniforme no pierde su naturaleza de cuerpo legislativo autónomo, internacional y que aspira a una aplicación uniforme en todo el mundo. En esta idea, los Principios, por sus propias características, podrían ayudar en la tarea del intérprete incluso en la integración de normativa que resulta necesaria frente a cuestiones lacunosas<sup>(43)</sup>.

(43) Pueden rastrearse citas de los Principios en: CNCCom., sala A, 1/4/2014, "Murex Argentina S.A. c. Abbott Laboratories y otro s/ord."; CNCCom., sala A, 16/10/2013, "Sanovo International A/S c. Ovoprofit International s/ ord."; CNCCom., sala A, 1/4/2014, "International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina SA y otros s/ ord."; CNCCom., sala A., 20/12/2010, "NSS S.A. c. Mera Latina S.A. s/ord"; CNCCom., sala A., 28/6/2010, "D.G. Belgrano SA c. Procter & Gamble Argentina SRL s/ord."

Finalmente, se ha sostenido que los Principios podrían resultar útiles a nivel nacional, como modelo, en aquellos países que no cuentan con una legislación avanzada en materia contractual o que deben modernizarla y, a nivel internacional, pueden servir de referencia en la elaboración de convenciones internacionales y leyes modelo<sup>(44)</sup>.

#### **Principios de La Haya sobre la elección de derecho aplicable en materia de contratos internacionales ("Principios de La Haya")**

Elaborados en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado, son dos documentos adoptados y aprobados en su versión final el 19 de marzo de 2015<sup>(45)</sup>, con un "Comentario" a dichos Principios. Tal como su nombre sugiere, los Principios de La Haya no pretenden ser un convenio internacional con fuerza obligatoria para los Estados, sino sólo un conjunto de principios no vinculantes, que aspiran a alentar a los Estados a que los incorporen a sus ordenamientos jurídicos de la manera que resulte más adecuada en cada caso. De este modo, los Principios de La Haya pueden coexistir pacíficamente con otros ins-

(44) Seguimos en este punto, Principios sobre los contratos internacionales, Unidroit, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma, 1995, ps. 1/6. Véanse los textos del Preámbulo y de los 7 artículos: Disposiciones Generales, Formación del contrato, Validez, Interpretación, Contenido, Cumplimiento, Incumplimiento, divididos a su vez en varias secciones; RIVERA, JULIO C., "Proyecto Unidroit sobre principios aplicables a los contratos comerciales internacionales. Su armonía con el sistema legislativo latinoamericano (La cuestión de la excesiva onerosidad sobreviniente)", ED, 162-1095.

(45) Véase: GOICOECHELA, IGNACIO, "Los Instrumentos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que facilitan el desarrollo de los negocios internacionales y las inversiones", en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015-3-5, ps. 45 a 63. Allí recuerda que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya) es una organización intergubernamental de carácter mundial. Actualmente la Conferencia de La Haya está compuesta por setenta y ocho Estados miembros (setenta y siete y la Unión Europea) de todos los continentes, a su vez, un número creciente de Estados no miembros se encuentra adherido a uno o más Convenios de La Haya. Así, hoy más de 140 países de todo el mundo participan del trabajo de esta Organización. En el caso de los países del Mercosur, los 5 Estados miembros también lo son de la Conferencia de La Haya, mientras que de los Estados Asociados al Mercosur actualmente son también Miembros de la Conferencia de La Haya, Chile, Ecuador, y Perú (Colombia se encuentra en el proceso de incorporación). A su vez, todos los Estados miembros del Mercosur y todos sus Estados asociados tienen actualmente instrumentos de La Haya en vigor. El mandato estatutario de la Conferencia de La Haya consiste en trabajar en pos de "la unificación" progresiva de las normas de derecho internacional privado, siendo su vocación última trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas tanto físicas como jurídicas puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica. Típicamente, los instrumentos que genera la Conferencia de La Haya son Convenciones Internacionales (treinta y ocho desde 1951 a 2015), pero en las últimas décadas también viene desarrollando instrumentos no vinculantes (*soft law*), como son Principios, Guías de Buenas Prácticas, y Manuales de funcionamiento; véase: el sitio web de la Conferencia de La Haya: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

trumentos internacionales que regulan la materia (ej., el Reglamento Roma I, o la Convención Interamericana de México de 1994 sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales).

Desde otro lado, los Principios de La Haya pueden ser aplicados por jueces y árbitros en la interpretación de contratos internacionales o incorporados a los mismos directamente por las partes<sup>(46)</sup>. Consagran como principio rector el de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho aplicable, analizan las formas y posibles modalidades de su ejercicio, su alcance y sus límites, su relación con las normas de policía o internacionalmente imperativas y con el orden público, sentando reglas que ya se encuentran aceptadas y recogidas en el art. 2651 del CCCN<sup>(47)</sup>.

(46) Véase: GOICOECHEA, IGNACIO, ob. cit., ps. 50 a 52, cabe señalar que dos expertos mercosureños participaron del grupo de trabajo que generó los Principios de La Haya (profesores José Moreno Rodríguez, del Paraguay y Lauro Gama Jr. del Brasil y también, que el Paraguay ha sido el primer país del mundo que incorporó los Principios de La Haya a su legislación interna, la ley 5393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, promulgada el 15 de enero de 2015, indicando en la exposición de motivos que el objetivo era lograr mayor predictibilidad en las relaciones comerciales.

(47) Incluimos aquí los Principios de La Haya en su versión oficial en inglés:  
Preamble

This instrument sets forth general principles concerning choice of law in international commercial contracts. They affirm the principle of party autonomy with limited exceptions.

They may be used as a model for national, regional, supranational or international instruments.

They may be used to interpret, supplement and develop rules of private international law.

They may be applied by courts and by arbitral tribunals.

#### Article 1 - Scope of the Principles

1. These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to consumer or employment contracts.

2. For the purposes of these Principles, a contract is international unless each party has its establishment in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with that State.

3. These Principles do not address the law governing -

- a) the capacity of natural persons;
- b) arbitration agreements and agreements on choice of court;
- c) companies or other collective bodies and trusts;
- d) insolvency;
- e) the proprietary effects of contracts;
- f) the issue of whether an agent is able to bind a principal to a third party.

#### Article 2 - Freedom of choice

1. A contract is governed by the law chosen by the parties.

2. The parties may choose -

- a) the law applicable to the whole contract or to only part of it; and
- b) different laws for different parts of the contract.

Respecto de la elección del derecho, no sólo se acoge la elección de un derecho estatal, sino que se aceptó también que las partes puedan elegir

3. The choice may be made or modified at any time. A choice or modification made after the contract has been concluded shall not prejudice its formal validity or the rights of third parties.

4. No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction.

#### Article 3 - Rules of law

The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise.

#### Article 4 - Express and tacit choice

A choice of law, or any modification of a choice of law, must be made expressly or appear clearly from the provisions of the contract or the circumstances. An agreement between the parties to confer jurisdiction on a court or an arbitral tribunal to determine disputes under the contract is not in itself equivalent to a choice of law.

#### Article 5 - Formal validity of the choice of law

A choice of law is not subject to any requirement as to form unless otherwise agreed by the parties.

#### Article 6 - Agreement on the choice of law and battle of forms

1. Subject to paragraph 2 -

- a) whether the parties have agreed to a choice of law is determined by the law that was purportedly agreed to;
- b) if the parties have used standard terms designating two different laws and under both of these laws the same standard terms prevail, the law designated in the prevailing terms applies; if under these laws different standard terms prevail, or if under one or both of these laws no standard terms prevail, there is no choice of law.

2. The law of the State in which a party has its establishment determines whether that party has consented to the choice of law if, under the circumstances, it would not be reasonable to make that determination under the law specified in paragraph 1.

#### Article 7 - Severability

A choice of law cannot be contested solely on the ground that the contract to which it applies is not valid.

#### Article 8 - Exclusion of renvoi

A choice of law does not refer to rules of private international law of the law chosen by the parties unless the parties expressly provide otherwise.

#### Article 9 - Scope of the chosen law

1. The law chosen by the parties shall govern all aspects of the contract between the parties, including but not limited to -

- a) interpretation;
- b) rights and obligations arising from the contract;
- c) performance and the consequences of non-performance, including the assessment of damages;
- d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation periods;
- e) validity and the consequences of invalidity of the contract;
- f) burden of proof and legal presumptions;
- g) pre-contractual obligations.

2. Paragraph 1 e) does not preclude the application of any other governing law supporting the formal validity of the contract.

#### Article 10 - Assignment

In the case of contractual assignment of a creditor's rights against a debtor arising from a contract between the debtor and creditor -

un derecho no estatal. Ante la gran disparidad terminológica existente en esta materia, en que se habla indistintamente de derecho transnacional, *lex mercatoria*, *soft law*, etcétera, el Grupo de Trabajo de la Conferencia de La Haya optó por utilizar en el art. 3º la expresión “*rules of law*” o “normas de derecho”, con el propósito de dar cabida al desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a esta expresión a partir de su adopción en el mundo arbitral<sup>(48)</sup>.

Moreno Rodríguez, integrante del Grupo de Trabajo, explica: “la expresión “normas de derecho” se entiende allí más amplia que el término “ley” y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que pudieron haber sido elaboradas en un plano internacional. La ley modelo de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su art. 28. Hasta su inclusión en la ley modelo, la expresión “normas de derecho” solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti.

a) if the parties to the contract of assignment have chosen the law governing that contract, the law chosen governs mutual rights and obligations of the creditor and the assignee arising from their contract;

b) if the parties to the contract between the debtor and creditor have chosen the law governing that contract, the law chosen governs -

i) whether the assignment can be invoked against the debtor;

ii) the rights of the assignee against the debtor; and

iii) whether the obligations of the debtor have been discharged.

Article 11 - *Overriding mandatory rules and public policy (ordre public)*

1. These Principles shall not prevent a court from applying overriding mandatory provisions of the law of the forum which apply irrespective of the law chosen by the parties.

2. The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account overriding mandatory provisions of another law.

3. A court may exclude application of a provision of the law chosen by the parties only if and to the extent that the result of such application would be manifestly incompatible with fundamental notions of public policy (*ordre public*) of the forum.

4. The law of the forum determines when a court may or must apply or take into account the public policy (*ordre public*) of a State the law of which would be applicable in the absence of a choice of law.

5. These Principles shall not prevent an arbitral tribunal from applying or taking into account public policy (*ordre public*), or from applying or taking into account overriding mandatory provisions of a law other than the law chosen by the parties, if the arbitral tribunal is required or entitled to do so.

Article 12 - *Establishment*

If a party has more than one establishment, the relevant establishment for the purpose of these Principles is the one which has the closest relationship to the contract at the time of its conclusion.

(48) MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ A., “Los Principios de La Haya y el derecho no estatal en el Arbitraje Comercial Internacional”, en: [www.pj.gov.py/.../José-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf](http://www.pj.gov.py/.../José-Antonio-Moreno-Los-Principios-de-la-haya.pdf).

La fórmula también había sido incluida en el art. 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976, y mantenida en el actual art. 35 del Reglamento de 2010, y a su vez guarda similitud con normas de varios reglamentos arbitrales, lo que no debe extrañar si se considera —como bien se ha dicho—, que las reglas de las instituciones arbitrales tienden a converger. La referida expresión lleva a consecuencias fecundas en lo que respecta a la aplicabilidad del derecho transnacional, principios aceptables por organismos internacionales o *lex mercatoria* (términos que utiliza de manera indistinta) siguiendo los trabajos preparatorios de UNCITRAL. Señala también, que “en el Grupo de Trabajo de La Haya se acordó no definir expresamente o limitar la expresión ‘normas de derecho’ (*rules of law*)”, pues con ello se promueve soporte al máximo a la autonomía de la voluntad. El comentario —se convino— debe reflejar la diversidad de opiniones en la literatura al respecto.

En las discusiones se concordó también que se debería dejar que las partes puedan válidamente elegir, cuando fueran disponibles, reglas de un sector específico que pudiesen cubrir legítimas expectativas de las partes. Se rechazó que las reglas elegidas deban pasar un ‘examen de legitimidad’ (*test of legitimacy*), que evalúe su naturaleza y características” y “se convino además en dichas deliberaciones que las reglas elegidas de derecho no estatal deben ser distinguidas de reglas individuales hechas por las partes y que existen obviamente límites. En particular, las reglas elegidas deben ser un cuerpo de reglas (*a body of rules*), como por ejemplo los Principios UNIDROIT”<sup>(49)</sup>.

## 6. La autonomía de la voluntad en la contratación internacional en la doctrina de la Corte Suprema

La actual redacción de la sección 11ª del CCCN, relativa a los Contratos internacionales, solo plasma legislativamente ideas que habían sido extensamente trabajadas y generalmente aceptadas, por la doctrina nacional y extranjera, mas también y esto aparece como singularmente relevante, por la jurisprudencia de nuestros tribunales y en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dos fallos de la Corte Suprema de Justicia resultan particularmente importantes en el tema que abordamos, pues consagran, con absoluta claridad, la forma de encarar la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales que hemos expuesto, sin perjuicio, se reitera, de numerosas decisiones del mismo signo en otras instancias.

(49) MORENO RODRÍGUEZ, JOSÉ A., “Los Principios de La Haya...”, cit. en nota 48.

Son ellos, el caso "Fernando Méndez Vallés v. A. M. Pescio, SCA" [ED, 167-19] del 26/12/1995 (Fallos: 318:2639), y "Tactician Int. Corp. y otros c. Dirección General de Fabricaciones Militares s/cumplimiento de contrato" (Fallos: 317-183).

Del primer fallo, luego de reiterar la doctrina constitucional que dispone la supremacía de los Tratados sobre las leyes y de señalar que la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos puede originar responsabilidad internacional del Estado, resulta remarcable el considerando 12 del voto de la mayoría del más Alto Tribunal, donde se lee:

"12) Que de acuerdo a una recomendable metodología de derecho internacional privado, para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales o un aspecto de él, corresponde en primer lugar indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato normas materiales derogatorias de las normas coactivas del derecho privado rector del negocio —sin perjuicio del orden público del derecho internacional privado del juez con jurisdicción internacional y de las normas de policía, que no pueden ser desplazados por la autonomía referida— (arg. art. 19, Constitución Nacional, art. 1197, CCiv., y Fallos: 236:404 y 290:458). En caso contrario, es decir, si las partes no han ejercido ninguno de los tipos de autonomía mencionados, cabe acudir a las normas de conflicto de fuente legal que regulan el caso. Tratándose de un asunto planteado ante un juez argentino, éste aplicará normas de conflicto argentinas para la determinación del derecho aplicable. Pero ellas pueden ser, a su vez, de fuente interna o de fuente internacional.

Éstas desplazan, en lo pertinente, a las otras (arg. art. 31, Constitución Nacional)".

Se consagra aquí, con toda precisión, el reconocimiento tanto de la autonomía conflictual como la material y los límites de ambas.

En el segundo fallo, se confirmó el rechazo de una demanda deducida contra la Dirección General de Fabricaciones Militares por cobro de ciertas comisiones correspondientes a las tareas de intermediación en una compraventa de material bélico, celebrada entre la República Argentina y la República Islámica de Irán. Se consideró relevante para desentrañar la voluntad de las partes en el contrato de corretaje, el hecho de que hicieron depender el derecho al cobro de la comisión, de la llamada "operación concretada", este concepto estuvo ligado al cumplimiento de las prestaciones parciales y no a la conclusión o celebración del contrato.

Para desentrañar cuál fue la inteligencia que comitente y corredor atribuyeron a la expresión "operación concretada", se atendió al compor-

tamiento posterior a la celebración que consistió en el mutuo acuerdo de pago de la comisión sobre el valor "FOB" de material embarcado, en reiteradas oportunidades. Se acogió allí el razonamiento que consistió en interpretar la voluntad de las partes a partir del comportamiento prenegocial, así como de la práctica seguida de la ejecución del contrato, para concluir que, en el caso las partes "se habían apartado de común acuerdo de los principios legales en materia de corretaje y habían subordinado el derecho del intermediario al cobro de la comisión, al efectivo embarque del material vendido y a la disponibilidad por vía bancaria del precio de la venta". Se señaló que ese corretaje internacional se hallaba regido por el derecho argentino en todo aquello en que las partes no hubieran negociado o pactado una configuración normativa especial, propia de su particular relación, como había sucedido en el caso, donde las constancias del expediente formaron convicción sobre la común intención de desplazar el régimen previsto por el legislador en el segundo párrafo del art. 111 del Código de Comercio, norma coactiva del derecho interno que no reviste carácter internacionalmente imperativo (véase considerando 10).

En el considerando 8º de este fallo se lee textualmente:

"En efecto, el ejercicio de la autonomía material de la voluntad en contratos de intermediación internacional es admitido por el derecho internacional privado argentino, que sólo subsidiariamente —y sobre la base de los principios generales en materia contractual— designa la ley del Estado donde se cumple la actividad del intermediario, es decir, en el caso al derecho argentino, dado que las gestiones para colocar las órdenes de compra de la República Islámica de Irán se habían llevado a cabo por los actores en la República Argentina, ante la Dirección General de Fabricaciones Militares (conf. Fallos: 270:151; aplicación analógica del art. 38, b, del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940)".

Este fallo consagra con toda evidencia la autonomía de la voluntad y señala su aptitud para derogar, con expresas disposiciones en contrario, normas coactivas del derecho interno aplicable al caso en defecto del ejercicio de la autonomía conflictual.

#### **7. La autonomía de la voluntad y las condiciones generales de contratación: el punto de inflexión del principio y algunas pautas de regulación. Exclusión de los contratos de consumo**

Es frecuente que las cláusulas que instrumentan, tanto la autonomía material como la autonomía contractual, aparezcan insertas en un contrato *standard*, de adhesión, o que posea cláusulas generales predispu-

tas de contratación que contienen reglas de autorregulación aplicables al contrato que muchas veces son resultado de la llamada *lex mercatoria*<sup>(50)</sup>.

En los Principios de Unidroit a los que aludimos precedentemente se definen las cláusulas *standard* como aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso personal y repetido y que son utilizadas de hecho, sin ser negociadas con la otra parte.

Su validez se ajusta a las normas generales que se refieren a la formación del contrato, pero también se ha sostenido que deben juzgarse carentes de eficacia las estipulaciones incorporadas a las cláusulas *standard* cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente. Para determinar la existencia de dicha estipulación, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación a fin de descartar las "estipulaciones sorprendentes" (véase en los Principios: art. 2.20).

Existe consenso en buena parte de la doctrina en cuanto a que en caso de contradicción entre cláusulas *standard* y otras que no lo sean, prevalecerán estas últimas (art. 2.21). Asimismo, en caso de contradicción entre formularios, cuando ambas partes utilizan cláusulas *standard* y llegan a un acuerdo, excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado con base en lo acordado y en lo dispuesto en aquellas cláusulas que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes hubiese indicado claramente con antelación que no tiene el propósito de quedar obligada por ese contrato (véase art. 20.22).

En general, los tribunales suelen desconocer este tipo de cláusulas cuando a través de ellas se advierte abuso de la posición dominante de una parte sobre otra, aunque no toda hipótesis de desigual poder negociador puede llevar a estas conclusiones —véase que existen partes atípicamente débiles: minoristas, artesanos, pequeños comerciantes, cuya protección hay que valorar con especial cuidado antes de excluir, sin más, la *lex contractus*—.

En nuestro derecho, cabría apartarse de las condiciones generales de un contrato, cuando se advirtiese transgresión de los principios de orden público resguardados por el 2600, CCCN (antes art. 14, inc. 2º del CCiv.), o cuando las cláusulas fuesen abusivas o lesivas (arts. 9º, 10, 11, 240 y 279, CCCN y antes, art. 1071 y art. 953, CCiv.), contrarias a la buena fe, mani-

(50) Véase especialmente en este punto, BOGGIANO, ANTONIO, "International Standard Contracts. A comparative study", *Recueil des Cours*, vol. 170 (1981-I), ps. 9-113; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, *Condiciones Generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992.

festación de abuso de posición dominante o ilícitas (arts. 9º, 11, 961, 1003, 1004, 1061 y 1063, CCCN, antes, arts. 953, 1167, 1198, CCiv.), contrarias al derecho de un Estado extranjero aplicable al caso (art. 2651, inc. f), antes 1208, CCiv.), etcétera.

Desde otro ángulo, también el art. 929 del CCiv. de Vélez Sarsfield nos proporciona un buen parámetro de interpretación para asegurar la protección frente a los abusos de la letra pequeña en los contratos, cuando dispone que el error de hecho es excusable cuando ha habido razón para errar. Se trata de una directiva suficientemente flexible, que resulta aplicable para apreciar si las modalidades con que las que la predisposición de las condiciones generales se plantearon, pudieron generar en la contraparte un error excusable de hecho, debe señalarse que, sin embargo, siempre cabrá el control jurídico sobre el contenido de las condiciones generales, además del que concierne, específicamente al acto de adhesión a ellas. Así lo ha recogido reiteradamente nuestra jurisprudencia<sup>(51)</sup>.

Finalmente, cabe señalar que toda la teoría de la autonomía de la voluntad parece reconocer su punto de inflexión ante la necesidad de proteger al consumidor en contratos en los que éstos se hallan involucrados, generalmente, como a la parte más débil de la contratación. Estos contratos suelen estar excluidos de las reglas generales en muchos países y son objeto de tutela a través de leyes especiales que, en el plano internacional, por lo común, al menos limitan la autonomía de la voluntad o aplican correctivos a sus resultados materiales. Frecuentemente, se propone una conexión con el entorno social de la parte débil (*umweltrecht*), como elección del derecho que ejerce una eficaz protección de sus derechos (residencia habitual o domicilio del consumidor), otras veces, se asegura el nivel de protección de la *lex fori*, en una referencia obligada y unilateralista, que desemboca en una dualidad funcional de leyes aplicables.

Es con fundamento en esta línea de ideas pues, que en la sección 11ª de ese Código luego de consagrar el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, el art. 2651, *in fine*, CCCN, establece, expresamente, que sus disposiciones "no se aplican a los contratos de consumo".

(51) Véase BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. I, ps. 242/3; y puede rastrearse esa fundamentación en: CNCom., sala A, 29/6/2007, "Sygenta Agro SA c. Mancini, Sergio Omar y Hugo SA"; CNCom., sala A, 31/10/2006, "Citibank NA c. Scholnik"; CNCom., sala A, 14/12/2007, "Fredes, Silvia Blanca c. Banco Francés SA s/ord.", entre otros.

## 8. La autonomía de la voluntad en algunas fuentes convencionales relativamente recientes

### a) Convención de Roma del 19 de junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

Especialmente relevante parece referir aquí, como antecedente internacional, la Convención de Roma del 19 de junio de 1980, sobre "la ley aplicable a las obligaciones contractuales" que, estando a su Preámbulo, era derecho internacional privado pese a hallarse vigente en el ámbito de la Unión Europea (entró en vigor el 1 de febrero de 1991 entre Francia, España y los Países Bajos), cuyos lineamientos fueron recogidos por el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). El art. 2º consagra su carácter *universal*, cuando dispone que la ley designada por ese presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro, desplazando al derecho interno de esos Estados.

Ambos instrumentos, el Reglamento y la Convención establecen en su art. 3º como principio la autonomía de la voluntad al consagrar la libertad de elección del derecho aplicable, esto es, que el contrato es regido por la ley elegida por las partes<sup>(52)</sup>. Esta fórmula ha hecho sostener a la doctrina que no contempla la posibilidad de elegir un orden jurídico no estatal, por ejemplo, los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* (Lagarde) por lo que si se hiciese una elección de tal índole, el

(52) Dice el Reglamento (CE) en su art. 3º. Libertad de elección:

"1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.

3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.

5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13.

contrato debería regirse por el derecho subsidiariamente elegido. Tampoco la convención exige ningún lazo entre la ley elegida y el contrato, pudiendo las partes designar la ley aplicable a todo el contrato o sólo a una parte de él (*dépeçage*), e incluso, modificar la ley aplicable luego de la celebración del contrato, sin que ello pueda afectar la validez formal del contrato ni atentar contra los derechos de terceros.

Se precisa que en caso de que el objeto del contrato afecte a uno o varios Estados miembros y se elija la ley de un Estado no miembro, ésta no podrá contradecir las disposiciones del derecho comunitario.

La elección debe resultar de una manera cierta de las disposiciones del contrato o de las circunstancias de la causa. Se ha dicho, que el sentido de esta regla es admitir la elección tácita pero cierta y eliminar las elecciones meramente implícitas, como serían las resultantes de cláusulas atributivas de jurisdicción en los tribunales de un país sin haberse elegido por voluntad de las partes la ley de ese país.

El art. 4º de la Convención consagra una regla general que establece el derecho aplicable en defecto de elección del derecho: aceptando el principio de proximidad, que el contrato será regido por la ley del país con el cual el contrato presente los lazos más estrechos, presumiéndose legalmente que ese país es el de la residencia habitual del deudor de la prestación más característica del contrato —la prestación por la cual el pago es debido—, si ésta es determinable, si no es así, debe estarse a la ley del país con el cual el caso presente los vínculos más estrechos y, en todo caso, la presunción debe ceder si resulta del conjunto de las circunstancias del caso que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país. En el art. 4º del Reglamento<sup>(53)</sup> es donde se registran las mayores diferencias entre los dos instrumentos, pues para salvar dudas e incertezas

(53) Artículo 4º: "Ley aplicable a falta de elección

1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

que el funcionamiento de la Convención había suscitado, el Reglamento establece en el primer párrafo del artículo de modo expreso, respecto de ocho supuestos, el lugar que debe entenderse como de cumplimiento de la prestación más característica a los fines de establecer el derecho aplicable y luego, consagra en subsidio, que ese lugar será el del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

Finalmente, consagra una cláusula escapatoria con el criterio de mayor proximidad; para dirimir dudas y en caso de no poder establecer los criterios anteriores, en favor de la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos con el contrato<sup>(54)</sup>.

Muy importante resulta destacar que esta Convención prevé claramente la interferencia de las llamadas normas de policía en la regulación del contrato. Así establece, en el art. 7º, párr. 2º, que las disposiciones de la Convención no podrán atentar contra las reglas imperativas del país del juez aplicables a la situación del contrato. Asimismo, en la primera parte del mismo artículo, se prevé la aplicación al contrato de las normas imperativas, de policía, de terceros Estados con los cuales el caso presente lazos estrechos, en la medida en que, según el derecho de ese país, estas disposiciones fueran aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato.

El art. 9º del Reglamento, por su lado, sigue la línea y bajo el acápite *Leyes de policía*, define qué es una ley de policía, diciendo que es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguar-

f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

(54) Véase: DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO A., "La contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea", en *Revista mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nro. 29, septiembre de 2011, ps. 71 a 79.

dia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento (9.1). Asimismo, que las disposiciones de ese Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro (9.2) y, finalmente, que también podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Se establece también, que para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

También se reserva la imposibilidad de aplicar un derecho incompatible con el orden público del foro (art. 21 del Reglamento y art. 16 de la Convención) y se garantiza la prioridad del derecho comunitario (art. 23 del Reglamento y art. 20 de la Convención).

Entre otras disposiciones, cabe destacar que, como también lo hacía la Convención, Roma I regula con normas expresas, tanto los contratos celebrados por consumidores, como el contrato individual de trabajo (Reglamento: art. 8º).

En la línea de las ideas que expresamos *supra*, en materia de contratos celebrados por consumidores, en el art. 6º se establece como admisible la elección de la ley aplicable, por las partes, con la restricción de que esa elección debe recaer en un derecho que presente con el caso ciertos contactos específicamente establecidos —véanse párrs. 1º y 2º—, y en defecto de acuerdo de partes y si se presentan esos contactos, la ley aplicable se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, en subsidio, se entienden aplicables los arts. 3º y 4º.

Como regla general, y no obstante la ley elegida por las partes, también se dispone que el derecho aplicable no puede tener como resultado privar al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas del país en el cual aquél tiene su residencia habitual, con ciertas precisiones de mayor detalle —art. 6.2—<sup>(55)</sup>. La misma idea se repite, con su alcance específico, respecto del contrato de trabajo —véase art. 8.1—.

(55) LAGARDE, PAUL, "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991-80-287 y ss., París.

**b) Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 1994**

El 17 de marzo de 1994, la quinta Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP V), aprobó la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales. En México, sólo la han firmado cinco Estados, pero ha entrado en vigor el 15/12/1996, conforme al art. 28 de la misma Convención por la ratificación de Venezuela y México.

Este instrumento adoptó plenamente el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales al disponer, en su art. 7º, que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes y, como normas de derecho subsidiariamente aplicables, dispuso que cuando las partes no hayan designado la ley aplicable o cuando esa ley resulte ineficaz, el contrato es regido por la ley del Estado con el cual presente los lazos más estrechos (arts. 7º a 9º), con lo cual, en tales casos, el principio de proximidad reemplaza al de autonomía.

Se dispone, en esta línea, que el acuerdo de voluntad de las partes sobre la elección del derecho debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse "en forma evidente" de las conductas de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto, elección que podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

Se indica, expresamente, que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho de ese país, con lo cual en tales casos deberá estarse al principio de proximidad para determinar el derecho aplicable.

Sobre este texto, sin embargo, surge el interrogante relativo a cuál es el derecho que presenta los vínculos más estrechos con el caso. La Convención de México no establece presunciones precisas como lo hace la Convención de Roma. Se limita a señalar que el tribunal tendrá en cuenta todos los factores objetivos y subjetivos identificados en el contrato, a fin de determinar la ley del Estado con el cual el contrato tenga los lazos más estrechos.

La Convención establece que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar cuál es ese derecho.

Considerando los antecedentes propios de nuestros países, en especial de la Argentina, no parece dudoso que a la hora de decidir sobre esos lazos los jueces no dejarán de considerar como un contacto decisivo la

ley del Estado del domicilio o del establecimiento o asiento principal de los negocios del deudor de la prestación más característica del contrato. Sin embargo, es posible que desde la perspectiva de un juez brasileño se priorizara, como contacto decisivo, el lugar de celebración del contrato, atendiendo a sus puntos de conexión de DIPr.

Sin duda, hubiese sido deseable que la solución fuese acompañada de una presunción que estuviese establecida con base legal (véase, a fin de apoyar esta conclusión, lo previsto en el art. 12 de la Convención sobre el derecho aplicable a la existencia y validez del contrato, donde se recurre a estos puntos de conexión), en la línea de la presunción expresamente contemplada en la Convención de Roma —que prevé el país en el que la parte que deba realizar la prestación más característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o su administración central de tratarse de una persona jurídica—. No pueden ignorarse, sin embargo, las previsiones del art. 13 de la misma Convención que conecta "el lugar de celebración" o "de ejecución".

De otro lado, cabe señalar que también se prevé la posibilidad de que una parte del contrato fuese separable y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, pudiendo aplicarse a título excepcional la ley de ese Estado.

Se expresa finalmente en ese art. 9º, que se podrán tomar en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por las organizaciones internacionales (*Incoterms*, las Reglas y usos del comercio internacional en materia de crédito documentado, los Principios sobre contratos internacionales de Uncitral, etc.).

En conclusión, se avizora que, en este punto, la Convención traerá más incertezas que soluciones previsibles, en las que está particularmente interesado el comercio internacional.

Las normas comentadas, como la disposición contenida en el art. 10 de la misma Convención que prescribe la aplicación de las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y las prácticas comerciales de general aceptación —como recurso para realizar las exigencias impuestas por la equidad y la justicia en la solución del caso concreto—, abren el camino para la admisión de la *lex mercatoria*.

Sin embargo, todas las prescripciones anteriores reconocen los límites de un derecho estatal aplicable. En tal sentido, resultan reconocidos los límites que emanan de las leyes imperativas del foro o de otro Estado con el que el contrato presente lazos estrechos (art. 11).

La Convención autoriza, asimismo, el *dépeçage*, que como manifestación posible de la autonomía material, resulta una vía para que las partes, muy a menudo, puedan sustraerse a las disposiciones imperativas de la ley aplicable sometiendo porciones del contrato a órdenes jurídicos diferentes para evitar la aplicación de ciertas disposiciones imperativas de la ley que resulta elegida a título principal<sup>(56)</sup>.

Para concluir, también la Convención reconoce los límites que impone "el orden público del foro" que excluye la posibilidad de aplicación de todo derecho designado en ella que le resulte manifiestamente contrario. Debe entenderse, aunque no se lo ha dicho expresamente, que lo conectado en este caso es el orden público del foro como conjunto de principios inspiradores de su sistema jurídico y no como conjunto de disposiciones.

**9. Normas de derecho subsidiariamente aplicables en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes. Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940. El DIPr. argentino de fuente interna. El Código Civil y el Código Civil y Comercial de la Nación**

**a) Los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo**

Igual inspiración anima los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940, que no contemplaban el principio de la autonomía de la voluntad y que en sus respectivos arts. 37 a 39, como principio, someten la validez intrínseca de los contratos, su naturaleza, sus exigencias, sus efectos, sus consecuencias, su ejecución, en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea, al derecho del país de ejecución (arts. 37 respectivamente) y luego precisan el concepto, definiéndolo para un buen número de contratos en particular en los artículos siguientes.

Asimismo ambos Tratados, en sus respectivos arts. 40, prevén que se rijan por la ley del lugar de su celebración los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrado y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento. Finalmente, en los respectivos arts. 41, se dispone que los contratos accesorios se rijen por la ley del contrato principal.

(56) BOGGIANO, ANTONIO, "La convention interamericaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les principes d'UNIDROIT", *Uniform Law Review*, 2-1996 (tiré à part).

**b) El Código Civil de Vélez Sarsfield y sus antecedentes**

Si las partes no han elegido el derecho aplicable —por falta de ejercicio de la autonomía conflictual y tampoco han previsto soluciones materiales para el contrato o para ciertas cuestiones de él— el instrumento no resulta autosuficiente y las lagunas dejadas por la ausencia o insuficiencia del ejercicio de la autonomía imponen al legislador proporcionar normas de conflicto subsidiarias para integrar la autonomía de las partes.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, en sus arts. 1205 a 1214, proporcionaba normas generales, conflictuales, reguladoras de todo tipo de contratos, donde tuvieron cabida los dos puntos de conexión clásicos que, en su tiempo, se disputaban la regulación de los contratos en el DIPr. comparado, contactos que se mantienen en el Código Civil y Comercial.

La elección dominante es la ley del lugar de cumplimiento ("*lex loci executionis*" o, también, "*lex loci solutionis*"), que sigue la tesis de Savigny<sup>(57)</sup> y de Pothier<sup>(58)</sup>, con mayor predicamento en el derecho continental y luego, la ley del lugar de celebración ("*lex loci celebrationis*"), examinada por Boullenois y Story, seguidor de los estatutarios holandeses del siglo XVII (especialmente, Voet, Ulricus Huber) como principio general para regir la validez, la prueba y la autenticidad del contrato, "a menos que haya de cumplirse en otro lugar, pues en este último caso, la ley del lugar de cumplimiento debe regir". Se parte de la idea de que, difícilmente, las partes se sustraerán a las leyes del lugar en que el contrato se hace (lugar de celebración) y ésta proyecta sus efectos *jure gentium* siendo válido el acto en todas partes, como una necesidad de las naciones de la comunicación y del comercio de unas con otras, que sólo invalidarán el acto si contraría sus leyes fundamentales como un imperativo de justicia natural<sup>(59)</sup>.

En este marco, la idea localizadora fundamental legada por las normas de conflicto del Código Civil velezano es la elección del lugar de cumplimiento prevista para regir el contrato en su integralidad: validez, naturaleza y obligaciones. Así definían su ámbito de aplicación material los arts. 1209 y 1210 del CCiv., siguiendo la doctrina de Savigny que so-

(57) SAVIGNY, FEDERICO C., *Sistema del derecho romano actual*, vol. VI, E. Góngora y Cía. Editores, Madrid, 1879, p. 208, trad. al francés por Guenoux y al español por Mesía y Poley, p. 246.

(58) POTHIER, *Pandectas*, 21,2, nro. 7.

(59) Véase: STORY, JOSÉ, *Comentarios sobre el Conflicto de las Leyes*, t. I, traducción de Clodomiro Quiroga, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1891, nros. 233, 240, 242 a 244, 279, ps. 377 y ss., sobre la interpretación de la ley común como *lex contractus*; nros. 280 a 283, sobre la ley del lugar de cumplimiento y la presunción en tal sentido que acompaña al domicilio del deudor.

metía la validez intrínseca de los contratos y sus efectos a la ley del lugar de su ejecución (*lex loci executionis*). Sus fundamentos atendían a considerar que la sede o *sitz* en estos casos está en que las expectativas de las partes se dirigen, precisamente, al lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, que es allí donde éstas encuentran su asiento o su centro de gravedad y que esto justifica la elección de ese derecho para solucionarlos.

Savigny sostenía que para determinar el asiento de la obligación y la jurisdicción especial llamada a conocer de ella tenemos que elegir entre el lugar en que la obligación nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin. Considerando el asunto de una manera general, se preguntaba a cuál de estos dos territorios debía darse la preferencia. Y respondía que no será en modo alguno al primero, que es en sólo un hecho accidental y fugitivo, extraño tanto a la esencia de la obligación como a su desenvolvimiento y a su eficacia ulterior; que si bien el lugar en que la obligación ha nacido tiene a los ojos de las partes una gran importancia, llamada a extenderse al porvenir, ésta no resultaría ciertamente del solo hecho de la realización del acto, sino de circunstancias exteriores extrañas a ese hecho, las cuales justificarán en buena medida que la esperanza de las partes se dirija expresamente hacia este lugar; que no sucede lo mismo con el cumplimiento que se refiere a la esencia de la obligación, éste consiste en hacer cierta y necesaria una cosa antes incierta y sometida al libre arbitrio individual.

Sostiene así que, lo que llega a ser necesario y cierto es precisamente el cumplimiento de la obligación, que sobre este punto se concentra la esperanza de las partes y por tanto, es esencial para la obligación que el lugar del cumplimiento se considere como asiento de la misma y que en este lugar se coloque la jurisdicción especial de ella en virtud de la sumisión libre <sup>(60)</sup>.

El propio Savigny observaba sin embargo, que esta elección se complica si se trata de contratos sinalagmáticos, es decir, con lugares de ejecución en distintos países, dicho de otro modo, con prestaciones recíprocas, pues la aplicación estricta de la idea llevaba a que, al ser distintas, las deudas puedan ser separadamente tratadas determinando para cada deuda la jurisdicción y el derecho local <sup>(61)</sup>, de modo que cada deudor se viese sometido a la ley del lugar en que a él le incumbe cumplir, produciéndose un corte en la ley aplicable al contrato.

(60) SAVIGNY, FEDERICO C., *Sistema...*, cit., vol. VI, p. 246.

(61) SAVIGNY, FEDERICO C., *Sistema...*, cit., vol. VI, p. 243.

A la vez que se manifiesta partidario de la ley del lugar de cumplimiento, Savigny reconocía que la legitimidad de sus consecuencias dependía de la manera de determinar el lugar de dicho cumplimiento.

Anticipando lo que luego Vélez Sarsfield consagró como calificaciones autónomas (definiciones) del concepto *lugar de cumplimiento* en los arts. 1212 y 1213 del Código Civil, Savigny observaba que es verdad que esta determinación puede resultar de la voluntad expresa de las partes, en cuyo caso nadie pone en duda que la sede de la obligación reside en el lugar que las partes han designado, pero que ese caso muchas veces no se presenta, por lo cual se debía indagar cómo debe determinarse el lugar de cumplimiento en ausencia de una designación expresa.

En ese camino, advertía, en primer lugar, que hay obligaciones que, *por su naturaleza*, están tan estrechamente ligadas a un determinado lugar, que no pueden separarse de él y luego, propiciaba explorar en el caso concreto, la voluntad, la esperanza y la sumisión libre de las partes, de las que puede extraerse la realidad o el *asiento permanente* de la gestión o prestación.

Sin embargo, en casos de obligaciones que no tienen un lugar determinado de cumplimiento o que no resultan de una actividad sostenida en un lugar determinado o que tienen por objeto actos que pueden realizarse en todas partes o que tienen por causa actos aislados y fugitivos, interpretaba que basta con reconocer la aplicación regular del *ius domicilii*, al que la persona se somete de una manera general, pues en ausencia de toda indicación legal es preciso admitir que el deudor cumplirá su compromiso en su domicilio, donde ha de volver.

Elabora así, criterios de determinación del lugar de cumplimiento a los fines de fijar la jurisdicción especial sobre el tema, señalando que los mismos también eran válidos para la determinación del derecho aplicable. Sostenía que, en ausencia de un lugar fijado para la ejecución, la jurisdicción puede ser el resultado de que la obligación tome nacimiento en un lugar donde el deudor tenga el asiento de sus negocios y, también propone que se halle determinada por el lugar en que la acción toma nacimiento, cuando ese lugar coincide con el domicilio del deudor. Y que, independientemente del domicilio del deudor, el lugar donde la obligación nace determine la jurisdicción, cuando, según las circunstancias, este lugar sea aquél en el que las partes debieron esperar que se cumpliera la obligación.

En ausencia de todas las precedentes condiciones, señala que la importancia del criterio de identificar el lugar de cumplimiento con el domicilio del deudor reside en su posibilidad de cambio, pues cuando el deudor traslada hacia otra parte su domicilio o cuando llega a morir,

el antiguo domicilio no existe ya como tal, pero continúa subsistiendo como criterio que sigue al deudor en su nuevo domicilio o en caso de muerte obliga al heredero, aunque éste se domiciliado en otra parte<sup>(62)</sup>.

Estas ideas se fueron trabajando con el correr de los años<sup>(63)</sup> y Vélez Sarsfield consagró, con base en estas fuentes, que la normal expectativa de las partes como el principio perenne de localización<sup>(64)</sup> para hallar la ley aplicable, en defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad, era la elección de la ley del lugar del cumplimiento del contrato, tal como aparece en los arts. 1209 y 1210, CCiv., ambas normas resultaban siempre aplicables a contratos multinacionales con "contacto argentino".

En el artículo 1209 se captaban los contratos celebrados en la Argentina, o en el extranjero para ser ejecutados en la Argentina, disponiendo que serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

La fórmula empleada, través de una *conexión*, expresa de manera unilateral, la elección nominativa del derecho argentino, se trataba de una norma de conflicto expresada unilateralmente pero susceptible de bilateralización. Ello que ocurría en el art. 1210, que disponía que los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serían juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros. Con el juego de ambas normas era fácil construir una norma de conflicto clásica cuyo punto de conexión era el lugar de cumplimiento.

Con la misma fuente savigniana, el art. 1212 definió el concepto, disponiendo que *el lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere* y de seguido, en el art. 1213, se previó que *si el contrato fue hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenía en la época en que el contrato fue hecho, será el lugar en que debe cumplirse*.

El art. 1205, empero, disponía que la validez, naturaleza y obligaciones de contratos multinacionales celebrados fuera de la República que

(62) SAVIGNY, FEDERICO C., *Sistema...*, cit., vol. VI, ps. 251 a 258.

(63) Véase la evolución de estas ideas en BATIFFOL, HENRI, *Les conflits des lois en matière de contrats*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1928, ps. 35 y ss.

(64) Véase: GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, cit., nros. 185-186, ps. 294 y ss.; BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. I, ps. 279 y ss.

no deban ser ejecutados en ella estaban regidas por el derecho del lugar de celebración. Ahora bien: cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacionara, aunque sea parcialmente, con el territorio argentino, ya no cabía aplicar la norma de conflicto del artículo 1205 del Código Civil —cuyo punto de contacto es el lugar de celebración—, sino la establecida en los artículos 1209 y 1210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento.

Así pues, un contrato celebrado entre una empresa de Buenos Aires y otra de Nueva York para ser cumplido en el extranjero venía a estar regido por el derecho del lugar de ejecución. Un contrato celebrado en el extranjero para tener cumplimiento parcialmente en el extranjero y parcialmente en la Argentina se regía por la norma del artículo 1209, precisada por los artículos 1212 y 1213 con los criterios ya examinados. Se advierte, así, el ámbito de aplicación restringido del artículo 1205 del Código Civil. A estos límites quedaba reducida la incorporación de las ideas de Story, seguidor de los estatutarios holandeses del siglo XVII (especialmente, Ulrich Huber), en las normas de conflicto contractuales del Código Civil argentino.

Finalmente, en supuestos de contratos que fueren hechos entre ausentes por instrumento privado, firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, en el Código Civil regía la norma de conflicto del artículo 1214, y allí se preveía que *sus efectos*, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, debían ser juzgados *respecto de cada una de las partes, por las leyes de su domicilio*.

Se trataba de casos con lugar de celebración indeterminado (art. 1214, CCiv.) y de lugar de cumplimiento tampoco determinable (arts. 1209, 1210, 1212 y 1213). Se habilitaba allí como solución un fraccionamiento del derecho aplicable (*dépeçage*), a través de un corte subjetivo (*petite coupure*), con un punto de conexión acumulativo igual, según el cual *para cada parte* se aplicaba la *ley domiciliaria* y si bien la norma contemplaba como ámbito material de esa solución sólo los efectos del contrato, había quienes entendían que esa solución era extensible también a la validez, con las consiguientes dificultades de aplicación efectiva, sin descartar el principio saneador de la cláusula *favor negotii* (art. 1181, CCiv.) y el principio *favor negotiorum patriae*, previsto en el art. 14, inc. 4º, CCiv.<sup>(65)</sup>

(65) Véase, GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, nros. 113, 185 y 190, y en BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. I, ps. 196-201, su comentario y la sentencia del autor dictada cuando era juez en el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 13, dada en la causa "Cinturino, Vincent c. Dante Corti y Cia. SAC.", del 12 de abril de 1976, firme, donde estudia el ámbito de aplicación del artículo 1214 y su interpretación.

**c) Las normas subsidiariamente aplicables a los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación**

Para la determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes, el Código Civil y Comercial de la Nación dispone, en su art. 2652, que el contrato se rige por las *leyes y usos del país del lugar de cumplimiento*. Si no está *designado*, o no resultare de la *naturaleza de la relación*, define que se entiende que lugar de cumplimiento es el del *domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato*.

También se contempla que en caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las *leyes y usos del país del lugar de celebración*.

Finalmente, se precisa que *la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada*.

El nuevo Código sigue manteniendo así los mismos puntos de conexión de Vélez Sarsfield: el *lugar de cumplimiento como criterio general* y la *ley del lugar de celebración como criterio condicional subsidiariamente aplicable cuando aquél no puede ser determinado*<sup>(66)</sup>. Sin embargo, utiliza una fórmula de técnica general, neutral y más sencilla, que prescinde de la conexión unilateral del anterior art. 1209 y que resuelve el caso con una norma de conflicto general que subsume tanto el 1209 como el 1210. Es claro que iguales fundamentos que aquellos que inspiraron a Vélez condujeron a mantener soluciones que por su tradición jurídica y general aceptación, a través de una fecunda y seria elaboración jurisprudencial aparecían como un valioso bagaje del que no cabía apartarse.

También se mantuvieron, en el segundo párrafo del art. 2652, los criterios de calificación autárquicos elaborados por Vélez en los arts. 1212 y 1213, para definir qué se entiende por lugar de cumplimiento, con sus mismas opciones. Se captan, en primer lugar, la *determinación de las partes* y en segundo lugar, la *naturaleza de las obligaciones* involucradas, si bien reformula la opción final relativa al *domicilio del deudor* con una redacción actualizada que recoge la evolución de la doctrina y la jurisprudencia sobre el punto. Seguidamente profundizaremos el tema.

(66) Véase sobre el debate en torno a la antítesis entre lugar de celebración y lugar del cumplimiento los fundamentos expresados por Story, en STORY, José, *Comentarios...*, cit. t. 1, ps. 377, 386 a 388, 389, donde funda la preferencia del primer punto de conexión para la prueba, formas intrínsecas y extrínsecas y solemnidades, autenticidad, fe, verdadera interpretación, bienes muebles; también, p. 450, donde explica que cuando el contrato ha de ejecutarse en otro lugar, la regla general es de conformidad con la presunta intención de las partes de que el contrato, en cuanto a su validez, naturaleza, obligación e interpretación, ha de regirse por la ley del lugar de su ejecución, aunque luego, a fs. 456 y ss., se explaya sobre ejemplificaciones respecto de las dificultades en la aplicación de la regla.

**d) La calificación (definición) del "lugar de cumplimiento" como punto de conexión para la determinación del derecho aplicable**

Ya se ha señalado que el nuevo Código adopta el "lugar de cumplimiento" como punto de conexión rígido para la determinación del derecho aplicable a los contratos —véase que ya hemos definido el mismo concepto a los fines de la determinación de la jurisdicción competente en la misma materia, en el capítulo respectivo, al que remitimos—, como todo concepto rígido, este factor de conexión permite identificar un núcleo conceptual aparentemente firme, pero en palabras de Wolff, con una periferia indistinta, que surge a poco que se profundice en la idea frente a casos concretos y que, históricamente, aparece en los propios antecedentes doctrinales que hemos recordado *supra*.

Es así como se ha manifestado desde un principio, ante la imposibilidad de arribar a una definición única, la necesidad de sentar *calificaciones autárquicas*, esto es, definiciones dadas por el propio legislador que exhiben un criterio amplio y suficientemente flexible en sus alternativas como pauta para orientar al intérprete respecto de qué debe entenderse por "lugar de cumplimiento".

Tanto el Código de Vélez como el nuevo Código Civil y Comercial pues, proporcionan *calificaciones en cascada, jerarquizando presunciones* y delegando en los jueces la facultad de precisar la elección, concretamente y en cada caso, atendiendo a la naturaleza de la obligación o de las obligaciones emergentes del contrato (art. 2652, CCCN, y antes, arts. 1212 y 1213 CCiv.).

En un contrato, típicamente bilateral (sinalagmático), la reciprocidad de las prestaciones prometidas hace necesario investigar la prestación relevante para la localización integral del negocio en un sistema jurídico. ¿Cuál de las prestaciones debidas tiene virtualidad localizadora? ¿Cuál es la que vincula, por su cumplimiento en determinado lugar, el contrato con su derecho aplicable: la entrega de la cosa, la prestación del servicio, el pago del precio? Éstas son las cuestiones a que dan origen tanto al criterio de orientación legislativo de los anteriores arts. 1212 y 1213 del Código Civil argentino como del actual art. 2652, CCCN.

**e) Las calificaciones autónomas. La prestación característica y el domicilio del deudor de la prestación más característica**

Cuando no hay *lugar de cumplimiento expresamente designado* —primera acepción del lugar de cumplimiento—, en los contratos recíprocos, con prestaciones a cargo de las partes y que conectan los sistemas jurídicos de dos o más Estados nacionales, para determinar el derecho aplica-

ble ha de estarse, en segundo término, a aquella prestación que hace del contrato lo que éste es, la que permite definirlo típicamente, es así como se ha hablado del objeto típico o de la obligación principal del contrato<sup>(67)</sup>. Más modernamente, ésta es la *prestación característica del contrato* que, en palabras de Schnitzer, puede ser considerada como aquella con virtualidad localizadora<sup>(68)</sup>.

Esta alternativa es la que resulta alcanzada por la *segunda posibilidad* jerárquica que prevé el art. 2652 en su segundo párrafo, al referirse como derecho aplicable al que resultare de la *naturaleza de la relación*. Allí se conserva la misma fórmula de Vélez y ella, claramente, permite establecer cuál es la prestación típica (la "prestación más característica"), que surge de la naturaleza propia del contrato, para hacerlo ser el que es. Ello, sin dejar de observar que la flexibilidad del término "naturaleza" permite al intérprete un amplio margen para adaptarse a las particularidades del caso y que, sin duda, los tribunales podrán utilizar con fruto.

La idea de la prestación típica como medio para conectar el contrato al medio económico en el cual se inserta, sin embargo, fue mereciendo diversas objeciones.

El profesor Frank Vischer sostuvo que el principio de la prestación característica necesitaba un reajuste, que en una venta-locación o en una venta con pagos por instalaciones, el pago del precio por el comprador es de mayor importancia, en razón de las normas protectoras de este último<sup>(69)</sup>. Se dijo, que considerar de modo genérico que la prestación no dineraria ("*non pecuniary performance*") carece de virtualidad para localizar económicamente el contrato aparece exorbitante y ajeno a la realidad de los negocios internacionales. Que en una compraventa internacional de mercaderías, si bien es cierto que éstas son objeto de la prestación más característica del contrato, no son más gravatorias económicamente que el precio en divisas que el vendedor persigue con el intercambio y que le debe satisfacer el comprador. Que desde el punto de vista económico hay equivalencia de intereses y beneficios recíprocos, no susceptibles de ser genéricamente jerarquizados asignando superio-

(67) Véase la evolución de la idea en BATIFFOL, HENRI, *Les conflits...*, ps. 82-87.

(68) SCHNITZER, ADOLF, "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", en *Recueil des Cours*, 1968, vol. II, p. 545, y la jurisprudencia y antecedentes doctrinales en el derecho suizo; VISCHER, FRANK, "The antagonism between legal security and the search of justice in the field of contracts", en *Recueil des Cours*, 1974, vol. II, ps. 62y ss.

(69) VISCHER, FRANK, "The antagonism between legal...", en *Recueil des Cours*, 1974, vol. II, ps. 62 y ss.

ridad a unos sobre otros, aun cuando las particulares circunstancias de cada contrato puedan evidenciar ciertas preponderancias<sup>(70)</sup>.

Batiffol y Boggiano observaban, por otro lado, que en los contratos comerciales multinacionales se advierte una mayor deslocalización del negocio a causa de que no aparece integrado a la esfera social de un país debido a que el sinalagma genético de las promesas que contiene y el sinalagma funcional de las prestaciones que se deben producir para dar cumplimiento a tales promesas están plurilocalizados, de modo que no permiten determinar, con razonable fundamento, su vinculación más estrecha con un lugar determinado, sino con varios concurrentemente. Señala que trata de contratos multinacionales no localizables desde una normativa general y que bien valen para ellos las autonomías material y conflictual. Y en definitiva, tales negocios, cuando no son interferidos por normas de policía o cláusulas de orden público estatales, generan un derecho que podríamos llamar, hasta cierto punto, "autónomo", *creado por los comerciantes no contra los derechos nacionales, ni por encima de ellos, sino dentro de ellos, en los límites que los sistemas de derecho internacional privado nacionales les dejan para crear, con razonable libertad, lo que se podría llamar un nuevo derecho especial del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales*<sup>(71)</sup>.

Así las cosas, se ha observado que en la jurisprudencia comparada no prevalece la elección del derecho vigente en el lugar en que se debe cumplir físicamente la prestación característica, sino que aparece privilegiado, muchas veces, *el domicilio del deudor que debe cumplir la prestación característica*. Se considera que el domicilio del deudor, punto de contacto cuya relevancia ya había advertido Savigny, y no el mero lugar de cumplimiento material, es más gravitatorio. Se ha observado asimismo, que a este resultado también se podía llegar, armonizando los criterios del artículo 1212 del Código Civil argentino, cuya última parte aludía al lugar del domicilio del deudor<sup>(72)</sup>, pudiendo construirse que también en nuestro país había adquirido predicamento en la jurisprudencia, como el criterio general de localización el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato<sup>(73)</sup>.

(70) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 194.

(71) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 194-195.

(72) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 193 y ss.

(73) CNCom., sala A, 1/4/2014, "Murex Argentina SA c. Abbott Laboratories y otros s/ ord."; CNCom., sala A, 1/4/2014, "International Murex Technologies Corporation c. Murex Argentina SA y otros s/ord."; CNCom., sala A, 18/9/2013, "Centro de Distribuzione Enrolatino SRL c. Banca Nazionale del Lavoro SA" s/ord." (ampliación de fundamentos); CNCom., sala A, 16/12/2013, "Scrugli, Carlos Antonio c. HSBC Bank Argentina s/ ord." (ampliación de fundamentos).

Esta fórmula tiene la ventaja de superar la compleja solución final de los arts. 1212-1213 que exigían coincidencias del domicilio del deudor con otras circunstancias, como el lugar de celebración, que si bien tenían raíces tradicionales (Savigny), se tornaban azarosas para terminar desembocando en el domicilio actual del deudor.

Adscripto a esta línea de ideas y dando cabida a la necesidad de contemplar la utilidad de estas reflexiones, el art 2652 del CCCN, concluye, identificando *el domicilio actual del deudor de la prestación más característica*, como tercera alternativa calificadora, en cascada, del concepto lugar de cumplimiento, al final de su segundo párrafo. Esta fórmula permite precisar el concepto, ante contratos plurilocalizados en sus prestaciones características, con una pluralidad de contactos territoriales que, al ser difíciles de jerarquizar, derivarían en diversas alternativas fraccionadoras que podrían conducir a un complejo (*dépeçage*) para determinar el derecho aplicable. Se pone así el foco en quién debe responder y en cuál es su centro permanente y actual de vida y de negocios, donde siempre deberá responsabilizarse de sus obligaciones y cumplir, y a cuya ley el deudor naturalmente debe considerarse sujeto (Savigny).

#### f) Los contratos entre ausentes

Ya se ha señalado *supra* que, en supuestos de contratos que fueren hechos entre ausentes por instrumento privado, firmados en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, en el Código Civil regía la norma de conflicto del artículo 1214, y allí se preveía que *sus efectos*, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, debían ser juzgados *respecto de cada una de las partes, por las leyes de su domicilio*.

Reiteramos que se trataba de casos con lugar de celebración indeterminado (art. 1214, CCiv.) y de lugar de cumplimiento tampoco determinable (arts. 1209, 1210, 1212 y 1213, CCiv.) y que se habilitaba allí como solución, un fraccionamiento del derecho aplicable (*dépeçage*), a través de un corte subjetivo (*petite coupure*), con un punto de conexión acumulativo igual, según el cual *para cada parte se aplicaba la ley domiciliaria*.

Si bien la norma contemplaba como ámbito material de esa solución sólo los efectos del contrato, había quienes entendían que esa solución era extensible también a la validez, con las consiguientes dificultades de aplicación efectiva, sin descartar el principio saneador de la cláusula *favor negotii* (art. 1181, CCiv.) o los criterios de localización que a veces persiguen una finalidad de justicia material como ocurría con el principio del *favor negotiorum patriae* previsto en el art. 14, inc. 4º, CCiv.

También apuntamos que los tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940, en sus respectivos arts. 40, prevén que rija la ley del lugar de su celebración, para los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse el lugar de cumplimiento, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores de los mismos Tratados.

No obstante, para los contratos entre ausentes que no tenían determinado el lugar de celebración, ambos Tratados consagraban, en sendos arts. 42, una regla especial según la cual debía considerarse que *la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada*.

Esta fórmula montevideana permite, en aquellos contratos que no tienen determinado el lugar de celebración, sortear la ausencia de ese lugar físico a través del establecimiento de una presunción legal acerca de cuál es el lugar de perfeccionamiento del cruce de propuestas entre las partes y que, por ende, cuál ha de ser reputado como lugar de celebración.

De este modo, el contrato entre ausentes, que no tiene determinado lugar de cumplimiento, queda colocado dentro de la hipótesis subsidiaria que precisamente indica, para tales casos, la aplicación de la ley del lugar de celebración.

Esta solución de los Tratados de Montevideo ha sido la adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial, en el tercer párrafo del art. 2652, cuando también dispone que *la perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada*.

Con ello se evita, por un lado, reeditar la solución fraccionadora y compleja a la que conducía el art. 1214 del CCiv. (el *dépeçage* y la *petite coupure*) y las dudas que generaba su ámbito de aplicación, que sólo preveía parcialmente los efectos del contrato y no su validez y naturaleza.

La presunción legal actual remite el caso para su encuadramiento a la norma de conflicto general, condicional, subsidiariamente prevista, para el caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento. Esto es, a la ley del lugar de celebración, que aparece precisada para el supuesto particular.

#### 10. La cláusula de excepción

El art. 2653 del CCCN introduce en nuestra legislación una excepcional cláusula escapatoria flexible que reedita, para los contratos en los cuales las partes no han ejercido la facultad de determinar el derecho

aplicable, el mismo principio general ya sentado entre las disposiciones generales del mismo Código, en el art. 2597.

Allí, también bajo el acápite: *Cláusula de excepción*, se establece que "excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente." También se prevé que "esa disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso".

Respecto de los contratos se reitera la misma facultad con carácter excepcional, pero toda vez que nos hallamos en el ámbito de los derechos disponibles para las partes se establece que el tribunal podrá proceder de este modo siempre, *ante previo pedido de parte y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato*.

Sin embargo, esa facultad se habilita al juez con una fórmula restrictiva y con una precisa orientación material, sólo ha de disponer *la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos y a pedido de parte*. Cabe reiterar, que esta norma sólo cabe en el ámbito del funcionamiento de las normas subsidiariamente aplicables, pero no está habilitada cuando las partes han elegido el derecho.

Ambas disposiciones, se reitera, consagran principios flexibilizados de *excepción*, con base en el *criterio de mayor proximidad* y, de ningún modo, conexiones o reglas de elección flexibles de carácter general; los jueces no pueden recurrir a esta facultad arbitraria o antojadizamente, guiados por criterios subjetivos de mayor justicia, sino, se reitera, con un criterio restrictivo.

El Código no indica los parámetros de mérito para valorar cuándo esa conexión estrecha puede ser usada, qué vínculos son relevantes, con base en qué circunstancias y cómo pueden ser valorados para concretar la excepción, con base en el principio de proximidad.

Sin embargo, su carácter excepcional indica que sólo podrá apelarse a esta aplicación, *de modo directo*, cuando el caso no fuere encuadrable en ninguna de las categorías del art. 2652 y cuando no pudiere determinarse el domicilio actual del deudor de la prestación más característica. Es decir, cuando se dan supuestos específicos y excepcionales, en los que las reglas de conflicto típicas legalmente previstas resultan manifiestamente inapropiadas, como expresión de conexidad con el contrato y se

vuelven incompatibles, en el caso concreto, con la *ratio* inspiradora del artículo.

En los demás casos, sólo puede ejercerse una *función correctora* de carácter excepcional bajo la directiva de atender a *todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato y al derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos*.

Se ha dicho que cabe valorar en esta línea de ideas si el contrato tiene relación muy estrecha con otro u otros contratos; debe atenderse a la naturaleza intrínseca del contrato y sus condiciones, su contenido y configuración; a la circunstancia de que los contratantes tengan sus establecimientos, su sede o domicilio en un mismo país, lo que permitiría encontrar los trazos de *una ley común* subsidiariamente aplicable<sup>(74)</sup>.

Las expectativas de las partes objetivamente determinables también pueden justificar la exclusión de un derecho que las partes no han podido prever; por otro lado, en contratos con prestaciones plurilocalizadas, que no permiten apreciar cuál es la más característica y ante domicilios de deudores también plurales y divergentes, puede ser útil precisar la prestación de mayor significación económica para determinar el elemento más destacado en el objeto del negocio, con el fin de apreciar la elección del país donde se ubica esa prestación como el más vinculado al caso, con un criterio de mayor proximidad.

Las cláusulas de elección de foro o las referencias materiales a un ordenamiento dentro del contrato, si no conducen a una manifestación de elección implícita cierta, no pueden justificar un apartamiento del derecho subsidiariamente previsto por el legislador, tampoco cabe, se reitera, una interpretación amplia y flexible de la cláusula escapatoria que debilite las conexiones legales.

La interpretación correcta limita la cláusula de excepción para los casos que no pueden ser encuadrados en las presunciones legales o en los que la sumisión a ellas conduce a resultados abiertamente incompatibles con el criterio de proximidad, pues va en ello comprometida la seguridad jurídica<sup>(75)</sup>.

(74) Véase que ya Story advertía, con cita de Bonllenois y Hercio, que también estaba dicho que los contratos hechos entre extranjeros en un país extranjero, deben construirse de acuerdo con la ley de su país, siempre que ambos pertenezcan al mismo país, en: STORY, JOSÉ, *Comentarios...*, cit., t. I, nro. 24, p. 388; nro. 279, p. 449.

(75) Véase la sentencia del STJCE del 6 de octubre de 2009 en el caso C-133/06, "ICF", en cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad* holandés, a propósito de la interpretación restrictiva del art. 4º, apartado 5º, del Convenio de Roma.

Este enfoque restrictivo del principio de proximidad se corresponde con la redacción consagrada en el art. 4.3 del Reglamento Europeo (CE) 593/2008 —Roma I— (y, también, con el criterio del art. 4.3 del Reglamento [CE] 864/2007 [Roma II])<sup>(76)</sup> y se ha dicho que establece un razonable equilibrio entre la exigencia de seguridad jurídica y la necesidad de hacer justicia en los casos individuales<sup>(77)</sup>.

La prudencia judicial debe ajustarse pues, a las pautas de interpretación restrictivas y específicas que emergen del texto legal.

### 11. Bases para una regulación en materia contractual en el ámbito del Mercosur. Conveniencia de un protocolo especial

Cabe ahora particularizar este panorama general dentro del marco del derecho de la integración, de estructura internacional, aun en el que actualmente se encuentra el Mercosur, en el cual no se han creado instituciones de rango supranacional en las que se hayan delegado facultades legisferantes —el Mercosur es una persona jurídica de derecho internacional según el art. 34 del Protocolo de Ouro Preto cuyas instituciones generan normas autorizadas convencionalmente dentro de los mecanismos previstos por el derecho de los tratados creado por la Convención de Viena<sup>(78)</sup>—.

Consideramos que los antecedentes doctrinarios y legislativos referidos en estas páginas nos permiten concluir en que la postura doctrinaria de mayor consenso en este tiempo, en materia de contratación internacional, se inclina ya en forma coincidente, por el pleno reconocimiento

(76) Con una fórmula más rigurosa que la contenida en el original art. 4.5 del Convenio de Roma de 1960, los Reglamentos Roma I y Roma II han recogido las críticas jurisprudenciales, que llevaron a la convicción de la necesidad de una interpretación restrictiva de esa norma que derechamente excluía el derecho aplicable determinado por la norma cuando resultase "del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país". Los nuevos Reglamentos se enrolan en la línea más restrictiva que sigue también el CCCN. Así, Roma I dispone en su art. 4.3. *Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.* Y Roma II dice en su art. 4.3. que "si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso en cuestión".

(77) Véase: DE MIGUEL ASENCIO, PEDRO A., *ob. cit.*, ps. 28 a 34.

(78) Véase: UZAL, MARÍA ELISA, *El Mercosur en el camino de la integración*, Depalma, Buenos Aires, ps. 94 y 147 y ss.; "Algunas reflexiones..."; *cit.*

de la vigencia, como principio basilár, de la autonomía de la voluntad, tanto conflictual como material<sup>(79)</sup>.

Estimamos que resultaría pertinente que los países parte del Mercosur recogiesen estas ideas fundamentales, de aplicación en materia contractual internacional, a través de un Protocolo especial para los contratos internacionales en el seno de la región que, siguiendo los lineamientos de la Convención de México y del Reglamento Europeo —especialmente en lo que ésta nos parece superior a la obra de CIDIP V—, contemplase ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad, tanto material como conflictual, reconociendo sus límites y realizase una unificación del DIPr. subsidiariamente aplicable, partiendo de una base rígida, mas admitiendo también una cláusula de excepción o escapatoria, para lograr soluciones más flexibles en casos excepcionales. La Argentina y otros países involucrados, a nivel de fuente interna, ya han recorrido con éxito ese camino.

Como rasgo peculiar, deberían contemplarse en este ámbito las normas del derecho de la integración que pudieren gestarse como derecho derivado del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto, bien que sin el rango de derecho comunitario de carácter supranacional.

Estas disposiciones muchas veces podrán exteriorizarse como normas de policía de fuente internacional, de estructura indirecta, que fijen pautas imperativas que prescriban la aplicación de un determinado derecho de los Estados parte para ciertos casos o que remitan a disposiciones de carácter internacional, que éstos se han obligado a acatar y que funcionarán como límite a la autonomía de la voluntad de las partes.

Cabe señalar sin embargo que, si se observa atentamente, se advierte que la estructura de esa normativa derivada muchas veces se plasma en normas de estructura directa, materiales, que por su contenido funcionan como normas imperativas, inderogables por ende, y de las que se desprende otro límite efectivo a la autonomía de la voluntad de las par-

(79) En Brasil, véase la postura favorable a la triple distinción entre normas imperativas, facultativas y supletorias, respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, en DE CASTRO, AMILCAR, *Derecho Internacional Privado*, p. 434. En Uruguay, un Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, fue nuevamente remitido a la Legislatura el 11 de septiembre de 2013, sobre la base del Proyecto anterior de 2004 que no obtuviera sanción, el cual, en su art. 48 recepta, positivamente, el principio de la autonomía de la voluntad. En Paraguay a partir de su Código Civil que reconoce la fuente en el derecho argentino apreciábamos posible la evolución coincidente en el sentido de nuestras propuestas y ello aparece concretado con la sanción en enero de 2015 de la ley 5393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales que consagra con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad.

tes, aunque en la mayoría de los casos se dirijan inmediatamente a los Estados parte.

Un instrumento como el Protocolo que propiciamos debería, en consecuencia, tener previsto y dejar establecido, en su caso, el rango prioritario de estas disposiciones inderogables, ya materiales, ya de policía o inderogables de fuente convencional o contenidas en actos de las instituciones del Mercosur, derivadas del Tratado de Asunción o Protocolo de Ouro Preto (Consejo, Grupo Mercado Común, Comisión de Comercio, etc.) que los Estados parte se han obligado a acatar, o en las disposiciones contenidas en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de esos actos. Ha de contemplarse incluso, con proyección de prospectiva hacia un futuro posible, el rango prioritario que adquirirían futuras normativas de carácter supranacional o comunitario.

Consideramos que un Protocolo especial de estas características serviría como elemento eficaz para el derecho de la integración en la materia y permitiría, ya desde otro ángulo, remediar, parcialmente al menos, el posible riesgo de formas de *forum shopping*, que podría generarse como resultado de la eventual aplicación del Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (vigente para la Argentina desde el 30/11/1996)<sup>(80)</sup> y como consecuencia del diferente tratamiento que pudiere dispensarse entre los Estados parte a los contratos internacionales.

Como principales pautas a considerar en un instrumento de esta naturaleza, sugerimos a la consideración del lector:

a) Pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad, tanto material como conflictual.

Convendría establecer que el contrato debe ser regido por la ley elegida por las partes, que la elección del derecho debe ser expresa o resultar de manera cierta del contrato o de sus circunstancias.

También admitir que la elección del derecho puede ser hecha o modificada en todo tiempo y si es posterior a la celebración del contrato, puede retrotraerse al momento de la conclusión, salvo que afecte la validez del contrato o derechos de terceros ajenos al contrato. En estos casos, la interpretación debería inclinarse hacia la idea de que en supuestos de pacto posterior para resolver cuestiones sustanciales suscitadas en el lapso anterior, habría que sujetarse a las normas de DIPr. subsidiariamente aplicables.

(80) Véase: UZAL, MARÍA ELSA, *El Mercosur en el camino de la integración*, cit., ps. 94, 147 y ss.

También debe aceptarse la posibilidad de que más de un derecho se aplique al mismo contrato ya en *petite coupure*, ya en *grande coupure*.

b) Reconocimiento de los límites que se imponen a esa autonomía:

\* la eventual prioridad de un derecho comunitario;

\* los principios de orden público de la *lex fori*;

\* las normas de policía o materiales inderogables internacionales, que se gesten en el derecho derivado creado por las instituciones del Mercosur (decisiones del Consejo Mercado Común, resoluciones del GMC, directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, etc.) ya sean de aplicación inmediata o necesitadas de aprobación de los parlamentos nacionales, según el caso:

\* las normas de policía de la *lex fori*;

\* las normas de policía y coactivas del derecho elegido;

\* las normas de policía de terceros Estados que guarden con el caso una relación económica preponderante;

\* las coactivas del derecho elegido podrían ser desplazadas por medio del ejercicio de la autonomía de la voluntad en sentido material que introdujese en el contrato normas concretas de sentido contrario;

\* en ejercicio de la autonomía material las partes también podrían modificar o desplazar las normas de policía del derecho elegido, siempre que no guardase con el caso una relación económica preponderante.

c) En defecto del derecho elegido estimamos más afín a nuestros países la elección de un punto de conexión más o menos bien determinado, que bien podría ser el lugar de cumplimiento, entendido a través de una calificación (definición) por defecto, como el domicilio (o residencia habitual), o como domicilio legal inscripto o el establecimiento principal de los negocios del deudor de la prestación más característica del contrato.

d) No obstante, debería el legislador admitir una cláusula escapatória que, a través de una elección flexible, autorizase, siempre en defecto del ejercicio de la autonomía conflictual, la aplicación del derecho de otro Estado si ese derecho presenta lazos más estrechos con el contrato, a criterio del juzgador (principio de proximidad).

e) Los Principios sobre los contratos internacionales de Uncitral, así como los usos y prácticas del comercio internacional generalmente aceptadas, deberían admitirse para integrar la autonomía de la voluntad de las partes en sentido material, cuando éstas se refieren a ellos (*siste-*

ma de referencia) y también podrían ser reconocidos como medio válido de integrar las lagunas, como parte integrante de la llamada *lex mercatoria*, siempre dentro del marco inexcusable de los límites que hemos marcado.

Consideramos que estas pautas, delineadas convenientemente a través de un instrumento elaborado en el marco del derecho de la integración regional, coadyuvarían a la deseable y necesaria seguridad y previsibilidad en la determinación de las reglas de juego que deben priorizarse en las relaciones de comercio internacional entre los Estados parte del Mercosur, generando mayor confianza en el tráfico de la región<sup>(81)</sup>.

## CAPÍTULO VI

### LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

#### I. ¿QUIÉNES SON LOS CONSUMIDORES? CARACTERIZACIÓN DEL CONSUMIDOR

##### 1. El marco de situación

La evolución económica de nuestros días, en su creciente complejidad, ha generado fenómenos de diversa índole. Sin adentrarnos en un análisis de esas manifestaciones, sólo a modo de referencia, cabe señalar como elementos de la realidad a que nos referimos: la creciente "racionalización" y la "automatización de la producción", ambas orientadas a lograr el máximo de productividad con el mayor ahorro de gastos. Se ha dicho que "aunque desde un principio, la economía implica racionalización dirigida a satisfacer las necesidades humanas, no puede desconocerse que sólo por la moderna técnica, por la mecanización y la industrialización, en oposición a determinadas formas de fabricación antiguas y tradicionales, se ha llegado a una ideología dirigida, en su forma más extrema, a equiparar producción y productor y a considerar a éste un medio de aquélla, en esta circunstancia radica el fenómeno principal de la llamada 'racionalización': en 'el abandonar el aspecto espiritual de los fenómenos de empresa'"<sup>(1)</sup>.

La industrialización trajo consigo la empresa, luego, la concentración de empresas y el juego de relaciones de uno u otro signo entre diferentes grupos de poder económico-financiero que ponen en jaque la libertad de competencia, con directa incidencia sobre la libertad y las formas de la contratación moderna.

Como fenómenos de los tiempos recientes, el intervencionismo estatal, sucedido luego por la eclosión del neoliberalismo, con diferentes

(81) Véase también sobre el tema: WEINBERG DE ROCA, INÉS, "Los contratos internacionales y los tratados" (ED, 175-658); RAMOS, DANTE MARCELO, "Efectos directos para los particulares de las directivas del derecho comunitario europeo: ¿Un ejemplo aplicable al Mercosur?" (ED, 178-767).

(1) SANTOS BRIZ, JAIME, *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Montecorvo, Madrid, 1966, p. 29; UZAL, MARÍA ELSA, "La protección al consumidor en el derecho internacional privado", REDCO, nros. 139/141, enero-junio de 1991, ps. 239 y ss.

*situación del bien al tiempo de la creación del título, el reconocimiento de esa facultad se verá cercenado si el bien se traslada a un país cuyo derecho veda esas facultades creadoras (lex situs actual).*

Inversamente, si el contrato hubiera previsto una cláusula contractual sin connotaciones de derecho real al momento de celebración del contrato, que pudiera adquirir esos efectos a la luz de la nueva *lex situs*, no puede atribuirse ese alcance a la misma relación contractual, bajo la nueva ley, si expresamente no se conviene así.

Una interpretación del derecho aplicable ajustada a la *lex rei sitae* actual atiende razonablemente al respeto de los principios materiales del derecho de garantías.

La aplicación de la nueva *lex rei sitae* tras el desplazamiento del bien debería regir a efectos de la garantía frente a terceros subadquirentes o acreedores del comprador, en el entendimiento de que se trata de cuestiones que afectan a la seguridad del tráfico del país de la nueva situación del bien.

Debe reconocerse la aplicación de las normas de policía de la *lex rei sitae*, ya de la *lex fori*, ya como derecho de un Estado con una vinculación económica preponderante con el caso, que no puede obviarse de ninguna manera y cuyo respeto se impone más allá de la voluntad de las partes y como límite a ella, a través de las normas sobre seguridad de tráfico.

## CAPÍTULO X

### SOCIEDADES MULTINACIONALES

#### I. SOCIEDADES MULTINACIONALES O TRANSNACIONALES<sup>(1)</sup>

Como primera precisión terminológica hemos de señalar que cuando nos referimos en este trabajo a sociedades multinacionales, transnacionales<sup>(2)</sup> o internacionales, lo hacemos con un propósito de delimitación, abarcando a entidades de esta naturaleza que operan dentro del ámbito del derecho privado y que tienen establecimientos o proyectan su actividad sobre el territorio de más de un Estado nacional.

Resultan alcanzadas así: sociedades constituidas en el ámbito del derecho privado, sociedades de economía mixta e incluso entes estatizados, en los que se advierte una multilocalización de actividades que ponen en relación —cuando no, en conflicto— los sistemas jurídicos del Estado de origen y de aquellos Estados nacionales donde la sociedad localiza su funcionamiento, Estados que, generalmente, requieren la sumisión a su legislación.

Una de las primeras consideraciones que acompañan el tratamiento de este tema se refiere a que la existencia de estas sociedades contribuye a la expansión de la economía del Estado de origen más allá de sus fronteras y a la influencia política y económica de este Estado, al punto de tildárselas muchas veces, de ser instrumentos de "la política imperialista de ese Estado". Lo cierto es que ese valor instrumental va a ser apreciado muchas veces por el Estado de origen para procurar aplicar su ley —autoeligiendo su propio sistema— a todos los supuestos societarios que le puedan reportar resultados ventajosos desde los puntos de vista señalados.

(1) Véase nuestro trabajo: UZAL, MARÍA ELSA, "Sociedades multinacionales en el Derecho Internacional Privado argentino (a propósito del art. 124 de la LS)", ED, 210-1133.

(2) Véase sobre la terminología: RIGAUX, FRANÇOIS, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale", *Recueil des Cours*, p. 335.

Se ha dicho sin embargo que cabe interrogarse sobre si es la importancia económica de ese Estado de origen la que sirve de soporte a la expansión de las sociedades que están establecidas dentro de su territorio o si, por el contrario, lo que ocurre es que la expansión de la economía de un Estado económicamente pujante tiene necesidad de sociedades multinacionales para exportar esa pujanza económica al exterior<sup>(3)</sup>.

De cualquier manera que sea, las sociedades que multinacionalizan su actividad lo hacen, ya mediante actuaciones aisladas u ocasionales; ya estableciéndose en el territorio de otro Estado para realizar actividades con cierta habitualidad o permanencia, actuando a través de agencias, representaciones o sucursales; ya participando en otras entidades jurídicas nacionales existentes en el Estado al que ingresan, constituyendo expresamente nuevas sociedades nacionales filiales o participando en sociedades ya creadas en el territorio de los Estados nacionales en los que desean actuar (control interno).

Estos dos últimos supuestos pueden dar lugar al funcionamiento transnacional de grupos de sociedades vinculadas entre sí a través de relaciones de control o de diversas figuras de integración mediante las cuales, una o varias entidades dominantes, de diferentes maneras, pueden ejercer una influencia significativa o con "especiales vínculos" en la actividad de las otras sociedades integrantes del grupo (control externo) —véase *infra* apartado XV: *Grupos societarios*—.

El grupo transnacional de sociedades está compuesto por personas jurídicas diversas, sometidas al derecho de Estados nacionales de los cuales extraen el reconocimiento de su personalidad, se ha dicho que constituyen, sin embargo, en su conjunto, la sociedad transnacional. El concepto de transnacionalidad adquiere así toda su significación, desde que se lo utiliza para englobar sistemas societarios autónomos que se insertan, por lo general, en una planificación común o global, con una centralización en la toma de decisiones, de manera que la llamada sociedad transnacional viene a estar compuesta por una red de entidades distintas, cada una de las cuales se halla regida por su propio derecho estatal, lo cual puede dar lugar a conflictos de leyes entre distintos sistemas jurídicos nacionales, concurrentemente aplicables a diversas sociedades del grupo<sup>(4)</sup>.

Esos conflictos se suscitan, fundamentalmente, ante la voluntad de los Estados nacionales en los cuales actúan estas sociedades de ejercer

control sobre sus actividades; ello puede provocar conflictos, por ejemplo, desde el punto de vista fiscal, desde el ángulo del derecho a la libre competencia, por la pretensión de imputar a la sociedad dominante actos realizados por sus dependientes o filiales, etc. Todo ello conlleva, casi necesariamente, al reclamo de una mayor transparencia en el desarrollo de la actividad económica del grupo.

En nuestros días, *los tratados internacionales de protección de inversiones son la moderna manifestación de la idea clásica de protección diplomática, negociada entre Estados de origen y Estados de reconocimiento respecto de la actuación de las sociedades multinacionales en sus respectivos territorios.*

Es de destacar que esta voluntad de control no sólo proviene de los Estados que reciben la actuación de las empresas transnacionales dominadas desde el exterior, sino que también es ejercido por los Estados de origen de las entidades dominantes, que estiman necesario controlar las actividades que ejercen en el extranjero las sociedades establecidas en su territorio. Es así, que en demanda de una fiscalización global del grupo multinacional, se ha requerido de "transparencia" fiscal a través de la realización, por ejemplo, de balances consolidados del grupo según los principios y reglamentos fiscales del Estado de origen. Los Estados nacionales, de uno u otro lado, suelen exhibir una tendencia a sospechar de la sinceridad de las operaciones efectuadas por las integrantes del grupo que se encuentran en su territorio.

Esa actitud se exterioriza en legislaciones restrictivas con respecto a las inversiones extranjeras, en la tendencia a asimilar a sociedades extranjeras con las sociedades establecidas bajo la forma de una sociedad nacional pero dependiente de —o controlada por— un grupo multinacional o a exigir a sociedades extranjeras que actúan en el país con determinados vínculos con su territorio (*genuine links*), su adecuación al derecho local<sup>(5)</sup>.

Es fácil concluir en que el régimen jurídico actual de las multinacionales, que conduce a la aplicación simultánea a sus actividades de los derechos nacionales de uno o de los Estados de origen y de uno o de los Estados nacionales en los cuales actúan, no satisface a los Estados interesados, ni tampoco a las sociedades multinacionales.

(3) KOPELMANAS, LAZARE, "L'application du droit national aux sociétés multinationales", *Recueil des Cours*, 1976-II-314.

(4) RIGAUX, FRANÇOIS, "Les situations...", cit., ps. 339 y ss.

(5) Véase FLORENTINO, FELICIANO, "Legal problems of private international business enterprises: an introduction to the international law of private business association and economic development", *Recueil des Cours*, 1966-II-287, a propósito del caso "Nottebohm", de la Corte Internacional de Justicia, 1955, ICJ Reports, 4.

Es de destacar que son pocos los instrumentos convencionalmente acordados a nivel internacional, que reglamentan la actividad de las sociedades o grupos multinacionales entre los países parte del tratado o convención de que se trate o dentro de un espacio común —por ej., la sociedad europea o integrado; piénsese en una posible regulación societaria intra Mercosur, por ejemplo—.

Por otro lado se observa la ausencia de transparencia en la actividad de estos grupos, cuya actuación provoca fuerte desconfianza en los países en vías de desarrollo. Sólo con un mejor conocimiento del real funcionamiento de la sociedad multinacional o del grupo transnacional podría superarse esa generalizada actitud y es, en esos aspectos, donde deberá concentrarse la acción de los Estados para superar esas dificultades. Bien podría procurarse cooperación a estos fines, a través de la actuación coordinada de los órganos administrativos o judiciales a quienes se les atribuye facultades superintendenciales en este ramo, en los distintos Estados nacionales.

No puede desconocerse sin embargo, que un factor coadyuvante en la falta de una adecuada regulación de la actuación de las sociedades multinacionales, tanto a nivel convencional o internacional como a nivel de derecho internacional privado de fuente interna, es la ausencia de una política económica clara y de una planificación lo suficientemente precisa de parte de los Estados nacionales, como para permitir que la acción de las sociedades y grupos multinacionales que ejerzan su actividad dentro de los respectivos territorios, ajusten su intervención en la vida económica a líneas de conducta claramente establecidas <sup>(6)</sup>.

Sin duda, sería deseable lograr un régimen internacional uniforme que rigiese integralmente los derechos y las obligaciones de las sociedades multinacionales, mas esto resulta difícil, pues los Estados nacionales se niegan a renunciar a sus derechos de control sobre las actividades de estos entes que despliegan su actividad en campos financieros, industriales y comerciales, con una significación en la vida política y económica que muchas veces suele resultar muy considerable, convirtiéndose en factores de poder.

Es evidente que la posibilidad de un control de funcionamiento efectivo de la sociedad multinacional se halla vinculada a la disposición de información de parte de los Estados interesados sobre la actividad global de estos grupos, a fin de prevenir conductas distorsivas, en las distintas áreas de influencia, resultando difícil obtener tales informaciones, sólo desde una perspectiva nacional.

(6) Véase: KOPELMANAS, LAZARE, "L'application...", cit., ps. 327 y 328.

En la línea de ideas de buscar soluciones que permitan tornar efectivos esos controles estatales que se advierten tan difíciles de ejercer, se ha procurado también operar la armonización de prácticas de derecho material, desde la perspectiva del derecho internacional —convenciones— y desde la órbita del derecho interno, dentro de los distintos Estados nacionales, de manera que los respectivos sistemas incorporen, por ejemplo, códigos de conducta o "principios de buen gobierno corporativo", tendientes a garantizar sistemas de mayor transparencia.

Esto se ha evidenciado en el ámbito de la oferta pública de acciones, en el establecimiento de reglas de auditoría externa, en la creación de comités de auditoría, en la regulación de los regímenes de participaciones y la prevención de conductas contrarias a la transparencia en el ámbito de la oferta pública, etc. <sup>(7)</sup>. Una regulación coincidente de esta índole permitiría conducir a una armonía internacional de las soluciones, a un "mínimo conflicto", a partir de una común solución extraída de los derechos privados internos, a nivel nacional. Dicha armonía se logra desde el momento en que los distintos Estados nacionales regulan de la misma manera o brindan la misma solución a los mismos problemas. Así, cualquiera sea el derecho nacional aplicable a las sociedades integrantes del grupo, se arribará a una y la misma solución.

En la doctrina y la práctica, se ha advertido como modo de sortear las dificultades y desconfianzas derivadas de la concurrencia de sistemas jurídicos llamados a ser aplicables a las sociedades multinacionales, la sustitución progresiva de las figuras societarias por la llamada "solución contractual" (*joint ventures*, asistencias técnicas, contratos de cooperación industrial, de comercialización, de ingeniería de construcción y de producción, etc.), como otra forma posible de canalizar la inversiones, los proyectos industriales y comerciales <sup>(8)</sup>.

## II. PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

### 1. El derecho comparado en rápido esborzo

No cabe sino una mera referencia tangencial a la *teoría de la ficción de las personas jurídicas*, que negaba a las sociedades una existencia le-

(7) En este sentido puede verse la Séptima Directiva del Consejo de la CCE, del 4 de mayo de 1976, y los lineamientos de los *Principles of Corporate Governance* del *American Law Institute*, que inspiraron diversas regulaciones de regímenes de transparencia en distintos países y que en la Argentina dieron origen al decreto 677/2001.

(8) KOPELMANAS, LAZARE, "L'application...", cit., ps. 332 y ss.

gal fuera del Estado en que habían sido organizadas (Savigny, Laurent, von Ihering)<sup>(9)</sup>.

En parecida línea, están las teorías del llamado "sistema de patrimonio de afectación", en el que los bienes sociales se consideraban sustraídos de la acción de los acreedores personales de los socios por hallarse afectados a los fines de la sociedad, constituyendo una masa autónoma por ese hecho material; o la idea de una copropiedad en mano común sometida a un régimen de administración unitaria<sup>(10)</sup>.

Hoy esas posturas pueden considerarse superadas, pese a lo controvertida que fuera la cuestión, resultando condición del tratamiento del tema que nos ocupa, el reconocimiento de existencia internacional a la sociedad constituida en el extranjero. Esto importa la adhesión a la *teoría de la realidad de la persona jurídica* (Gierke), que parte de la idea de que las sociedades no son ficciones sino entidades reales, nacidas y creadas en el mecanismo de la vida económica y jurídica, que su existencia es independiente de la ley y escapan, por lo tanto, al argumento que supedita esa existencia a la ley que las reconoce<sup>(11)</sup>.

El derecho comparado muestra sistemas diferentes a la hora de regular el lugar de adquisición de la personalidad jurídica, a este respecto:

a) el *sistema del otorgamiento o privilegio legal*, según el cual es necesario una ley especial para que la sociedad se pueda constituir;

b) el *sistema de la concesión o privilegio administrativo*, en el que la forma legal es reemplazada por un decreto administrativo;

c) el *sistema de la reglamentación legal*, en el que toda forma de autorización gubernamental es suprimida y en el que hay reglas legales generales para la fundación y constitución de las sociedades, cuya observancia es suficiente para que la sociedad sea válidamente constituida;

d) el *criterio del centro de explotación o sede efectiva*, criterio flexible observado en el derecho continental (Francia, por ejemplo), considerado inseguro, especialmente si la explotación industrial se realiza en varios países a la vez, por lo que en varios países se lo hace coincidir con el registro;

(9) SIBURU, JUAN B., *Código de Comercio*, t. IV, nro. 1073.

(10) TRAVERS, M., "La nationalité des sociétés commerciales", *Recueil des Cours*, 1930-III-16.

(11) Véase: SIBURU, JUAN B., *Código...*, cit., ps. 1074, 1075 y 1084.

e) el *criterio del domicilio*, que plantea dificultades también cuando la sociedad tiene su directorio y asamblea de socios en un Estado y su principal establecimiento comercial en otro;

f) también se han enunciado como criterios la nacionalidad de los socios y el lugar de donde provienen los fondos que constituyen el capital de la sociedad —*criterio del control*— (véase el art. 286, CCom., luego de la reforma de 1897 y las críticas de Bernard Audit<sup>(12)</sup>).

g) En el derecho anglosajón aparece el *criterio de la primera incorporación*, se dice que una sociedad se domicilia en el lugar donde es "incorporada" y que ley personal de una sociedad no depende del lugar en el cual se halla el centro de administración de sus negocios sino del lugar en que es registrada o incorporada a un registro por primera vez, suerte de domicilio de origen o de nacimiento, que permanece invariable y no puede ser cambiado<sup>(13)</sup>.

h) En nuestro derecho se ha adoptado como localizador el *criterio de la ley del lugar de constitución*, entendiéndose por tal, conforme a nuestra *lex fori*, el *derecho del lugar de registro* (arts. 118 y 7º, LGS).

Estimamos innecesario detenernos aquí sobre la cuestión relativa a la *nacionalidad de las sociedades*, hemos de decir solamente, con las palabras de Niemeyer, que esa expresión remite a "la legislación que debe ser aplicada al conjunto de ciertas cuestiones fundamentales concernientes a la existencia, organización y administración de la sociedad"<sup>(14)</sup>.

## 2. El DIPr. de fuente convencional o internacional

### a) *Tratados de Montevideo de 1889 y 1940*

El principio de la existencia internacional de las sociedades constituidas en el extranjero aparece ya en el art. 5º del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 (vigente entre la Argentina, Bolivia, Perú y Colombia) y en el art. 8º del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 (vigente entre la Argentina, Paraguay y Uruguay), que rigen las sociedades mercantiles por las leyes del Estado de su domicilio comercial, disponiendo que serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio.

(12) Véase: AUDIT, BERNARD, *Droit International Privé*, cit., nro. 1079.

(13) Véase: BOGGLIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 11 y ss.

(14) Véase: NIEMEYER, T., "Les Sociétés de Commerce", *Recueil des Cours*, 1924-III-17, 18 y 33.

Más para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su constitución, se dispone la sujeción a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cual intentan realizarlos.

La fórmula del *Tratado de 1889* plasma estas soluciones, previendo que el contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial (art. 4º); así como que las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se regirán por las leyes del país de su domicilio y serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados parte, reconociéndoseles hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales, esto es, para estar en juicio.

Alguna doctrina hace hincapié en la distinción entre *el contrato de sociedad* que ven previsto en el art. 4º y que identifican con una etapa contractual o presocietaria y la *sociedad, persona jurídica*, que ven contemplada en el art. 5º. Entendemos que se trata de dos planos de una misma realidad que cabé ver funcionar, incluso, simultáneamente, aunque en algún caso pudiese disociarse. Uno es el plano intrasocietario, que se rige por las reglas propias del contrato y el otro es el plano que hace al juego propio del reconocimiento del carácter de persona jurídica con todas sus relaciones e implicancias propias<sup>(15)</sup>.

Sin embargo, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto propio de su institución, se dispone que deberán sujetarse a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos (art. 5º).

También se establece que las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen (art. 6º).

De modo congruente con las disposiciones de fondo se dispone, en punto a la jurisdicción, que los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios o que inicien los 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 (art. 7º).

(15) Véase: GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, nro. 217.a.

El *Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de 1940* exhibe una regulación más completa, si bien sobre lineamientos generales semejantes, en el título II: "De las sociedades".

Dispone en cuanto a la forma y la publicidad, que la *ley del domicilio comercial* 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* y las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado (art. 6º).

En cuanto al derecho del fondo, el contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios; entre éstos y la sociedad y entre la misma y terceros, se rigen por la *ley del Estado en donde la sociedad tiene domicilio comercial* (art. 7º).

Las sociedades mercantiles se regirán por las *leyes del Estado de su domicilio comercial*, serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio. Más, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas *por las leyes del Estado en el cual intentan realizarlos*. Los representantes de dichas sociedades contraen para con terceros las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales (art. 8º).

Se incluyen en este Tratado algunas cuestiones no contempladas en el Tratado de 1889, por ejemplo, que las sociedades o corporaciones 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. 9º).

Asimismo, que las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales se rigen por la ley del Estado en donde esas emisiones o negociaciones se llevan a efecto (art. 10).

De modo semejante al tratado de 1889, se contemplan sin embargo, las reglas de jurisdicción, esto es, que los jueces del Estado en donde la sociedad tiene su domicilio son competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales, o que inicien los terceros contra la sociedad, pero que sin embargo, si una sociedad, domiciliada en un Estado, realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del segundo (art. 11).

**b) Convención de La Haya sobre el Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras de 1956**

La Convención de La Haya sobre el Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras, del 1 de junio de 1956, aprobada en la Argentina por ley 24.409, promulgada el 20/12/1994 (aún no se depositó el instrumento de adhesión, fue ratificada por Bélgica, Francia y Holanda, aún no ha entrado en vigor).

Establece en su art. 1º que la personería jurídica adquirida por una sociedad, asociación o fundación en virtud de la legislación del Estado contratante, en el que han sido cumplidas las formalidades del registro o de publicidad y en el que se encuentra su sede estatutaria, será reconocida de pleno derecho en los otros países contratantes siempre que implique, además de la *capacidad para promover acción judicial, por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos*. Aunque no se habla de lugar de constitución ni de incorporación, la expresión tiene un alcance semejante y es de señalar que la "sede estatutaria" no tiene que coincidir necesariamente con la sede real.

Sostiene sin embargo también, que la personería jurídica adquirida sin las formalidades de registro o de publicidad será reconocida de pleno derecho, si la sociedad, la asociación o la fundación, hubiera sido constituida de conformidad con la legislación que la rige. Esto implica que si el derecho del domicilio estatutario no exigiese registración o publicidad alguna o si el defecto de publicidad no tuviese consecuencias, la personalidad jurídica será reconocida de todos modos.

El art. 2º, sin embargo, reserva al Estado contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, la facultad de no reconocer la sociedad constituida en otro Estado, si considera que esa sede se encuentra en su territorio, o si ambos Estados considerasen que la sociedad tiene sede real en su territorio, calificándose de manera autónoma en el mismo artículo el concepto de sede real, como lugar donde se haya establecido la administración central.

Se ha observado que esta norma cubre el supuesto de *cambio de estatutos* de la sociedad y de movilidad de las sociedades de un estado a otro con varias posibilidades:

a) La personería jurídica adquirida, conforme a las disposiciones del artículo 1º, podrá no ser reconocida en otro Estado contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, si esa sede es considerada como encontrándose en su territorio.

b) La personería podrá no ser reconocida en otro Estado contratante cuya legislación tome en consideración la sede real, si esa sede es considerada allí como encontrándose en un Estado cuya legislación la toma igualmente en consideración.

c) La sociedad, la asociación o la fundación será considerada como teniendo su sede real en el lugar en que haya establecido su administración central.

d) Las disposiciones de los apartados 1º y 2º no serán aplicables si la sociedad, la asociación o la fundación traslada, dentro de un plazo razonable, su sede real a un Estado que concede la personería sin tener en cuenta a esa sede.

e) La continuidad de la personería será reconocida en todos los Estados contratantes, en caso de traslado de la sede estatutaria de uno a otro Estado contratante, si esa personería es reconocida en ambos Estados interesados.

f) Las disposiciones de los apartados 1º y 2º del artículo 2º no serán aplicables si la sociedad, la asociación o la fundación traslada su sede estatutaria al Estado de sede real dentro de un plazo razonable.

La Convención también contempla, en su art. 4º, el caso especial de la *fusión entre sociedades, asociaciones o fundaciones*.

Si se trata de entidades fusionadas que hayan adquirido la personería en el mismo Estado contratante, la fusión que se produce en ese Estado, será reconocida en los otros Estados contratantes. Sin embargo, también contempla que si la fusión de una sociedad, una asociación o una fundación que haya obtenido la personería en uno de los Estados contratantes, se produce con una sociedad, una asociación o una fundación que haya obtenido la personería en otro Estado contratante, será reconocida en todos los Estados contratantes en caso de que ésta sea reconocida en los todos Estados interesados.

Se consagra aquí un exigente y saludable *punto de conexión acumulativo igual* para asegurar la validez del acto, que procura impedir fusiones claudicantes.

El reconocimiento de la personería jurídica implica el reconocimiento de la capacidad que le atribuye la ley en virtud de la cual aquélla ha sido adquirida, aunque le podrán ser denegados los derechos que la ley del Estado de reconocimiento no concede a las sociedades de tipo equivalente. El Estado de reconocimiento también puede reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio, aunque la personería implicará en todos los casos capacidad para la acción judicial

en calidad de demandante o de demandado, de conformidad con la legislación del territorio (art. 5°).

Las sociedades, las asociaciones y las fundaciones *a las que la ley que las rige no concede la personería* tendrán, en el territorio de los otros Estados contratantes, la situación jurídica que les reconoce esta ley, especialmente en lo que se refiere a la capacidad para promover acción judicial y la relación con los acreedores. Éstas no podrán pretender tener un tratamiento jurídico más favorable en los otros Estados contratantes, aun cuando reúnan todas las condiciones que garantizan en esos Estados el beneficio de la personería. Sin embargo, les podrán ser denegados los derechos que la legislación de esos Estados no concede a las sociedades, a las asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente.

Estos Estados podrán también reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio.

La aprobación para el *establecimiento, el funcionamiento y en general del ejercicio permanente de la actividad social* se registrará en el territorio del Estado de reconocimiento *por la ley de ese Estado*.

El art. 8° de la Convención, finalmente, contiene la cláusula especial de orden público habitual en este tipo de convenciones. Dispone que en cada uno de los Estados contratantes, la aplicación de las disposiciones de la Convención podrá ser rechazada por motivos de orden público.

### c) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979)

La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979), aprobada por ley 22.921 (EDLA, 1983-409), publicada el 27/9/1983, se aplica a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados partes (art. 1°) y está vigente entre la Argentina, Brasil, Guatemala, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela es comprensiva, por ende, de los cuatro Estados del Mercosur<sup>(16)</sup>.

(16)

PAÍSES SIGNATARIOS	FECHA	REF RA/AC/AD	REF DEPÓSITO	INST.	INFORMA REF
Argentina	12/1/1983	11/07/83	12/01/83	RA	//
Bolivia	8/2/1983	//	//	//	
Brasil	5/8/1979	08/31/95	11/27/95	RA	//
Chile	5/8/1979	//	//	//	

El mensaje que recomendó la ratificación de la Convención Interamericana en nuestro país señaló que la misma se basa en los mismos postulados de nuestro derecho interno ya recogidos en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y que sienta los principios básicos del reconocimiento por la norma interna del principio *locus regit actum*.

Conforme al art. 2° de este instrumento, la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de sociedades mercantiles se rigen por la *ley del lugar de constitución*, entendiéndose por tal, el Estado donde se cumplen los requisitos de forma y de fondo para la creación de esas sociedades (calificación autónoma).

También se dispone que las sociedades debidamente constituidas en un Estado han de ser reconocidas de pleno derecho en los demás Estados, lo que no excluye la facultad de cada Estado para exigir la comprobación de la existencia de la sociedad, conforme a la ley del lugar de su constitución.

Se establece sin embargo que, 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 él (art. 3°) y, también, que para el ejercicio directo o

PAÍSES SIGNATARIOS	FECHA	REF RA/AC/AD	REF DEPÓSITO	INST.	INFORMA REF
Colombia	5/8/1979	//	//	//	
Costa Rica	5/8/1979	//	//	//	
Ecuador	5/8/1979	//	//	//	
El Salvador	8/11/1980	//	//	//	
Guatemala	5/8/1979	6/06/83 R a	11/07/84	RA	//
Haití	5/8/1979	//	//	//	
Honduras	5/8/1979	//	//	//	
México	8/3/1982	01/21/83	03/09/83	RA	//
Panamá	5/8/1979	//	//	//	
Paraguay	5/8/1979	07/05/85	08/16/85	RA	//
Perú	5/8/1979	04/09/80	05/15/80	RA	//
República Dominicana	5/8/1979		//	//	//
Uruguay	5/8/1979 D	02/12/80 D b	05/15/80	RA	//
Venezuela	5/8/1979	03/29/85	05/16/85	RA	//

REF = REFERENCIA

O = OECLARACIÓN

R = RESERVA

INFORMA = INFORMACIÓN REQUERIDA POR

EL TRATADO

INST. = TIPO DE INSTRUMENTO

RA = RATIFICACIÓN

AC = ACEPTACIÓN

AD = ADHESIÓN

indirecto de los actos comprendidos en el objeto social estas sociedades quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren y sujetas a los órganos jurisdiccionales de ese Estado y que la misma ley se aplicará al control de una sociedad mercantil que ejerce el comercio en otro Estado (arts. 4º y 6º) —adviértase que se hallan captadas situaciones de obrar indirecto, mediante relaciones de control—.

La convención contempla, finalmente, que las sociedades constituidas en un Estado y que pretendan establecer la sede efectiva de su administración en otro, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos de la legislación de este último (art. 5º).

### III. EL DERECHO APLICABLE A LA PERSONALIDAD EN NUESTRO DIPr. DE FUENTE INTERNA. DIFERENTES ASPECTOS DEL PROBLEMA

#### 1. El art. 118 de la LGS. Ámbito material de aplicación. Derecho elegido

En nuestro DIPr. de fuente interna, la Ley General de Sociedades (LGS) en sus arts. 118 a 124, regula la actuación en el país de las sociedades constituidas en el extranjero.

En cuanto a la constitución de las sociedades comerciales, esto es, para determinar la ley personal de las sociedades comerciales, nuestra LGS efectúa una doble elección:

— por un lado, la *ley del lugar de constitución* (art. 118, párr. 1º) como regla general y elección neutral clásica;

— por otro lado, la *ley de la sede o principal objeto de explotación sólo cuando éstos se encuentran en la República Argentina* (art. 124, ley 19.550), o sea que se elige, unilateralmente, la ley del propio Estado como norma de excepción, internacionalmente imperativa o de policía, con aptitud para desplazar a la norma de conflicto general y neutral, cuando se detectan estos contactos con el territorio argentino, considerados decisivos por nuestro legislador.

La *ley del lugar de constitución* es prevista como punto de conexión por el art. 118, párr. 1º.

En esta norma de conflicto se reconoce la personalidad jurídica de las sociedades constituidas en el extranjero, sometiéndolas en cuanto a su *existencia y forma a la ley del lugar de constitución*.

Esta elección debe ser calificada —o definida— como todo punto de conexión, por la *lex fori*, la que conduce a identificar este concepto con la

*ley del lugar de registro* (art. 7º, LGS) y contiene un reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la ley que habrá de regir su contrato social.

Sin embargo, *habrá que ir luego al país del lugar de registro* para encontrar allí el derecho aplicable y las formalidades y contenidos que ese derecho exige para que la sociedad se considere regularmente constituida. Ese derecho, pues, habrá de ser el que reglamente qué se entiende por "constitución"<sup>(17)</sup>.

En cuanto al ámbito material de la norma, algunas dudas se han suscitado. Se ha observado que toda vez que la norma se refiere únicamente a la *existencia y forma* podría entenderse no comprendida la validez sustancial del instrumento constitutivo o la capacidad, en particular, surgían los interrogantes porque el art. 114 del Proyecto de la ley 19.550, mencionaba expresamente la capacidad como cuestión sometida a la ley del lugar de constitución y luego fue suprimida la mención.

Boggiano ha abordado con profundidad la cuestión con minuciosas consideraciones acerca de cómo integrar el aparente vacío legal si se entendiese que existía, de modo que a mi juicio, agotó el tratamiento de la cuestión. Infirió que una cuestión de tal envergadura no podía quedar librada a la interpretación y entendió que debía resultar de aplicación una norma estable y fija. En ese camino, concluyó razonando que *una sociedad no podía ser constituida sin ajustarla, formal y sustancialmente, a las exigencias del país en el que se perfecciona la constitución mediante la registración y que es necesario recurrir a los recaudos legales de tal lugar para adquirir personalidad*.

Volviendo al art. 118, LGS, pues, cabe sostener que si la existencia social se rige por el derecho del lugar de constitución, todo el acto constitutivo en sus aspectos formales y sustanciales tiene que sujetarse a la ley de la existencia y, por lo tanto también, el objeto de la sociedad, como requisito de fondo del acto. Boggiano continúa razonando, que si el objeto social es la medida de la capacidad societaria, ésta debe gobernarse por el mismo derecho que aquél. "Y de allí se sigue, por vía de una *interpretación intrastemática de la norma del art. 118* que la forma y contenido del acto constitutivo, la existencia y la capacidad societarias, se rigen por la ley del lugar de constitución", pues "si los autores de la ley hubiesen querido realmente sujetar el objeto y la capacidad a otro derecho a más del elegido en el art 118, tendrían que haberlo manifestado así en el articulado legal"<sup>(18)</sup>.

(17) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 11 y ss.

(18) Véase en detalle el excelente razonamiento de Boggiano en: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 9 a 10.

*Ergo*, coincidimos, la *ley del lugar de constitución* es la que está llamada a regir, la existencia, la forma y la validez substancial del instrumento constitutivo y por ende, el objeto y la capacidad de las sociedades constituidas en el extranjero.

## 2. Capacidad para estar en juicio y realizar actos aislados

El art. 118, segundo párrafo, LGS, a través de una derecha norma material, establece que *la sociedad extranjera tiene en el país plena capacidad para estar en juicio y realizar actos aislados*. Esta disposición, se ha dicho, consagra una capacidad incondicional en estos aspectos.

### a) Capacidad procesal para estar en juicio

La norma consagra una atribución plena de *capacidad procesal para estar en juicio*. En el punto, esta solución dirimió una vieja cuestión doctrinaria relativa a si era necesario para el reconocimiento de esa aptitud cumplir con las condiciones requeridas para establecer sucursal en el país<sup>(19)</sup>.

El meollo residía en distinguir la cuestión procesal de la cuestión sustancial y ya, en lo sustancial, la Corte Suprema había sentado la buena doctrina *in re*: "Potosí SA c. Cóccharo Abel F. s/recurso de hecho en la tercera de dominio promovida por Corporación El Hatillo", del 31 de julio de 1963 (Fallos: 256:263), donde se le reconoció el derecho a estar en juicio a una sociedad venezolana (El Hatillo), propietaria de una maquinaria prendada por Cóccharo a favor de Potosí SA y ejecutada por ésta, con fundamento en la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18, CN)<sup>(20)</sup>.

Lo decisivo de esta doctrina aparece inspirando la solución del art. 118, segundo párrafo, actual.

Luego, volveremos sobre la cuestión del emplazamiento en juicio —véase *infra* punto IV—.

### b) Capacidad para realizar en el país actos aislados comprendidos en su objeto social

La ley 19.550 adoptó la referencia a los actos aislados como el límite de la extraterritorialidad plena en el obrar de las sociedades, esta terminología ha suscitado notorias dificultades.

(19) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 49/50; HALPERIN, ISAAC, *Sociedades comerciales. Parte general*, 1966, p. 132, nota 22.

(20) Véase: WEINBERG DE ROCA, INÉS, "La capacidad de la sociedad extranjera para estar en juicio", ED, 182-617.

Es evidente a esta altura, que esa capacidad reconocida a la sociedad extranjera para actuar en el país resulta reconocida siempre dentro de los límites y con el alcance que surgen del *objeto social admitido conforme a la ley del lugar de constitución* y no cabe exceder ese marco de actuación reconociendo facultades que aquella ley no concede.

Se ha criticado sin embargo, la latitud del concepto, en cuanto otorga tan pleno reconocimiento a la aptitud de las sociedades extranjeras para realizar en el país actos aislados comprendidos en su objeto social. El Proyecto de reformas a la ley 19.550, de 2003, eliminaba esta referencia y se valía directamente del concepto de establecimiento en la República para introducir exigencias de publicidad registral<sup>(21)</sup>.

Ya Halperin, haciéndose eco de la doctrina entonces imperante había definido por exclusión al caso de "acto aislado" como aquel supuesto en los que no se reunía el supuesto de habitualidad en la actuación<sup>(22)</sup>. Lo cierto es que en su redacción actual, la noción de acto aislado *es una cuestión de hecho que depende de cada caso particular*, sin que se pueda establecer con seguridad infalible criterios de distinción precisos. Se impone necesariamente pues, un *criterio de apreciación gradual*<sup>(23)</sup>, de modo que la conclusión sólo puede adquirirse, ante el caso concreto, por oposición a los actos realizados por la entidad con *habitualidad y permanencia*.

La cuestión fue materia de un controvertido fallo recaído *in re* "Rolyfar SA" en la cual la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, sala F, prácticamente desconoció la legitimación activa de la sociedad extranjera para ejecutar un crédito hipotecario, sosteniendo que la sociedad constituida en el extranjero actuaba en incumplimiento a lo normado por el art. 118 de la LSC al entender que por haber intervenido en

(21) Así lo sostuvo el maestro Jaime Anaya en su participación en las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (UBA. Buenos Aires, 27/28 de agosto de 2004) donde desarrolló el tema: "La nacionalidad y el estatus jurídico de las sociedades comerciales".

(22) HALPERIN, ISAAC, en *Sociedades comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 130, citando a Siburu, Zavala Rodríguez y Segovia, sostenía que el art. 285, CCom., debía interpretarse armónicamente con el art. 287 que se refería a los supuestos en los que la sociedad extranjera realizara habitual o permanentemente actos de comercio, así lo recuerda también, en la misma línea, Rovira, Alfredo, en su ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (UBA. Buenos Aires, 27/28 de agosto de 2004) donde desarrolló el tema: "El concepto de establecimiento es el más adecuado presupuesto relevante para determinar los recaudos a exigir a las sociedades extranjeras".

(23) Véase: ROVIRA, ALFREDO, "Reflexiones acerca del régimen de sociedades extranjeras que actúen en la República", LA LEY, 155-983; BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 46, con cita de ZALEDIVAR, E., "Régimen de las empresas extra-geras en la República Argentina", p. 84.

el otorgamiento de cinco créditos en el país, no cabía a su obrar la caracterización de acto aislado<sup>(24)</sup>. Luego, con fecha 10 de agosto de 2004, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en los autos "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Rolyfar SA c. Confecciones Poza SACIFI" y resolvió dejar sin efecto el pronunciamiento apelado por la actora a la que se le había denegado legitimación para llevar adelante la ejecución hipotecaria<sup>(25)</sup>.

También cabría interrogarse sobre si la presentación en un concurso o en una licitación puede ser calificada como acto aislado. Pareciera que el solo hecho de presentarse aparece con esas características, salvo que la inscripción fuese una condición de la presentación. Y aún más, el hecho de ganar la licitación, puede seguir siendo un acto aislado si su objeto se agota en una acción que no exige habitualidad y permanencia en el país. Como bien se ha acotado, la respuesta dependerá del caso concreto<sup>(26)</sup>.

Otra cuestión que se ha planteado es si la adquisición de inmuebles en el país es un acto aislado. Un viejo fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital, del 30 de octubre de 1920 (JA, 6-46), no consideró procedente la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de una escritura de compraventa otorgada con la sola transcripción del poder otorgado por el representante de la sociedad que no había sido registrada<sup>(27)</sup>. Primaría en ello, un criterio cualitativo-cuantitativo (Kaller de Orchansky) según el cual se considera, por ejemplo, que la compra y posterior locación de un inmueble es un acto habitual, ya que encuadran dentro de la capacidad específica, tratándose de contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada, que generan relaciones permanentes y que no permitirían eludir la inscripción registral, pues hay intereses de terceros involucra-

(24) Véase: Autos "Rolyfar SA c. Confecciones Poza SACIFI s/ejecución hipotecaria", CNCiv., sala F, 5/6/2003, publicado en La Ley, número especial, noviembre de 2003, p. 9.

(25) ROVIRA, ALFREDO, en su ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (UBA, Buenos Aires, 27/28 de agosto de 2004) donde desarrolló el tema: "El concepto de establecimiento es el más adecuado presupuesto relevante para determinar los recaudos a exigir a las sociedades extranjeras", acota en la nota 5 que "el fallo, al hacerse eco del dictamen del procurador fiscal, dejó pasar la oportunidad para abordar el estudio de la actuación "aislada" de una sociedad constituida en el extranjero y sobre si existe o no sanción para el supuesto de incumplimiento a lo normado por el art. 118 de la LSC con el argumento de que es un tema de derecho común, reservado a los jueces de la causa y ajeno a ese tribunal por la vía extraordinaria. Es discutible la conclusión arribada por el más Alto Tribunal de la República, sobre todo cuando estaba en juego, como se vio en la interpretación de una Convención Internacional ratificada por nuestro país, siendo que Rolyfar SA era una sociedad constituida en un país adherente a la Convención Interamericana citada en el texto".

(26) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 46.

(27) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 47.

dos en conocer quiénes son los socios y administradores de la sociedad matriz y dónde poder notificarla en caso de una eventual acción de responsabilidad patrimonial que pudiera generarse, amén de encontrarse, por ej., comprendida dentro del objeto social.

Luego, con el tiempo, el Registro flexibilizó la postura, sin embargo, la resolución 8/2003 de la IGJ (BO 22/10/2003) actualizó el control de la actividad realizada en caso de actos aislados para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La Inspección General de Justicia dispuso la creación de un Registro de Actos Aislados con el aporte de información por parte del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, a fin de verificar que la calificación de actos "aislados" o similar atribuida a determinadas operaciones por sociedades constituidas en el extranjero, se ajuste a la realidad y de asegurar el correcto encuadramiento de la actuación de las sociedades extranjeras en relación con actos calificados por ellas mismas como celebrados en calidad de "aislados".

La resolución otorga a la IGJ la facultad de requerir información, ya sea al representante de la sociedad extranjera que intervino en el acto calificado de "aislado" como a terceros y a los registros y organismos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires relacionados con tal acto.

Si bien la resolución sólo resulta aplicable a los actos sobre bienes inmuebles inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, la misma resolución prevé extender oportunamente su aplicación a actos calificados de "aislados" relativos a bienes inscriptos o que se inscriban en otros registros nacionales o locales.

El Registro estará conformado por los datos que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal informe a la IGJ sobre aquellos actos calificados como "aislados", "accidentales", "circunstanciales", "esporádicos" o similares, en aquellas operaciones cuyo objeto sea la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de derechos reales sobre bienes inmuebles.

De acuerdo con la información recibida, la IGJ podrá requerir información adicional a terceros (como el representante de la sociedad extranjera en el/los acto/s en cuestión, el escribano interviniente, los vendedores de los bienes, los deudores por obligación con garantía hipotecaria, los cedentes de derechos hipotecarios, la administración del consorcio de propietarios a la que corresponda el inmueble).

Además, si de un primer análisis de la sociedad extranjera y del acto bajo consideración, la IGJ presumiese el probable encuadramiento de la

sociedad extranjera bajo los arts. 118, párrafo 3º, o 124 de la ley 19.550, podrá requerir al representante o los representantes interviniente/s en el acto que cumpla/n con la RG IGJ 7/2015.

Cuando la persona que representa a la sociedad extranjera en una pluralidad de actos no responda a tal requerimiento, a pesar de haber sido ubicada, su silencio podrá interpretarse como manifestación de voluntad.

La IGJ también podrá inspeccionar los inmuebles en cuestión para establecer su destino, las condiciones de utilización económica y la ubicación de la sede efectiva de administración de la sociedad extranjera.

Una vez recabada toda la información, la IGJ podrá determinar si la sociedad extranjera se encuentra configurada bajo los arts. 118, párrafo 3º, o 124 de la ley 19.550. Para ello, se analizarán en especial los siguientes elementos:

- a) la reiteración de actos;
- b) su significación económica;
- c) el domicilio de la sociedad sito en países de baja o nula tributación;
- d) el destino, utilización o explotación económica del bien;
- e) el modo de haberse ejercido la representación de la sociedad partícipe.

Si sobre la base de esos elementos, la IGJ interpreta que la sociedad extranjera queda encuadrada en el supuesto del art. 118, párrafo 3º, de la ley 19.550, podrá intimar a la sociedad extranjera a inscribirse observando lo dispuesto por la RG IGJ 7/2015, *bajo apercibimiento de solicitar judicialmente la liquidación de los bienes y operaciones de la sociedad.*

En cambio, si de tal análisis la IGJ interpreta que la sociedad extranjera queda encuadrada en el supuesto del art. 124 de la ley 19.550, podrá intimar a la sociedad extranjera a adaptar su estatuto o contrato de conformidad con dicha ley, *bajo apercibimiento de solicitar judicialmente la disolución y liquidación de la sociedad.*

A tales fines, la resolución prevé las siguientes formas de notificación a la sociedad extranjera:

- i) en caso de detectar pluralidad de actos por parte de la misma sociedad extranjera, se notificará por cédula al representante que intervino en más de un acto o en el último de ellos;

- ii) de existir un único acto, se notificará por cédula al representante que intervino en él;

iii) en caso de no ubicar al representante o si éste rechaza la intimación, la notificación se realizará mediante edictos publicados en el Boletín Oficial (o mediante radiodifusión a través de los canales y radios estatales en días hábiles) durante tres días seguidos y se tendrá por efectuada a los cinco días, computados desde el día siguiente al de la última publicación<sup>(28)</sup>.

Estimamos que esta solución, referida al caso en que no pueda ubicarse al representante que intervino en el acto o, en caso de que éste rechace el emplazamiento por motivos fundados legalmente aceptables, tratándose de sociedades constituidas en el extranjero y no inscriptas, violenta el debido resguardo del derecho de defensa en juicio. Esta garantía constitucional, asegurada también a las personas jurídicas constituidas en el extranjero por el principio de igualdad de trato (art. 2610, CCCN), impone que la notificación se realice en el domicilio del lugar de constitución o en la sede real.

La resolución 7/2015 también reglamenta en *título III* sobre *Sociedades constituidas en el extranjero*, en el *cap. III*, la actuación a través de *Actos aislados* (arts. 258 y ss.).

Dispone que la Inspección General de Justicia receptorá información proveniente de registros de bienes o derechos relativa a la celebración de uno o más actos en los cuales hayan participado sociedades constituidas en el extranjero y cuyo objeto haya sido la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de derechos reales y hayan sido *calificados unilateral o convencionalmente como realizados en carácter de actos aislados, accidentales, circunstanciales, esporádicos o similar*. La información deberá comprender la individualización del instrumento inscripto (tipo, fecha y número) y, en su caso, del escribano público que lo haya autorizado; los datos de las partes, incluyendo, respecto de la sociedad constituida en el extranjero, su domicilio de origen, los datos personales del representante que intervino, el domicilio del mismo y el constituido a los efectos del acto; la naturaleza del acto; la identificación completa del bien o derecho sobre el cual haya recaído y el monto económico que resulte.

La Inspección General de Justicia requerirá asimismo al registro respectivo igual información sobre la celebración por parte de la sociedad

(28) Ver comentarios a esta resolución en "Requisitos adicionales para la inscripción de sociedades extranjeras - Resolución IGJ N° 7/03", publicado en *Marval News*, nro. 21, del 30 de septiembre de 2003.

de actos anteriores bajo la misma calificación de aislados o similar. Mediante el análisis de dicha información y sobre la base del cumplimiento de otras medidas o diligencias, la Inspección General de Justicia se atribuye la facultad de determinar la pertinencia de la referida calificación atribuida al acto. A tal fin podrán adoptarse las medidas previstas en el art. 6° de la ley 22.315 que sean pertinentes al caso, entre otras, a fin de determinar si le cabe ese encuadramiento, el del art. 118, tercer párrafo, o el del art. 124, LGS, y se contemplan también, las sanciones y las diversas acciones que le caben a la IGJ en ese caso y en supuestos de inscripciones que pretendan burlar sus disposiciones. Transcribimos en la nota al pie, esa normativa<sup>(29)</sup>.

(29) "Capítulo III. Actos Aislados. Información. Artículo 258. — La Inspección General de Justicia receptorá información proveniente de registros de bienes y/o derechos relativa a la celebración de uno u más actos en los cuales hayan participado sociedades constituidas en el extranjero y cuyo objeto haya sido la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de derechos reales y hayan sido calificados unilateral o convencionalmente como realizados en carácter de actos aislados, accidentales, circunstanciales, esporádicos o similar. La información deberá comprender la individualización del instrumento inscripto (tipo, fecha y número) y, en su caso, del escribano público que lo haya autorizado; los datos de las partes, incluyendo, respecto de la sociedad constituida en el extranjero, su domicilio de origen, los datos personales del representante que intervino, el domicilio del mismo y el constituido a los efectos del acto; la naturaleza del acto; la identificación completa del bien o derecho sobre el cual haya recaído y el monto económico que resulte. La Inspección General de Justicia requerirá asimismo al registro respectivo igual información sobre la celebración por parte de la sociedad de actos anteriores bajo la misma calificación de aislados o similar".

"Análisis. Medidas. Artículo 259. — Mediante el análisis de dicha información y sobre la base del cumplimiento de otras medidas o diligencias, la Inspección General de Justicia determinará la pertinencia de la referida calificación atribuida al acto. A tal fin podrán adoptarse las medidas previstas en el artículo 6° de la Ley N° 22.315 que sean pertinentes al caso, y en particular, sin carácter taxativo, las siguientes: 1. Requerir otra información relacionada con el acto, conjunta o indistintamente y mediante su presentación por escrito o, en su caso, comparecencia personal, a: a. Quien en representación de la sociedad haya intervenido en el acto. La información podrá hacerse extensiva, además, a la presentación de los elementos contemplados en el artículo 206, inciso 4, si en el caso el domicilio de origen de la sociedad en jurisdicciones *off shore* o sociedades provenientes de países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal o no colaboradoras en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo y/o la importancia económica del acto o el destino del bien y/o la realización de más de un acto, permitieren presumir fundadamente la probable configuración de cualquiera de los supuestos contemplados por los artículos 118, párrafo tercero y/o 124, de la Ley N° 19.550. El silencio frente al requerimiento, si el representante fue efectivamente habido, podrá ser interpretado como manifestación de voluntad en los alcances del artículo 263 del Código Civil y Comercial de la Nación, en aquellos casos en los que el requerido hubiere representado a la sociedad en más de un acto; b. El escribano interviniente, en su caso; c. Quienes aparezcan como vendedores de los bienes o deudores por obligación con garantía hipotecaria; d. Los cedentes de derechos hipotecarios; e. La Administración Federal de Ingresos Públicos, limitada a la información que en su caso hubiere sido presentada a la misma, a los fines del cumplimiento del régimen informativo establecido por la Resolución Gene-

Es claro, que dicha decisión administrativa resulta recurrible por la sociedad interesada.

ral N° 3285/12 y sus modificatorias y/o complementarias con respecto al año calendario o período menor que corresponda, inmediatamente posteriores a la fecha de realización del acto o actos; f. Los ocupantes del inmueble y/o encargados del edificio donde éste se halle, en su caso; g. La administración del consorcio de copropietarios a que corresponda el inmueble. 2. Realizar por sí o en coordinación con otros organismos, inspecciones sobre los bienes, con el objeto de establecer su destino y condiciones de utilización económica y, en su caso, la ubicación de la sede efectiva de la dirección o administración de la sociedad".

"Encuadramiento legal. Artículo 260. — A resultados del análisis y medidas referidos en el artículo anterior, la Inspección General de Justicia resolverá el encuadramiento de la actuación de la sociedad conforme a la calidad en que se invocó haber realizado el acto, o bien, de corresponder, conforme a los artículos 118, párrafo tercero o 124 de la Ley N° 19.550, según corresponda, tomando a tal efecto en consideración, entre otras, las pautas siguientes: 1. La significación económica del acto. 2. El destino, utilización o explotación económica del bien, actuales o potenciales. 3. El tiempo transcurrido desde la adquisición del dominio del bien o la constitución de derechos sobre el mismo. 4. El domicilio de la sociedad sito en jurisdicciones "off shore" o sociedades provenientes de países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal o no colaboradoras en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. 5. La reiteración de actos, aun cuando los mismos se hayan celebrado en una única oportunidad y consten en un mismo título; 6. El modo y circunstancias preparatorias del ejercicio de la representación de la sociedad y/o las circunstancias pasadas y actuales relativas a la vinculación entre el representante que intervino y la sociedad, sus socios u otras personas relacionados con ellos".

"Resolución. Intimación. Artículo 261. — Cuando la actuación de la sociedad haya sido encuadrada en los términos de los artículos 118, párrafo tercero o 124 de la Ley N° 19.550, la resolución prevista en el artículo anterior contendrá la intimación para que la misma cumpla con la inscripción pertinente conforme a lo dispuesto en los Capítulos I o IV de este Título, dentro del plazo que se determine. Dicho plazo no excederá los ciento ochenta (180) días corridos, bajo apercibimiento de promoverse las acciones judiciales que pue- dan corresponder. La intimación se efectuará en la persona del representante que intervino en el acto o actos, notificándose la por cédula, en la forma prevista en el artículo 122, inciso a) de la Ley N° 19.550, si tuviere domicilio constituido o lo hubiere constituido en la oportunidad contemplada en el artículo 259, inciso 1, subinciso a). En caso de pluralidad de actos con representantes distintos, la notificación se practicará a aquel que actuó en mayor cantidad o en el último de los efectuados. Si el mismo no fuere habido o rechazare la intimación y las diligencias realizadas no permitieron conocer la existencia y ubicación de una sede efectiva de dirección o administración de la sociedad, la notificación se practicará por edictos en las condiciones previstas por el artículo 42 del Decreto N° 1883/91".

"Sociedades *off shore*. Artículo 262. — Las sociedades *off shore*, cuando no correspondan admitir el carácter de aislado del acto o actos sometidos a investigación conforme al presente Capítulo, serán intimadas únicamente a los fines de su adecuación a las disposiciones de la Ley N° 19.550 aplicables a las sociedades constituidas en la República, debiendo cumplir al efecto con el procedimiento y requisitos establecidos en el Capítulo IV".

"Inoponibilidad de la personalidad jurídica. Artículo 263. — Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Inspección General de Justicia podrá accionar judicialmente para la declaración de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad en relación con el acto o actos realizados por ella, cuando, entre otras circunstancias, la

### 3. Ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social

Finalmente, el art. 118, tercer párrafo, de la LGS, en una norma de estructura compleja, de carácter material, mas con elementos de norma de conflicto e, incluso, de policía, prevé el supuesto en el que la sociedad constituida en el extranjero realice o pretenda realizar en la Argentina el *ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social*. En este caso, la actividad en cumplimiento de sus objetivos debe exteriorizarse mediante la instalación, al menos, de un establecimiento en la República desde el que ejercerá profesionalmente su actividad empresarial.

A esos efectos, se dispone que *la sociedad extranjera debe "establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente en el país"*.

El viejo art. 287 del Código de Comercio también sometía a la sociedad extranjera a la misma solución que el actual art. 118, párrs. 2º y 3º, cuando contemplaba que si la sociedad legalmente constituida en país extranjero establecía en la República, sucursal o cualquier especie de representación social, debía sujetarse, como las nacionales, al registro y publicación de los actos sociales y de los mandatos de los respectivos representantes.

Cuando la actuación de la sociedad se torna un hecho permanente que entra en el movimiento de la vida comercial e influye en el conjunto de los intereses nacionales<sup>(30)</sup>, el legislador opta por mantener el principio de libertad de establecimiento, mas con algunas restricciones indi-

permanencia en la titularidad del bien o de derechos sobre el mismo y la falta o insuficiencia notoria de su efectiva utilización para actividades de producción o intercambio de bienes o prestación de servicios o complementarias o relacionadas con las mismas, permitan tener por acreditado que con su inmovilización en el patrimonio de la sociedad no se persiguen razonablemente fines societarios normales, sino otros susceptibles de ser encuadrados en lo dispuesto por el artículo 54, último párrafo, de la Ley Nº 19.550".

"*Inscripción en extraña jurisdicción; inoponibilidad.* Artículo 264. — Si durante el cumplimiento de las medidas de investigación previstas en este Capítulo o por denuncia de terceros, surge que la sociedad se encuentra inscrita en extraña jurisdicción a los efectos de los artículos 118, tercer párrafo, o 123, de la Ley Nº 19.550, y su actividad y/o la ubicación del bien objeto del acto calificado de aislado y su contacto razonable con la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son suficientemente determinantes de que dicha inscripción debió haber sido cumplida en esta última jurisdicción, la Inspección General de Justicia tendrá por inoponible a su respecto la inscripción practicada e intimará su sustitución conforme a los artículos 261 ó 262, según corresponda".

"*Denuncia.* Artículo 265. — La Inspección General de Justicia no dará curso a ninguna solicitud de inscripción que realice voluntariamente la sociedad y podrá efectuar las denuncias judiciales pertinentes si de acuerdo con los elementos de juicio receptados considera evidente la existencia de maniobras en fraude de terceros".

(30) Véase: SIBURU, JUAN B., *Código...*, cit., ps. 250 y 251 con cita de Vidari.

rectas derivadas de ciertos requerimientos de identificación, de inscripción y publicidad, y ciertas exigencias para los dirigentes que encuentran su paralelismo en similares exigencias extraídas del derecho comparado (Francia, por ejemplo).

El art. 118, párr. 3º, de la ley, prevé de esta manera los lineamientos de un verdadero *estatuto de adaptación* para que la sociedad multinacional pueda establecerse en el país, obrando con habitualidad y permanencia, la parte de su explotación en la República.

Ese asentamiento, sucursal o representación de la sociedad foránea están regulados legalmente de manera que, desde un ángulo finalista, tiende, fundamentalmente, a la localización y debida individualización de aquellas personas jurídicas que desean integrarse a la realidad económica de nuestro medio como uno de sus agentes activos, sin que ello produzca en forma alguna, dicho sea de paso, la "nacionalización" ("domesticación") de la sociedad extranjera<sup>(31)</sup>.

La idea del *asiento o lugar de negocios* implica la idea de centro de las relaciones jurídicas de una persona o del lugar en el que la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho (Orgaz), o de establecimiento permanente (Rovira) o de sede secundaria (Vítolo)<sup>(32)</sup>.

La *sucursal*, como centro comercial de operaciones, tiene subordinación económica y jurídica respecto del establecimiento matriz, pero presupone una organización para concluir los mismos negocios que forman el objeto social de la matriz, que puede estar dotada incluso de capital propio, pero que carece de independencia jurídica, aunque goce de un margen de libertad de decisión más o menos amplio.

Finalmente, la idea de *representación permanente* prevé la actuación de modo continuado recurriendo a ciertas figuras jurídicas como la agencia, el mandato u otra forma de representación o intermediación, esto importa la realización de actividades a través alguna persona física o jurídica que obre en nombre y representación de la sociedad extranjera o bien, en nombre propio y por cuenta de la sociedad extranjera, no de modo aislado, sino con habitualidad. Este tipo de representación impone, para obtener la habilitación para actuar en el país, la inscripción previa del contrato o estatuto social en los términos del art. 118, tercer párrafo<sup>(33)</sup>.

(31) Confr. BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. I, ps. 626/7.

(32) Véase: VÍTOLO, DANIEL R., "La sociedad constituida en el extranjero y la actuación transnacional", *Suplemento Especial Sociedades ante la IGJ*, II-2005 (abril), p. 3, donde hace la cita de Orgaz.

(33) Véase: VÍTOLO, DANIEL R., "La sociedad constituida...", cit.

La norma obliga no sólo a acreditar su existencia con arreglo a las leyes de su país, sino a fijar domicilio en la República e inscribirse cumpliendo con las mismas formalidades y publicidad que las sociedades locales.

La RG 7/2015 dispone que toda notificación que en ejercicio de sus funciones la Inspección General de Justicia realice a las sociedades en la sede social inscrita por ellas, tendrá efectos vinculantes en los alcances determinados por el art. 11, inc. 2º, párrafo segundo, de la ley 19.550. La resolución que comentamos dispone que la Inspección General de Justicia solicitará o admitirá con los mismos efectos el emplazamiento en juicio de las sociedades, en cualquier acción judicial que promueva o en la que intervenga (art. 244).

Debe además, justificar la decisión de crear dicha representación, designar el personal a cargo y en el caso de la sucursales determinará, además, el capital que se le asigne.

Dentro del ámbito de la Capital Federal, la Inspección General de Justicia (IGJ) ha reglamentado tan minuciosamente el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 118, LGS, que se han criticado las resoluciones dictadas al efecto, entendiendo que se extralimitaban en sus funciones reglamentarias al hacerlo de ese modo<sup>(34)</sup>, toda vez que aparecería invadiendo ámbitos que son propios del legislador.

#### a) Resolución general (RG) IGJ 7/2015

La resolución general (RG) IGJ 7/2015, ya la hemos referido, es el instrumento que rige la normativa de ese organismo, en adecuación con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Entró en vigencia el 2/11/2015, a excepción de parte referida a la registración de contratos de fideicomiso, las previsiones especiales de las sociedades anónimas unipersonales, el procedimiento de subsanación y disposiciones sobre asociaciones civiles y fundaciones, que entraron a regir a partir del 3/8/2015<sup>(35)</sup>.

Las disposiciones reglamentarias de la IGJ de la Ciudad de Buenos Aires en esta materia han sido seguidas de cerca por las autoridades de

(34) Véase: MANÓVIL, RAFAEL M., "Una lectura crítica de la Resolución de la Inspección General de Justicia 2/2005", LA LEY, 3/5/2005, y la respuesta de NISSEN, RICARDO, "A propósito de ciertas críticas a la labor de la Inspección General de Justicia", LA LEY, 7/4/2005.

(35) La resolución general 7/2015 reemplazó a la resolución general 7/2005, que rigió durante casi 10 años la normativa de la Inspección General de Justicia. La reforma no sólo buscó adecuar la norma al nuevo Código, incorporar en la normativa las reformas efectuadas durante estos años y modernizarla.

control societario de las algunas provincias como Mendoza, Chaco, Catamarca, Tierra del Fuego, Córdoba, Corrientes, Neuquén, Santa Fe, Misiones, Río Negro<sup>(36)</sup>.

En su título III sobre "Sociedades constituidas en el extranjero" reglamenta las previsiones de los arts. 118 a 124 de la LGS y sus disposiciones deberán ser tenidas en cuenta a los fines de instrumentar las previsiones del art. 118, tercer párrafo, en el ámbito de la Capital Federal. Es interesante efectuar una referencia al articulado de esta resolución, en lo pertinente.

En su capítulo I, sección primera, aborda el supuesto de la inscripción inicial para realizar: *Actividad habitual, asiento, sucursal o representación permanente* (art. 118, tercer párrafo) y sus requisitos.

Establece así, en el art. 206, que se debe presentar:

1. Certificado original que acredite la inscripción de la sociedad, de fecha no mayor a 6 meses a la fecha de presentación, emitido por la autoridad registral de la jurisdicción de origen.
2. Contrato o acto constitutivo de la sociedad y sus reformas; en copia original o certificada notarialmente o por autoridad registral de la jurisdicción de origen.
3. Resolución del órgano social competente de la sociedad que decidió crear el asiento, sucursal o representación permanente en la República Argentina, conteniendo: a) La decisión de inscripción en los términos del art. 118 de la ley 19.550, indicando si se pretende la apertura de una agencia, sucursal o representación permanente. b) La fecha de cierre de su ejercicio económico. c) La manifestación respecto de que la sociedad no se encuentra sometida a liquidación ni ningún otro procedimiento legal que impone restricciones sobre sus bienes o actividades. d) La sede social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fijada con exactitud (art. 66, último párrafo) —cuya inscripción tendrá los efectos previstos en el art. 11, inc. 2º, párrafo segundo, de la ley 19.550—, pudiendo facultarse expresamente al representante para fijarla. e) el capital asignado, si lo hubiere. f) La designación del representante; que debe ser persona humana (texto del inciso conforme sustitución resuelta por RG 9/2015 de la Inspección General de Justicia, BO 28/10/2015).

(36) Véase: MARTÍNEZ, SILVINA, "La unificación del control societario externo", LA LEY, 2007-R, 879; GUIÑAZÚ, MARÍA MARTA, "Situación de las sociedades extranjeras en la Provincia de Mendoza", LL Gran Cuyo, 2007 (junio), p. 480.

En la resolución social requerida con respecto al representante designado, se podrá: 1. Indicar el plazo de duración de su mandato; 2. Expresar si se dispuso alguna restricción a dicho mandato para ejecutar todos los actos conducentes al ejercicio de actividades previstas en el objeto social, la restricción y sus alcances deben indicarse expresamente; 3. Designar más de uno para su actuación conjunta o indistinta y preverse representantes suplentes. Asimismo, se deberá indicar la designación un domicilio especial postal en la jurisdicción de origen y un domicilio especial electrónico (*e-mail*) de la casa matriz, vinculante para la misma a los efectos de toda comunicación referida a la actuación y cesación del representante; si se omite el domicilio especial postal, se considera tal, el domicilio o sede que surjan del contrato o acto constitutivo de la sociedad o sus reformas, el que sea el último fijado (conf. art. 208).

4. Documento proveniente del extranjero suscripto por funcionario de la misma, cuyas facultades representativas deben constar en ella justificadas ante notario o funcionario público, que acredite: a) Que la sociedad no tiene en su lugar de constitución, registro o incorporación, vedado o restringido el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas. b) Que su actividad empresarial económicamente significativa y que el centro de dirección de la misma se encuentra fuera de la República Argentina, lo cual podrá acreditarlo, indistintamente, de alguna de las formas que se detallan en los arts. 209, 210 (certificaciones globales) y 212 de estas normas. c) La individualización de quienes sean los socios al tiempo de la decisión de solicitar la inscripción, indicando respecto de cada socio no menos que su nombre y apellido o denominación, domicilio o sede social, número de documento de identidad o de pasaporte o datos de registro, autorización o incorporación y cantidad de participaciones y votos y su porcentaje en el capital social.

La presentación de esta documentación no es necesaria si la individualización de los socios con los alcances indicados resulta de la requerida en el inc. 2º y se acompaña declaración sobre su subsistencia emitida por el funcionario social con facultades de representación.

5. Constancia original de la publicación prescripta por el art. 118, párrafo tercero, inc. 2º, de la ley 19.550, cuando se trate de sociedad por acciones, de responsabilidad limitada o de tipo desconocido por las leyes de la República Argentina, conteniendo: a. Con respecto de la sucursal, asiento o representación, su sede social, capital asignado si lo hubiere y fecha de cierre de su ejercicio económico. b. Con respecto del representante, sus datos personales, domicilio especial constituido, plazo de la representación si lo hubiere, restricciones al mandato, en su caso y carácter de la actuación en caso de designarse más de un representante. c) Con respecto de la sociedad del exterior, los datos previstos en el

art. 10, incs. a) y b), de la ley 19.550 en relación con su acto constitutivo y reformas, si las hubo, en vigencia al tiempo de solicitarse la inscripción; pueden omitirse aquellos que el derecho aplicable a la sociedad no exija o faculte a omitir en la constitución o modificación de la misma, pudiendo justificarse tal dispensa con la transcripción de las normas pertinentes en el dictamen de precalificación profesional, o bien acompañándose dictamen de abogado o notario de la jurisdicción extranjera correspondiente con certificación de vigencia de su matrícula o registro.

6. Escrito con firma del representante designado, con certificación notarial o si fuese profesional abogado o contador con su firma y sello profesional previo a la inscripción, en el cual el mismo debe:

- a. Aceptar expresamente el cargo conferido;
- b. Denunciar sus datos personales;
- c. Fijar la sede social si se lo facultó a ello;

d. Constituir domicilio especial dentro del radio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 25, último párrafo, dec. 1493), a los fines de cualquier comunicación que le curse la sociedad y en el cual, a los fines de las funciones de la Inspección General de Justicia, tendrá asimismo carácter vinculante el emplazamiento en su persona previsto por el art. 122, inc. b), de la ley 19.550, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 11, inc. 2º, párrafo segundo, de dicha ley respecto de la sede social inscripta, en la cual podrán ser emplazados tanto él personalmente como la sociedad representada.

En caso de designación de más de un representante legal, la totalidad de los representantes designados por la sociedad matriz deberán aceptar el cargo y presentar el escrito requerido en este inciso, ya sea en forma individual o conjunta. En su defecto, se deberá presentar nueva resolución social emitida por la sociedad matriz conforme al inc. 3º de este artículo, designando sólo los representantes legales que hayan aceptado el cargo y cumplido con el escrito requerido en este inciso.

Se dispone asimismo que deberá acreditarse la integración total del capital asignado en la forma establecida en esas normas o en la forma o porcentaje que, en su caso, requieran regímenes especiales.

A los fines de acreditar que la sociedad desarrolla en el exterior actividad empresarial económicamente significativa y que el centro de dirección de la misma se localiza también allí conforme a la documentación requerida en el subinc. b) del inc. 4º del art. 206, dependiendo del modo de acreditarlo en cada caso, el art. 209 dispone que deberán considerarse las siguientes reglas:

1. Se deberá individualizar *suficientemente si posee una o más agencias, sucursales o representaciones vigentes en jurisdicciones extranjeras y/o;*

2. Se deberán *individualizar suficientemente activos fijos no corrientes en el exterior*, indicando su valor resultante del último balance aprobado por la sociedad con antelación no superior a un año y/o;

3. Respecto de las *operaciones de inversión en bolsas o mercados de valores, debe presentar un certificado* efectuado por profesional en ciencias económicas de la jurisdicción, sobre las operaciones realizadas durante el año inmediato anterior al inicio del trámite, mencionando tipo de valores y operaciones, cantidades negociadas y montos globales conforme a su cotización, bolsas o mercados en que se efectuaron y valor de cotización de los títulos en cartera a la fecha de emisión del certificado y/o;

4. Respecto de la *explotación de bienes de terceros*, debe presentar certificación de profesional en ciencias económicas de la jurisdicción de origen que indique los bienes explotados e ingresos brutos resultantes del último estado contable aprobado por la entidad con antelación no mayor a un año y/o;

5. Respecto de las *participaciones en otras sociedades no sujetas a oferta pública* debe informar: denominación, país de origen, porcentaje de tenencia, actividad que realiza y el valor resultante de la participación conforme el último estado contable aprobado por la entidad con antelación no mayor a un año y/o;

6. *En caso de desarrollar habitualmente de operaciones de inversión en bolsas o mercados de valores previstas en su objeto*, debe presentar certificación de profesional en ciencias económicas de la jurisdicción de origen, indicando tipo de valores y operaciones, cantidades negociadas y montos globales conforme a la cotización de los títulos en cartera a la fecha de emisión del certificado y/o.

7. Presentar el último estado contable aprobado por la sociedad con antelación no mayor a un año, mediante el cual se acredite alguno de los supuestos anteriores.

La Inspección General de Justicia apreciará en cada caso la suficiencia de la documentación, pudiendo en forma fundada *dispensar determinados recaudos en casos de notoriedad y conocimiento público de que la sociedad desarrolla en el exterior efectiva actividad empresarial económicamente significativa y que el centro de dirección de la misma se localiza también allí.*

La ponderación prevista no se limitará a criterios cuantitativos. En los casos de notoriedad y conocimiento público referidas en el párrafo anterior, los elementos de las presentaciones a los fines de acreditar actividad significativa en el exterior podrán también consistir —sin carácter taxativo— en publicidad comercial efectuada fuera de la República, información relativa a negocios, proyectos o inversiones publicada en revistas especializadas o en secciones de economía y negocios de periódicos de circulación internacional y llegada a la República, extractos certificados notarialmente de páginas *web*, u otros elementos. No será necesaria su traducción —sin perjuicio de una síntesis de su contenido hecha en idioma español y firmada por el representante legal inscripto— en el caso de idiomas de conocimiento suficientemente corriente (inglés, francés, italiano, portugués). No obstante, *los elementos que se presenten no tendrán alcances vinculantes*, ponderándose razonablemente su cantidad, fuente y actualidad, en cada oportunidad en que corresponda considerar el cumplimiento del requisito (art. 211).

Si la sociedad conforma bajo control participación a *un grupo internacional que satisfaga los mencionados criterios de notoriedad y conocimiento público*, a los efectos de lo requerido en el inc. 4º, subinc. b), del art. 206, se admitirá la identificación del sujeto o sujetos extranjeros bajo cuya dirección unificada se encuentre y la presentación de una certificación contable del patrimonio neto que resulte de los últimos estados contables consolidados del grupo (art. 212).

Respecto de la *individualización de socios* requerida en el subinc. c) del inc. 4º del art. 206, se seguirán como pautas especiales:

1. En caso de sociedades de capital representado total o parcialmente en acciones al portador, deberán indicarse los accionistas que por sí o representados concurren a la última asamblea celebrada y los ausentes a la misma en cuyo favor consten emitidas acciones o certificados o que hayan designado agentes o apoderados para recibir las acciones o certificados o, posteriormente, para representarlos frente a la sociedad al efecto del ejercicio de cualquier derecho; si la documentación presentada se considera insuficiente para una adecuada identificación y los accionistas designaron agentes o apoderados, debe presentarse la declaración de dichos agentes o apoderados sobre la identidad de los accionistas con todos los datos requeridos en el subinc. c);

2. Si figuran participaciones sociales como de titularidad de un *trust*, fideicomiso o figura similar, debe presentarse un certificado que individualice el negocio fiduciario causa de la transferencia e incluya el nombre y apellido o denominación, domicilio o sede social, número de documento de identidad o de pasaporte o datos de registro, autorización o

incorporación, de fiduciante, fiduciario, *trustee* o equivalente, y fideicomisarios o beneficiarios o sus equivalentes según el régimen legal bajo el cual aquel se haya constituido o celebrado el acto;

3. Si las participaciones sociales aparecen como de titularidad de una fundación o figura similar, sea de finalidad pública o privada, deben indicarse los mismos datos indicados en el inc. 2º anterior con respecto al fundador y, si fuere persona diferente, a quien haya efectuado el aporte o transferencia a dicho patrimonio;

4. No es necesaria la individualización respecto de títulos sujetos a cotización y oferta pública, sino que la individualización se limitará a quienes posean títulos o participaciones excluidos de dicho régimen.

Es importante señalar, que el cumplimiento de la inscripción prevista por el art. 118, tercer párrafo de la ley 19.550 dispensa de efectuar la del art. 123 de la misma ley, si la sociedad, de acuerdo con su ley aplicable y las previsiones de su objeto, puede participar en otras sociedades. La suficiencia de la inscripción perdurará hasta que se resuelva su cancelación en los términos del art. 118. Si fuese su voluntad continuar participando en sociedades deberá solicitar su inscripción en los términos del art. 123, LSC (art. 214).

#### IV. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y EL EMPLAZAMIENTO EN JUICIO DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA

##### 1. La jurisdicción internacional en la materia

Los tribunales del lugar de constitución o del Estado donde la sociedad tiene su domicilio registrado son competentes para conocer en las acciones contra la sociedad, en las acciones relativas a la validez de sus cláusulas contractuales o estatutarias y contra los socios en su carácter de tales u otras personas responsables en virtud del derecho aplicable.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo precedente, si una sociedad constituida en un Estado extranjero realiza en la República operaciones o actividades que den origen a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales del país.

No obstante los acuerdos de elección de foro, serán competentes los tribunales argentinos, si la relación contractual u obligacional involucrada en la cuestión judicializable determina la jurisdicción argentina o, en su caso, si se encuentra en la República el lugar de emisión pública de obligaciones negociables, títulos o acciones que coticen en bolsa y cuan-

do las acciones de responsabilidad sean intentadas a causa de dichas emisiones<sup>(37)</sup>.

##### 2. El art. 122, LGS<sup>(38)</sup>

Es necesario reiterar el ámbito de aplicación material, por cierto diverso, de los arts. 118, primer y tercer párrs., a la luz del art. 122 de la Ley de Sociedades.

El art. 118, tercer párr., LS, establece las *formalidades* a que debe sujetarse una sociedad constituida en el extranjero que pretende establecer en el país asiento, sucursal o cualquier otra forma de representación permanente, a fin de realizar aquí los actos que son propios de su objeto social.

En situación claramente distinta se halla, por otro lado, la sociedad que sólo pretende realizar en el país actos aislados, supuesto previsto expresamente por el art. 118, primer párr., LGS, norma que consagra la plena capacidad de una sociedad foránea a esos efectos, sin necesidad de cumplimiento de recaudo previo alguno.

Ello importa —no está de más reiterarlo— el reconocimiento internacional de la existencia o personalidad jurídica en esas sociedades como necesario correlato de la capacidad que se le atribuye.

Así las cosas, resulta, sin embargo, dificultoso establecer la línea de deslinde entre los “actos aislados” y la “actividad permanente”. Ésta es, sin duda, ya lo hemos dicho, una cuestión de hecho que depende de cada caso particular, sin que se pueda establecer con seguridad infalible criterios de distinción precisos.

En este marco de situación, y ante las circunstancias del caso, habrá que establecer si existe jurisdicción argentina en la cuestión de que se trate y, en tal caso, al tiempo de un eventual emplazamiento en juicio en el país, si la sociedad extranjera sólo ha realizado aquí un acto aislado o si tiene establecida representación permanente.

La cuestión, por cierto, reviste interés, pues el emplazamiento en juicio difiere para una y otra hipótesis.

(37) Las fuentes de estas conclusiones pueden rastrearse en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina, 2003, art. 23; Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, art. 7º; Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, art. 11; Ley Federal de Derecho Internacional Privado, Suiza, art. 151.

(38) Véase nuestro comentario: UZAL, MARÍA ELSA, “El emplazamiento en juicio de una sociedad extranjera”, en REDCO, 1989-127/128.

### 3. La cuestión del emplazamiento en juicio

El principio del *pleno reconocimiento extraterritorial de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras para estar en juicio* es captado por el art. 118, primer párr., LS, mediante una norma material que consagra claramente esa idea como solución sustancial<sup>(39)</sup>.

Ello implica, como consecuencia necesaria, la personería y capacidad del ente a efectos de presentarse y estar en juicio como parte actora y demandada en defensa de sus derechos, sin necesidad de cumplir recaudo previo alguno (ni los del tercer párrafo del art. 118, ni otros).

Existen además, en nuestro país, principios de orden público vinculados a la necesidad de resguardar la defensa en juicio, de jerarquía constitucional (art. 18, CN), que imponen esta solución. Recuérdase, que el art. 118, primer párr., LS, no es más que la consagración legislativa de una solución que había hecho camino desde la célebre sentencia de la CSJN recaída en autos "Potosí S.A. c. Cóccharo, Abel F. s/inc. de tercería de dominio promovida por Corporación El Hatillo", del 31/7/1963<sup>(40)</sup>.

Admitida, pues, la capacidad de la sociedad foránea para estar en juicio y en el plano estrictamente procesal, cabe el interrogante: ¿cómo se produce su emplazamiento?

Estando al DIPr. de fuente interna, el art. 122 de la LGS capta el problema, también, en una norma material y establece soluciones de fondo en sus incs. a) y b).

A la luz de estas disposiciones legales caben varias alternativas:

a) La posibilidad de demandar a una sociedad extranjera en el país si se dan algunas de las circunstancias previstas como atributivas de jurisdicción argentina por nuestras normas argentinas de jurisdicción internacional —por ej., hoy los arts. 2608, 2609 y 2650, CCCN; antes arts. 1215 y 1216, en materia contractual o los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 (art. 7º) y de 1940 (art. 11), Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889-1940 (art. 56)—, en supuestos de prórroga internacional de jurisdicción, en casos objetivamente multinacionales de índole patrimonial (arts. 2605 a 2607, CCCN, y art. 1º, CPCCN).

(39) Sobre el sistema de extraterritorialidad parcial, ver KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, "Las sociedades comerciales en el derecho internacional privado argentino", LA LEY, 147-1206 y ss.

(40) Autos: CSJN, 3/7/1963, "Potosí SA c. Cóccharo, Abel F. s/ inc. de tercería de dominio promovida por El Hatillo", ED, 6-405; LA LEY, 111-666, y la clásica crítica de HALPERIN, ISAAC, en *Sociedades comerciales. Parte general*, cit., t. 1, ps. 284/5.

En estos casos, en principio, el emplazamiento a los fines de la notificación del traslado de la demanda debería realizarse en el domicilio de la sociedad accionada en el extranjero (art. 2608, CCCN, y arts. 340 y concs., CPCCN).

b) Sin embargo, si existe jurisdicción argentina para conocer en la controversia en los términos *supra* referidos y si aparece claro que la sociedad realizó en el país un acto aislado, se debe analizar también la cierta posibilidad del emplazamiento de la demandada en nuestro medio<sup>(41)</sup>.

Es que, de resultar competente el juez argentino, cabe la posibilidad de aplicar el art. 122, LGS, que en su inc. a) autoriza el emplazamiento en la persona (apoderado) que intervino, en el país, en el acto o contrato que motivó el litigio.

Cabe señalar, para aventar posibles confusiones, que si el contrato hubiese sido celebrado en el extranjero, por una sociedad extranjera o su subsidiaria, a través de un representante de la demandada residente también en el extranjero, el solo hecho de que medie algún intercambio de cartas documento o requerimientos que se hubiera llevado a cabo en el país a través de un letrado local, no aparece como suficiente para el encuadramiento del caso en el tipo legal del referido inciso<sup>(42)</sup>.

El art. 122, inc. a), presupone la posibilidad del emplazamiento personal de la demandada en el país, que se lleve a cabo por medio de la persona del representante social o apoderado que hubiese *intervenido en el acto motivo de la controversia, con facultades para ello* —Rovira sostiene que debería exigirse, además, domicilio constituido a esos efectos—<sup>(43)</sup>. Luego, si en el país no se hallase tal apoderado o representante, no cabría tal emplazamiento (conf. CNCom., sala A, 5/8/1983, "Icesa c. Bravox") y tampoco sería procedente realizar el emplazamiento si, quien se halla en el país, no tuvo actuación decisiva *en calidad de apoderado en el acto de marras*.

En esos supuestos, se debe proceder a la notificación de la demanda en el extranjero mediante diligencias propias del auxilio procesal internacional.

c) Como otra variante, si el acto es de los que la sociedad lleva a cabo en el país con habitualidad y permanencia, y hubiere sido realizado por

(41) BOGGIANO, ANTONIO, *Sociedades y grupos multinacionales*, cit., p. 67; ROVIRA, ALFREDO, "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República", LA LEY, 155-984 y ss.

(42) Véase nuestro comentario en UZAL, MARÍA ELSA, "El emplazamiento..." cit.

(43) ROVIRA, ALFREDO, ob. cit., p. 985.

la representación, asiento o sucursal en el país de una sociedad extranjera, sin duda procedería el emplazamiento en la figura del representante designado como su cabeza visible al efecto (arts. 118, tercer párr.; 122, inc. b), LS).

Sin embargo, no cabe confundir este representante con aquel otro que puede hallarse inscrito registralmente, *sólo a los fines de constituir sociedad en los términos del art. 123, LGS*, este representante carece, en general, de personería para estar en juicio por la sociedad a efectos totalmente diferentes de los que motivaron la inscripción de su apoderamiento. Para los supuestos derivados de su actuación enmarcada en los términos del art. 123, LGS, sin embargo, podrá emplazárselo, precisamente, por haber sido el representante que intervino por la sociedad, en los actos de constitución o toma de participación social<sup>(44)</sup>.

d) Cabe como hipótesis, también, la posibilidad de un contrato que haya sido celebrado en el extranjero por una sociedad foránea y que aunque exista *sucursal o representación en el país, ésta haya permanecido ajena a esa operatoria*.

Este supuesto no es encuadrable en el inc. b) del art. 122, pues esta norma presupone y sólo es aplicable ante un negocio *celebrado o acto obrado por medio de la sucursal o representación en el país*<sup>(45)</sup>. Es que, en caso contrario, de admitirse el emplazamiento local en ellas, al resultar una actuación ajena a su intervención, podría verse lesionado el principio de la debida defensa en juicio de la sociedad demandada. Ésta se vería llevada a un proceso por vía del emplazamiento en una sucursal, respecto de un acto cuyo contenido fáctico le es ajeno a ella y donde, muy probablemente, no se dispone adecuadamente de medios suficientes de información para plantear una oportuna y eficaz defensa<sup>(46)</sup>.

No se desconoce que la representación, asiento o sucursal, técnicamente, es la misma sociedad extranjera demandada. Sin embargo, reiteramos, ante un caso en que habiéndose celebrado un contrato con la matriz (o un representante suyo en el exterior), la representación en el país hubiera permanecido ajena por completo a ese negocio y fuera emplazada en juicio, la contestación de demanda que plantee una defensa tendiente a demostrar la existencia de una indefensión derivada del hecho de no haberse podido razonablemente prever la posibilidad de ser demandada en el país por actos ajenos al obrar de la representación argentina, debe ser atendida.

(44) Ver: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 633.

(45) BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. I, p. 690.

(46) Véase: CNCom., sala A, 5/8/1983, "Icesa c. Bravox".

Esta indefensión, en todo caso, sería de orden procesal y estaría dada por la imposibilidad de procurarse los elementos para el cabal y adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio. Interesante es, igualmente, preguntarse si en esta línea de ideas y ante una articulación de este tipo, la indefensión alegada serviría como suficiente sustento a una defensa (excepción de incompetencia), que autorizase a rechazar la demanda o como un mero medio de obtener la suspensión del procedimiento (ej.: contestación de la demanda) y consiguiente ampliación de plazos a ese fin. Cabrá examinar en todo caso, los criterios de atribución de jurisdicción aplicables en la cuestión.

Actualmente, los arts. 2650, inc. c), respecto de los contratos, y 2654, inc. c), respecto de los contratos de consumo, en el CCCN contemplan, expresamente, la atribución de competencia *en cabeza de los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación* —cualquier forma de representación— del demandado, mas aclarando que ello será así, *siempre que éstas hayan participado en la negociación o celebración del contrato*. Respecto de los contratos de consumo se alcanza también el caso en que el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

El art. 122, inc. b), no contiene sin embargo precisión de este último tipo en su texto<sup>(47)</sup>.

(47) Aparece útil transcribir en este punto el fallo de la CNCom., sala A, 15/3/2012, "MLG SH (Klock Sebastian y Gayo Maria Laura) y otros c/ Echt Mariano Ariel y otros s/ ordinario", donde se señaló que "el art. 118, tercer párrafo, LSC, establece las formalidades a que debe sujetarse una sociedad constituida en el extranjero que pretende establecer en el país asiento, sucursal o cualquier otra forma de representación permanente, a fin de realizar aquí los actos que son propios de su objeto social. En una situación claramente distinta se halla, por otro lado, la sociedad que solo pretende realizar en el país actos aislados, supuesto expresamente contemplado por el artículo citado, primer párrafo, que consagra la plena capacidad de una sociedad foránea a esos efectos, sin necesidad de cumplimiento de recaudo previo alguno".

"Entonces, como se ha señalado, el art. 118, inc. 3º, LSC, contempla que para el ejercicio habitual los actos comprendidos en el objeto social mediante el establecimiento de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, las sociedades extranjeras deberán justificar la decisión de crear dicha representación y la designación de la persona a cuyo cargo ella estará (inc. 3º). Esta disposición alude las formalidades a que debe sujetarse una sociedad constituida en el extranjero que pretende realizar aquí los actos que son propios de su objeto social, encontrándose esta regulación encaminada, fundamentalmente, a la localización y debida individualización de aquellas personas jurídicas que desean integrarse a la realidad económica de nuestro medio como uno de sus agentes activos, es claro entonces, que el mero otorgamiento de poder judicial no importa el cumplimiento de los extremos requeridos por la norma citada... que toda sociedad extranjera, aun actuando en el país de modo irregular, sin las pertinentes inscripciones exigidas por el art. 118, tercer párr. LSC, se halla habilitada para estar en juicio (conf. art. 118 segundo párr.) y deberá ser emplazada debidamente, hallándose comprometidos en ello, elementales principios de defensa en juicio".

### 5.) El emplazamiento en juicio de una sociedad extranjera

5.1. Presponiendo, como base, la existencia de jurisdicción internacional argentina para entender en la causa, el art. 122 LSC capta el problema del emplazamiento en juicio a través de una norma material, estableciendo como soluciones de fondo las siguientes alternativas:

i) si la sociedad realizó en el país un acto aislado, en principio, deberá notificarse el traslado en el domicilio en el extranjero, mas también cabe la posibilidad del emplazamiento personal de la demandada en el país, por medio de la persona del representante social o apoderado que hubiese intervenido en el acto motivo de la controversia, con facultades para ello (inc. a). Es claro que si en el país no se hallare tal apoderado o representante, no cabría tal emplazamiento, como tampoco sería procedente si, quien se halla en el país, no tuvo actuación decisiva en calidad de apoderado en el concreto acto de que se trata, snpuestos en que se deberá proceder a la notificación de la demanda en el extranjero mediante las diligencias propias del auxilio procesal internacional;

ii) si el acto hubiese sido realizado por la representación, asiento o sucursal en el país de una sociedad extranjera, sin duda procedería el emplazamiento en la figura del representante designado como su cabeza visible al efecto —arts. 118, tercer párrafo, 122, inc. b), LSC— (véase: UZAL, MARÍA ELISA, 'El emplazamiento en juicio de una sociedad extranjera', RDCO, N° 127/128, ps. 233 y ss.).

En suma, el art. 122, inc. a), LSC, habilita el emplazamiento personal de la demandada en el país, por medio de la persona del representante social o apoderado que hubiese intervenido en el acto aislado motivo de la controversia, con facultades para ello, ya que si la sociedad se hubiese inscripto en el país para realizar actos con habitualidad y permanencia y se demanda con motivo de un acto que hubiere sido realizado por la representación, asiento o sucursal en el país que una sociedad extranjera ha establecido a ese fin (art. 118, tercer párr.), sin duda procederá el emplazamiento en la figura del representante designado, como su cabeza visible al efecto (conf. UZAL, MARÍA ELISA, ob. cit., p. 234). A contrario sensu, dicho emplazamiento no es procedente si, quien se halla en el país, no tuvo actuación decisiva en calidad de apoderado en el acto que motiva la *litis*, se trata de un acto relacionado con la representación societaria local, ejercida a los fines indicados en la norma legal de aplicación —v.gr., si se trata de actos obrados por la matriz en el extranjero—.

5.2. Cabe pues indagar si, como sostiene la accionante, existe efectiva vinculación entre el acto que motivó esta controversia judicial y la participación de... los apoderados de la codemandada mencionada con facultades suficientes a tal efecto.

Ahora bien, no surgen de los elementos obrantes en la causa que los profesionales integrantes del estudio... hayan intervenido como apoderados de la sociedad extranjera en el contrato celebrado entre la actora y la codemandada..., esto es, en el acto de otorgamiento de la licencia a favor de la accionante, en rigor, ese extremo ni siquiera fue invocado.

Sin embargo, ninguno de los extremos referidos resulta suficiente para encuadrar el caso en el tipo legal del art. 122, inc. a), LSC, pues, se reitera, sólo resulta procedente el emplazamiento personal de la demandada en el país, por medio de la persona de un apoderado convencional, si éste hubiese tenido actuación decisiva en el acto que motivó la controversia y, en el caso, dicha circunstancia no aparece abonada con los elementos obrantes en la causa, pues ni 'el poder judicial amplio', ni el mandato solamente referido en la escritura constitutiva del gravamen hipotecario refieren, en forma determinante, al vínculo contractual habido... Véase que el primero de los instrumentos citados faculta a los apoderados para representarla 'en cualquier asunto, juicio, causa, sumario, pleito, expediente o licitación, pública o privada, nacional o internacional, en actuaciones administrativas, medidas preliminares o precautorias en que estuviera interesada como actora, demandada... o en cualquier otro carácter, iniciado o a iniciarse, radicado ante cualquier repartición, fuero, jurisdicción u organismo...; pudiendo realizar a tal efecto todos los actos procesales, administrativos y/o judiciales' allí enuncrados relativos a la defensa de la

### En fallo "Brandt Leopoldo c. The Gates Rubber Company/s ordinario" que comentamos, en las notas 38 y 42<sup>(48)</sup> que encuadraba en los prime-

poderrante, mas no refiere la atribución de representarla en la concertación de contratos relativos a su giro comercial (véanse fs. 1023-1025). Tampoco surge acreditada esta última facultad de la escritura copiada en fs. 1.042/1.048 constitutiva de la hipoteca que gravó el inmueble de propiedad de... en garantía del cumplimiento del contrato de licencia celebrado..., del cual sólo resulta que el escribano interviniente tuvo por acreditada la personería con el poder otorgado el 7/12/2007 ante el notario público de los Estados Unidos de Norteamérica 'que debidamente apostillado tengo a la vista y en copia agregó, mas no obra agregada al expediente copia de este último instrumento, por lo que en este contexto no puede tenerse por acreditada sin más la afirmación de la accionante en punto a que por el poder de fecha 7/12/2007 se facultó, efectivamente... para atender negocios sociales. De todos modos, *prima facie*, aquel negocio resulta ajeno a la concreta relación que origina estas actuaciones.

Desde otro sesgo, la intervención en el trámite de mediación o el intercambio de cartas documento que pudo haberse concretado en el país por medio de un letrado, en tanto actos preparatorios de una acción judicial, tampoco autoriza a tener por configurado el supuesto aludido por la norma legal citada. Máximo que estos letrados, al ser notificados, rechazaron el emplazamiento invocando sólo haber llevado adelante una actuación profesional. (conf. esta CNCom., sala D, 31/8/1987, 'Brandt Leopoldo c. The Gates Rubber Company s. ordinario' —votos de los Dres. Alberti y Arecha—, comentado en RDCO, 127-128, ps. 233 y ss., ya referido).

Véase que las características exigidas por el art. 122 no dan *per se* en el apoderado judicial designado, toda vez que si bien atiende los asuntos litigiosos que la sociedad le encomienda, por ese solo hecho del otorgamiento del mandato no debe estar enterado del giro de los negocios de su mandante, es más, usualmente, desconocerá los extremos necesarios para proveer una adecuada defensa de intereses que no le serán confiados hasta el emplazamiento (arg. esta CNCom., sala D, 7/2/1990, 'Contacta SA c. Club Sol Este SA s. ordinario'; id., sala C, 13/2/2004, 'Irueste García Francisco c. Banco UBS Argentina SRL s. sumario').

Es que, en los snpuestos en que media representación convencional, la eficacia de la notificación del traslado de la demanda que se hiciera en la persona del representante se encuentra snbordinada a la condición de que este se presente en tal carácter, habida cuenta que —cualquiera sea la extensión del mandato— nadie puede ser obligado a actuar en juicio en contra de su propia voluntad en nombre y representación de su mandante (véase: Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. VI, p. 67, p. 551):

(48) Véase nuestro comentario del fallo "Brandt, Leopoldo c. The Gates Rubber Company s. ordinario"; en: UZAL, MARÍA ELISA, "El emplazamiento...", cit. Son interesantes los hechos del caso: El actor manifestó ser representante de ventas exclusivo de la fábrica estadounidense accionada, en virtud de un convenio formal suscrito entre esa parte y el representante de una subsidiaria de la demandada. En él se preveía una tácita reconducción de la relación *sine die*, aunque con la posibilidad de rescisión unilateral por causa eficiente. Ante determinadas circunstancias, la empresa norteamericana decide ejercer su facultad de rescindir; la actora rechaza la decisión tildándola de ilícita y demanda indemnización por las ventas actuales y las expectativas contractuales futuras, proponiendo someter la controversia al laudo de "árbitros-arbitradores". A fin de correr traslado de la acción, si bien la demandada se domiciliaba en Denver, Colorado (EE.UU.), se señaló un domicilio en el país correspondiente al estudio jurídico que representó los intereses de la contraria, por medio de un intercambio de cartas-documento, y en él se pidió la notificación de la demanda, invocando que esos letrados revestían la calidad de "representantes". El tribunal de primera instancia condicionó el traslado en el domicilio propuesto, a que el peticionante acreditase "los supuestos exigidos por el art. 118, tercer párr., inc. 3, ley

ros supuestos que analizamos (a y b), se admitió en la segunda instancia (ante la ambigüedad del planteo de la actora), que se intentase notificar la demanda en la persona que se individualizó como representante de la accionada en el país, previendo que el acto surtiría efecto si éste aceptase su habilitación a ese fin (lo que en los hechos no ocurrió, pues el letrado en cuestión, al ser notificado, se presentó alegando haber actuado como mero profesional). Además, se admitió la previa diligencia de determinar si existía tal designación en calidad de representante en los términos del art. 118, tercer párrafo.

La solución adoptada por la segunda instancia tuvo, evidentemente, un sesgo práctico, sin embargo, no parece desdeñable dejar en manos de la accionada realizar las articulaciones tendientes a resguardar acabadamente su derecho de defensa en juicio —mediante las excepciones de falta de legitimación o de falta de acción—, aunque resulta algo contradictorio mezclar dos normativas diferentes.

En efecto, en ese caso, por un lado se admitió que el actor notificase a quien él indicaba como representante de la contraria en los términos del art. 122, inc. a), y por otro se confirmó una medida dirigida a acreditar el supuesto de inscripción de representante que prevé el art. 118, apart. 3º, que sólo se aplica en casos de establecimiento de sede, asiento o representación permanente, supuesto que no había sido invocado siquiera y que no es requisito de la primera forma de emplazamiento admitida en caso de actos aislados.

#### V. SOCIEDADES DE TIPO DESCONOCIDO

El art. 119 de la LGS bajo el acápite: "Tipo desconocido", dispone que el art. 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República y que corresponde al juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley.

Ello torna aplicables a las sociedades extranjeras alcanzadas por el art. 118, de estas características, los mismos requisitos que la ley societaria y las reglamentaciones registrales imponen a las sociedades anónimas, entendiéndose que la asimilación a esta última figura viene

19.550". Ello fue resistido por la actora quien pretendió encuadrar el caso en el tipo legal del art. 122, inc. a), sosteniendo que se trataba de una sociedad extranjera que realizó en el país "como acto aislado" o "actividad ocasional", sólo la designación de representante para que mediase en las adquisiciones de mercaderías por ella producidas y que bien podía ser emplazada en la persona que intervino en tales actos.

impuesta por la necesidad de resguardar con las mayores garantías el tráfico jurídico, acreditando las condiciones de máximo rigor.

En el caso de sociedades de tipo desconocido debe indicarse, además, que la sociedad es atípica para el derecho argentino y cuál es el régimen de responsabilidad que le cabe a los socios por las obligaciones sociales.

La RG 7/2015, en su art. 216, reglamentando el art. 119, LGS, establece ciertas exigencias específicas, además de las previstas en el art. 118. Dispone, por ejemplo, que

1) Debe explicitarse en el dictamen de precalificación profesional, dictamen de abogado o notario de la jurisdicción extranjera correspondiente —con certificación de vigencia de su matrícula o registro—, el alcance de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales que se contraigan por la actuación del asiento, sucursal o representación permanente, salvo que tal extremo resulte claramente de la documentación acompañada en cumplimiento del art. 118, LGS (contrato o acto constitutivo de la sociedad y sus reformas) en copia original o certificada notarialmente o por autoridad registral de la jurisdicción de origen; la resolución del órgano social competente de la sociedad que decidió crear el asiento, sucursal o representación permanente en la República Argentina —exigencia que es reproducida por los incs. 2º y 3º del art. 206 de la misma RG 7/2015— o documento separado suscripto por funcionario de la sociedad cuyas facultades representativas deben constar en él, justificadas ante notario o funcionario público.

2) Se ha de acompañar también la constancia original de la publicación prescripta por el art. 118, párrafo tercero, inc. 2º, de la ley 19.550 (reproducida y complementada en el inc. 5º del citado art. 206, RG 7/2015, ya referido *supra*) que cuando se trate de un tipo desconocido por las leyes de la República Argentina debe ajustarse a las exigencias de la sociedad por acciones, conteniendo:

a. Con respecto de la sucursal, asiento o representación, se indicarán su sede social, capital asignado si lo hubiere y fecha de cierre de su ejercicio económico;

b. Con respecto del representante, sus datos personales, domicilio especial constituido, plazo de la representación si lo hubiere, restricciones al mandato, en su caso y carácter de la actuación en caso de designarse más de un representante;

c. Con respecto de la sociedad del exterior, los datos previstos en el art. 10, incs. a) y b), de la ley 19.550 en relación con su acto constitutivo y reformas, si las hubo, en vigencia al tiempo de solicitarse la inscripción;

pueden omitirse aquellos que el derecho aplicable a la sociedad no exija o faculte a omitir en la constitución o modificación de la misma, pudiendo justificarse tal dispensa con la transcripción de las normas pertinentes en el dictamen de precalificación profesional, o bien acompañándose dictamen de abogado o notario de la jurisdicción extranjera correspondiente con certificación de vigencia de su matrícula o registro.

## VI. SOCIEDADES OFF SHORE

### 1. Breve panorama

Las denominadas sociedades *off shore* se constituyen en un determinado Estado para realizar actividades exclusivamente en otros países distintos a su país de origen, se las constituye bajo legislaciones especiales con la condición de que su actuación estará limitada a la realización de actos fuera del territorio de ese país, generalmente, con exclusividad en el campo de las inversiones, *prohibiéndole la práctica de actos vinculados a su objeto social y el desarrollo de actividad comercial dentro del territorio del país de origen o admitiéndoles sólo una actividad es sumamente restringida*: ej., sólo pueden ser tenedoras de acciones de empresas extranjeras.

Las jurisdicciones *off shore* o *paraísos fiscales* (las Islas Vírgenes, la Isla de Guam, la Isla de Man, Islas Caimán, Islas Cook, etc.), son las proveedoras de estas sociedades vehículo para propósitos determinados, pero también lo hacen países como Holanda, Panamá, Liechtenstein, Liberia, Uruguay o enclaves como Gibraltar, Toronto, etc. Estas jurisdicciones proporcionan un lugar para *domiciliarse*, brindan protección a sus socios con el anonimato, protección o inmunidad contable, secreto bancario, confidencialidad, casi nula burocracia, impuestos preacordados de muy bajo monto o con porcentajes mínimos en relación al volumen de las operaciones, permitiendo fácilmente, la evasión o elusión en los países donde actúan<sup>(49)</sup>, sin embargo, su actividad, no debe ser calificada de ilegítima si es que no transgrede ninguna disposición del ordenamiento jurídico, si sólo es utilizada como un instrumento que se ajusta de algún modo a los intereses de quienes recurren a estas figuras y si es que, *además, se sujetan a los requerimientos que la leyes locales les imponen para adaptarse a los respectivos ordenamientos*.

Estos rasgos típicos, sin embargo, han hecho que se asociaran estas figuras con el fraude a la ley y que hayan sido señaladas como instru-

(49) Véase: VÍTOLO, DANIEL R., "Uso y abuso de las estructuras societarias *off shore*", LA LEY, 2005-B, 904.

mentos funcionales a situaciones de corrupción, lavado de dinero, narcotráfico, terrorismo internacional, evasión fiscal, desvíos de fondos, ventas de títulos encubiertas, venta de órganos, trata de personas, etc. Las sociedades *off shore* en muchas ocasiones aparecen al servicio de estos flagelos del proyecciones transnacionales o asociadas a ellos y como instrumentos de fraudes corporativos.

Algunos resonantes casos brindan claros ejemplos y han provocado importantes reacciones, baste sólo citar: *Enron*, con una red de 900 firmas *off shore* fantasmas y otros casos en los que el fraude corporativo o empresario aparece asociado a delitos transnacionales: *Worldcom*; *Parmalat*; *Global Crossing*; *Aol/Time Warner*; *Adelphia*; *Tycon*; *Dynergy*; *Madoff*, etc. Entre nosotros, los casos: *IBM-Banco Nación*; *Banco General de Negocios*; *Banco Austral*; *Banco República*; *Southern Winds*, etcétera<sup>(50)</sup>.

Durante la década del 80 del siglo pasado, el mundo se centró principalmente en combatir el flagelo del "narcotráfico". Ese interés se vio expuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes de Viena de 1988 —ley 24.072 (BO 1992)—.

Con posterioridad, en la década del 90, se agregó a la agenda internacional el fenómeno de la "corrupción" en el sector público. Los dos tratados internacionales más relevantes en esta materia son los de la *Convención Interamericana contra la Corrupción de Caracas, 1996* (ley 24.759 [BO 1997]) y *Convención de la (OCDE) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, de París, 1997* (ley 25.319 [BO 1998]).

(50) DURRIEU, ROBERTO (h), en "Fraude Corporativo como delito transnacional", [www.estiudiodurrieu.com.ar/articulo\\_2006\\_12\\_26.htm](http://www.estiudiodurrieu.com.ar/articulo_2006_12_26.htm), señalaba: "Nadie olvidará a Ken Lay y Jeff Skilling de 'Enron' —la séptima empresa más grande en tamaño de los Estados Unidos de Norteamérica, de la que se desviaron fondos a través de más de 900 firmas *off shore* fantasmas, produciéndose así la mayor quiebra privada no bancaria en la historia de ese país. Otro caso resonante fue el de Bernie Ebbers de 'WorldCom', donde dolosas exageraciones al dar a conocer supuestas utilidades y los estados de *cash flow*, fueron el desencadenante de una defraudación que osciló los 3800 millones de dólares. Entre otros casos resonantes también encontramos los de Dennis Kozlowsky y Mark Swart de 'Tycos Corporations', Jaime Ollis de 'Dynergy Inc.', Martín Glass de 'Rite Aid Corp.', o el de la 'célebre' Martha Stewart. En el plano europeo, tomó gran notoriedad el caso de Fausto Tonna de 'Parmalat', donde se recurrió a la falsificación de balances contables y certificados de depósito bancarios con miras a ocultar millonarias pérdidas y aparentar una liquidez que no tenían... Todos, en definitiva, son parte de la 'criminalidad económica organizada de carácter transnacional'. Este último término fue utilizado, entre otros, por Gracia Martín, 'Prolegómenos para la lucha por la moderización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia', *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2003, p. 161". Véanse también las interesantes referencias de VÍTOLO, DANIEL R., "Uso y abuso...", cit., en relación con los antecedentes nacionales; VÍTOLO, DANIEL R., "Prevención sobre el uso de estructuras jurídicas *off shore* frente al delito de lavado de dinero y el crimen organizado", ED del 13/12/2004; DURRIEU, ROBERTO (h), "Ladrones de cuello blanco", *Diario La Nación*, Sec. Económica, 24/7/2005 ([www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar)), entre otros.

Arribando al nuevo milenio, se sumó el "lavado de dinero" como fenómeno transnacional, mediante la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo (Italia)* de diciembre 2000 (ley 25.632 [BO 2002]).

En nuestros días, el temario se completa con dos flagelos que acechan a la vida republicana y democrática; por un lado el "Terrorismo Internacional" y sus vías de financiamiento y, por el otro, el del "Fraude Corporativo" ("*Corporate Fraud*").

Con respecto a este último fenómeno, cabe decir que los países asumieron un importante compromiso en la materia, al suscribir la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción empresarial*, aprobada New York, en diciembre de 2003 (ley 26.097. [BO 2006]).

El fraude empresario ha tomado un nuevo impulso a partir de la crisis financiera sufrida por los Estados Unidos y el mundo a mediados del año 2002. La confianza de los inversores bursátiles se dilapidó en cuestión de días a raíz de gigantescos fraudes<sup>(51)</sup>.

(51) Véase: DURRIEU, ROBERTO (h), en "Fraude corporativo como delito...", cit. En ese documento Durrieu brinda una definición y análisis del "fraude corporativo" o corrupción empresarial que creemos muy útil transcribir textualmente: "La figura jurídica del 'fraude' tiene su origen con el Imperio Romano, quienes lo definieron como 'toda astucia, falacia o maquinación empleada para engañar, burlar y alucinar a otros.' A su vez, la definición dogmática del 'fraude corporativo' tal cual la conocemos actualmente, nace a comienzos de este siglo. El detonante fue la ya citada crisis financiera internacional del año 2002. Se trata de un término o expresión que ha venido a abarcar los fraudes perpetrados por los directivos, síndicos o empleados de entidades corporativas en perjuicio económico de sus propias empresas. Debe quedar en claro que las víctimas directas de estas maniobras delictivas son principalmente los accionistas, inversores, clientes, empleados y los proveedores de la empresa afectada".

"Indudablemente se trata de hechos de 'corrupción.' La corrupción 'es la utilización indebida de un patrimonio común, en beneficio de un tercero a quien no estaba destinado esa ganancia'".

"A fin del siglo pasado la corrupción era analizada sólo desde el punto de vista público. En nuestros días, es indistinto si el acto de corrupción recae sobre un patrimonio público o privado; todas son fraudulentas malversaciones de fondos que debilitan de igual modo a las instituciones y los sistemas democráticos".

"Con gran énfasis, desde comienzos de este siglo, los organismos internacionales como la OCDE, ONU, OEA y Banco Mundial se vienen refiriendo a la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción —pública o privada— para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenido y el imperio de la ley".

"La corrupción en los mercados económicos conlleva inexorablemente a la ineficacia del Estado, la ausencia de transparencia en la actividad financiera y la difícil sistematización de la administración pública con el sector privado. Todo esto afecta indudablemente al desarrollo sostenido y equilibrado de la economía, derivando normalmente en una crisis financiera".

Este panorama ha determinado que los Estados reaccionaran frente a los requerimientos del concierto de las naciones para combatir los flagelos que hemos mencionado, comenzando por el lavado de dinero, el

"La prevención y el combate de estas actividades es sumamente dificultoso para los Estados, quienes se han visto forzados a establecer principios universales tendientes a asegurar una eficaz prevención y lucha de este flagelo...".

"Además, el evidente fracaso de los Estados en disminuir de manera efectiva el avance de la corrupción empresarial, ha forzado a la legislación universal a dictar nuevas normas vinculadas al 'gobierno corporativo' ("*Corporate Governance*") con miras a asegurar una actividad empresarial más justa, leal y transparente. Estas normas no hacen más que delegar funciones —que tradicionalmente le correspondían al Estado— en distintos agentes de la actividad económica. No caben dudas que hoy en día, el denominado 'hombre de negocios' tiene más obligaciones jurídicas que las que poseía tiempo atrás".

"Características distintivas: delito transnacional, mutable, moderno, 'White Collar Crime' y cuantía. El delito en cuestión contiene cinco características que lo distinguen: (i) se trata de un delito transnacional; (ii) particularmente mutante; (iii) que ingresa en la clasificación de los denominados delitos modernos; (iv) de *white collar crime* y (v) se destaca por su cuantía. A continuación analizamos cada una de ellas".

"Delito transnacional: Las maniobras que conforman estos ilícitos no reconocen fronteras, trascendiendo ampliamente los márgenes territoriales de los Estados. El mundo globalizado en el que nos vemos inmersos ha forzado la necesidad de recurrir a la cooperación internacional para prevenir y combatir este flagelo en forma ordenada y eficiente. La legislación comparada más avanzada nos enseña que en muchos casos ya no basta con el principio de territorialidad, principio real o de defensa, o bien el principio de nacionalidad para definir los principios y tribunales competentes para tratar estos temas. Se observa una tendencia supranacional, universal o cosmopolita de la aplicación espacial del derecho penal. Tan solo un ejemplo de esta realidad es la última postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el renombrado caso 'Pasquantino vs. United States' del 26 de abril de 2006, donde se ha impuesto el principio de 'US wire-fraud' o de sistema de fraude por cable, el cual establece que los Tribunales de ese país tendrán competencia para juzgar cualquier delito económico exigiéndose tan solo la existencia de una comunicación por cable de ese país. La imposición de normas con carácter extraterritorial tales como la *Sarbanes Oxley Act (SoX)*, *Foreign Corrupt Practice Act*, o la *Patriot Act*, entre muchas otras, también son un fiel reflejo de lo que venimos exponiendo. El mundo tiende, en definitiva, a proporcionar una respuesta uniforme que evite la conformación de paraísos jurídico-penales".

"Mutabilidad: Es notable las varias modalidades que emplean los defraudadores para lograr sus designios; adaptan sus acciones conforme a las circunstancias de modo, tiempo y lugar. El avance de la tecnología y la globalización han hecho incluso más variable el escenario. Resultan frecuentes la utilización de facturas apócrifas, la desviación de activos mediante la endeble utilización del sistema bancario de *home banking*, o mediante el sistema informal de transferencia de activos denominado *hawala*. También es muy frecuente que estos verdaderos ingenieros del delito utilicen sociedades "Shell Co.", "Ghost Co." o simplemente sociedades *off shore* generalmente inscritas en 'paraísos fiscales', donde el mercado cambiario se encuentra tenuemente regulado y existen a su vez normas que dificultan el levantamiento del secreto bancario. Las operaciones fraudulentas son igual de mutantes que las del resto de los delitos modernos, entre los que se encuentra el del lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, tráfico de estupefacientes, contrabando, delitos ambientales, fraude al fisco, soborno transnacional, entre otros".

"'White Collar Crime': a diferencia de los delitos de cuello negro (*black collar*), los de cuello blanco o también llamados de 'guante blanco', son los cometidos por personas con

formación profesional, de un respetable *status* social, superior en muchos casos a la medio. El fraude corporativo, por supuesto, es uno de ellos.

"Delito moderno: Silva Sánchez en su libro 'Expansión del derecho Penal' clasifica a los delitos modernos como los de la 'tercera velocidad'. Según el mismo autor, dentro de esta clasificación se encuentran los crímenes vinculados a la criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos (*crimes of the powerful —corporate and business crime—*) que son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización. La realidad que mencionamos no carece de consecuencias en el ámbito jurídico, donde se observa un fuerte incremento en la responsabilidad penal de los directivos y síndicos de la empresa mediante la apreciación de sus deberes de cuidado. Esta cuestión viene unida a la aplicación cada día más frecuente de criterios de imputación que parten de la doctrina 'de la posición de garante' y de los delitos de 'comisión por omisión,' y a la proliferación de los delitos de peligro abstracto en defensa de bienes jurídicos pluriofensivos y a un claro aumento de los delitos imprudentes".

"Cuánta: En torno a la también llamada 'criminalidad de las empresas' se observa la capacidad que tiene este ilícito para desestabilizar los mercados económicos y la seguridad ciudadana. Si bien es imposible alcanzar datos certeros sobre la magnitud de bienes que involucran el fenómeno bajo estudio, distintos organismos públicos y privados han realizado estimaciones que demuestran su constante expansión".

"Según información del Fondo Monetario Internacional, la inversión en los países corruptos es del 5% más baja que en los menos corruptos".

"Agrega el Banco Mundial en sus recientes informes que el flagelo de la corrupción afecta entre el 0,5 y 1% del crecimiento de los países".

"A su vez, la *Association of Certified Fraud Examiners* afirma que sólo en los Estados Unidos el 6% de las ganancias de una empresa se pierden anualmente producto de maniobras de fraude corporativo".

"En lo que concierne a la Argentina, la organización internacional 'Transparency International', viene colocando a nuestro país como uno de los más corruptos del universo, al otorgarle en el periodo 2000/2006 su peor puntaje de 2,8 y su mejor marca de 3,5 en una escala que va de 10 puntos para los países más transparentes a 1 para las naciones más corruptas".

"Por otra parte, también en el ámbito de nuestro país, la filial argentina de KPMG, ha arribado a las siguientes conclusiones: (i) el fraude corporativo anual, dentro y fuera de las empresas representa el 5% del PBI nacional, equivalente a US\$ 9,500 millones de dólares; (ii) más de la mitad de las compañías argentinas reconocieron haber sido defraudadas el último año; (iii) si bien la cifra viene en ascenso, a la fecha sólo se denunciaron 1/3 de los casos; (iv) las razones por las que una empresa decide denunciar son fundamentalmente y en este orden de prioridad: por imposición de sus propios 'códigos de ética' como mecanismo ejemplificador y de orden, para acceder a beneficios impositivos y previsionales, proteger el buen nombre de la persona jurídica y, finalmente, con el fin de recuperar los activos perdidos (*asset recovery*)".

"Por último, la auditora Ernst & Young, filial Argentina, también realizó el corriente año una encuesta de opinión con más de 400 casos, que arrojó los siguientes resultados: (i) el 31 % de las empresas de entre 500 y 1000 empleados fue víctima de fraudes corporativos; (ii) La oportunidad —falta de controles—, la ambición, los problemas económicos, el resentimiento por la empresa, son los principales motivos por los que un funcionario recae en esta conducta; (iii) a mayor antigüedad en la empresa, mayor es la posibilidad de fraudes". Véanse también las citas 8 a 26 a las que remito y en particular la cita 19 que reproduce: "La palabra '*hawala*' significa 'transferencia' o 'giro cablegráfico' en la jerga bancaria árabe. Funciona del siguiente modo: 'Un individuo del país A quiere enviar fondos a un individuo del país B. Inicia entonces la transacción dándole dinero al proveedor

crimen transnacional organizado y la corrupción en todas sus formas<sup>(52)</sup>. Es evidente que un camino para ello es asociarse a esfuerzos internacionales en ese sentido.

La aprobación de la *Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996* obliga al Estado respecto de las medidas preventivas y penales que contiene para prevenir, evitar y erradicar la corrupción en la función pública.

Al año siguiente, se aprobó en París, la *Convención para Prevenir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, conocida como la *Convención de la OCDE* y orientada a prevenir el soborno transnacional. La crisis del año 2002 evidenció que la corrupción no sólo afecta al sector público, sino que igual importancia tiene la corrupción que se produce en el sector privado y determinó que el 31 de octubre de 2003 prácticamente todos los países del mundo suscribieran en New York la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, orientada a prevenir y reprimir el fraude corporativo.

El derecho internacional se debe preocupar de la corrupción que se produce exclusivamente entre particulares<sup>(53)</sup>, pues los fraudes corporativos de gran magnitud, perjudican no sólo a los accionistas e inversores, sino que distorsionan las economías regionales y globales, afectan las reglas del mercado, deterioran la calidad institucional y la moral general y lesionan a miles de familias que directa o indirectamente se vinculaban a esas empresas<sup>(54)</sup>.

Consecuencia del cuadro descripto ha sido la necesidad de ajustar los sistemas de fiscalización de aquellas figuras societarias que apare-

del servicio denominado *hawalador* en el país A, recibiendo de este último un código de certificación. Así las cosas, el *hawalador* del país A le ordena a su par en el país B que le entregue al beneficiario una cantidad equivalente de fondos en moneda local. Para recibir los fondos, el beneficiario debe revelar el código de certificación que se le dio al cliente en el país A". Para más información consultar: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, "Informal funds transfer system: an analysis of the hawala system", 2003, *Report*, nro. 25803. Véase también: VÍTOLO, DANIEL R., "Uso y abuso...", cit.; VÍTOLO, DANIEL R., "Prevenición sobre el uso de estructuras jurídicas *off shore* frente al delito de lavado de dinero y el crimen organizado", ED del 13/12/2004.

(52) La Primera Cumbre de Presidentes de las Américas del año 1994 fue el motor para la posterior aprobación en de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 que ya fue ratificada por casi todos los países del hemisferio.

(53) La Argentina es miembro pleno del Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF-OCDE, GAFI).

(54) Véase en el mismo sentido: DURRIBU, ROBERTO (h), "Fraude Corporativo como delito...", cit.

cen funcionales a estas prácticas y que pueden brindar cómodo refugio a maniobras que necesitaban de anonimato y de ciertas inmunidades si se asocian con lógicas y razonables soluciones de instrumentos de fuente convencional y de fuente interna que brindan pleno reconocimiento a las personas jurídicas constituidas en el exterior, las cuales, obviamente, no han sido pensadas para perpetrar fraudes.

El llamado VII Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información Tributaria, celebrado en Berlín los días 28 y 29 de octubre de 2014, a iniciativa de Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido, acordó un *Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria* que tiene por objeto, precisamente, promover la cooperación internacional en materia tributaria mediante el intercambio de información. Este instrumento, que buscaba un acuerdo similar al FATCA, ya firmado entre la UE y los Estados Unidos, ha sido elaborado por el Grupo de Trabajo del Foro Global de la OCDE, integrado por representantes de los países miembros y de otros Estados y surge del trabajo desarrollado sobre prácticas fiscales perniciosas, que ha considerado “la falta de un intercambio efectivo de información” como uno de los criterios claves para determinar las prácticas fiscales nocivas.

El Acuerdo no tiene carácter vinculante, se presenta a la vez como un instrumento multilateral y como un modelo para los convenios o acuerdos bilaterales que deben acompañarlo. El primer instrumento no constituye un acuerdo “multilateral” en el sentido tradicional del término, sino que sienta las bases para un conjunto integrado de convenios bilaterales, dirigidos al intercambio de información anual sobre cuentas financieras superiores a 250.000 dólares de manera automática y estandarizada entre los países firmantes, es decir, sin requerimiento expreso de las autoridades fiscales extranjeras sobre casos individuales por indicios de fraude.

La Argentina ha suscripto el Acuerdo Global y 2017 es la fecha de inicio del intercambio automático de información, con datos referidos a cuentas financieras que estén abiertas a finales de 2015 y a cuentas que se abran con posterioridad a esa fecha.

También la OCDE presentó en julio de 2013 un Plan de Acción que diagnosticaba los principales problemas que había que afrontar, relativos a las BEPS, que recibió el respaldo en la Cumbre del G20 de San Petersburgo de 2013.

Con el término BEPS (*Base erosion and profit shifting*) se designan internacionalmente las estrategias de planificación fiscal utilizadas por las empresas multinacionales para aprovecharse de las discrepancias e inconsistencias de los sistemas fiscales nacionales y para trasladar sus

beneficios a países de escasa o nula tributación, donde las entidades apenas ejercen ninguna actividad económica y eludir de esta forma el pago del impuesto sobre sociedades. En este Plan de Acción de la OCDE se incluyeron quince medidas cuyo desarrollo está dirigido a combatir el problema de la evasión fiscal de las empresas multinacionales, con recomendaciones relativas a cómo hacer frente a este problema de forma coordinada internacionalmente, proponiendo una modificación del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE y recomendaciones de modificación de la normativa interna de cada país<sup>(55)</sup>.

## 2. Sociedades *off shore* en el DIPr. de fuente convencional y de fuente interna. Las resoluciones de la IGJ

### a) Enfoque general

En la línea de ideas desarrollada, reiteramos, que las sociedades *off shore* son constituidas, reconocidas, autorizadas o incorporadas en un Estado que les reconoce personalidad jurídica como sujetos de derecho, pero sin otorgarles capacidad o legitimación para actuar en su propio territorio, sino solamente fuera de las fronteras del mismo, se ha dicho que de alguna forma, con este modo de legislar, los Estados de origen *invaden las facultades legislativas y la soberanía territorial, que son exclusivas y excluyentes de otros Estados*<sup>(56)</sup>.

(55) Dichas medidas o acciones eran:

Acción 1: hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital.

Acción 2: neutralizar los efectos de los dispositivos híbridos.

Acción 3: reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Acción 4: limitar la erosión de la base imponible vía deducción de intereses y otros pagos financieros.

Acción 5: incrementar la eficiencia de las medidas para contrarrestar las prácticas fiscales perjudiciales, teniendo cuenta la transparencia y la sustantividad.

Acción 6: impedir el abuso de los convenios para evitar la doble imposición (CDI).

Acción 7: impedir la evitación deliberada de la condición de establecimiento permanente.

Acciones 8 a 10: garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor.

Acción 11: establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión.

Acción 12: requerir a los contribuyentes que comuniquen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.

Acción 13: nuevo análisis de la documentación sobre precios de transferencia.

Acción 14: hacer más efectivos los mecanismos para la resolución de controversias (procedimientos amistosos).

Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.

(56) Véase: VÍTOLO, DANIEL R., “Uso y abuso...”, cit.

El derecho internacional privado, que según sabemos, conforme al más moderno enfoque provee un sistema de reglas de coordinación entre ordenamientos, un "derecho de las relaciones entre ordenamientos jurídicos (*ius inter iura*)" que resuelve aquellos *casos* con proyecciones *transordenamientos*<sup>(57)</sup> encuentra en las *off shore* un excelente ejemplo de verdaderos "casos trans", desde que el propio Estado de origen disocia el régimen de capacidad de ente, autorizándolo a hacer en otros Estados lo que no le autoriza a hacer en el propio.

Es claro, sin embargo, que esa potestad, en relación con un Estado extranjero, sólo cabe en la medida en que este Estado admita los cursos de acción de que se trate, pues no es materia disponible la potestad sobre el tráfico jurídico interno en cuestiones de personalidad de los sujetos de derecho, sean personas físicas o jurídicas.

Cada país puede establecer sus propias reglas en este punto, dirigidas a las personas a las que reconoce el *status* de tal *dentro de su territorio*, pero no puede pretender imponer para la actuación en Estados extranjeros aquello que no autoriza en su propio Estado. *A lo sumo, podrá establecerse el modo de obrar en su propio país y dejar abierto a que otros Estados autoricen una capacidad diferenciada*. Sin embargo, es claro que en este último caso, es el Estado receptor el que debe establecer el régimen y los ajustes del caso.

Los Tratados y Convenciones internacionales en materia societaria de los que la Argentina es parte han advertido con claridad este tema.

Es por ello que, reiteramos, encontramos que las previsiones de los arts. 5º y 6º, y los arts. 8º y 9º de los Tratados de Derecho Comercial Internacional y Comercial Terrestre de Montevideo de 1889 y 1940, respectivamente, disponen en su art. 8º que las sociedades mercantiles se registrarán por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio. *Mas que, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cual intentan realizarlos*.

También se dice que los *representantes de dichas sociedades* contraen para con terceros *las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales*.

(57) Véase sobre esta noción BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, t. I, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 2 y ss., y UZAL, MARÍA ELSA, "Procesos de insolvencia internacional", ED, 2008-488/9 y 502/3.

De seguido, en el art. 9º del Tratado de 1940, se establece que las sociedades o corporaciones 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*.

En la *Convención de La Haya sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras de 1956*, si bien aún no vigente, existe asimismo un sistema de control que cubre el supuesto de *cambio de estatutos* de la sociedad y la movilidad de las sociedades de un Estado a otro con varias posibilidades igualmente tuitivas —véase *supra* punto II.2.b)—.

La *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo 1979)* dispone, conforme a su art. 2º, que la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de sociedades mercantiles se rigen por la *ley del lugar de constitución*, entendiéndose por tal, el Estado donde se cumplen los requisitos de forma y de fondo para la creación de esas sociedades.

Se establece sin embargo que, *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 él (art. 3º) y también, que para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social estas sociedades quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren y sujetas a los órganos jurisdiccionales de ese Estado y que la misma ley se aplicará al control de una sociedad mercantil que ejerce el comercio en otro Estado (arts. 4º y 6º) —captándose situaciones de obrar indirecto, mediante relaciones de control—*.

La convención contempla, finalmente, que las sociedades constituidas en un Estado y que *pretendan establecer la sede efectiva de su administración en otro, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos de la legislación de este último (art. 5º)*.

Es claro pues que todos los Tratados y Convenciones aprobados por la Argentina contienen un *reconocimiento de la atribución para autorizar y controlar*, en todo caso, el funcionamiento *de hecho* de las sociedades extranjeras que se establezcan en el país con sujeción a los requisitos que nuestra legislación establezca.

#### b) En la fuente interna

En nuestro DIPr. de fuente interna, el caso de las sociedades extranjeras *off shore* incluidas aparece encuadrable en los arts. 118 y 124, LGS. Sin embargo, estas normas fijan un criterio general, no contemplan las

excepciones dadas por los ribetes que asumen con su actuación particular las sociedades extranjeras de esta índole, máxime, cuando ellas son instrumentos para perpetrar fraudes a la ley.

Los compromisos internacionales contraídos por nuestro país para coadyuvar en la lucha contra delito transnacional si éstos se perpetraran a través de *fraudes corporativos*, tornaron necesarias previsiones especiales que reglamentasen la aplicación de los arts. 118, 123 y 124, LGS, en el caso particular, a fin de cumplir con nuestra parte en las acciones estratégicas necesarias para transparentar y equilibrar los comportamientos individuales.

La primera regulación que formuló la IGJ sobre las *off shore* fue la RG 2/2005, que generó todo un arduo debate en torno a la actuación de las sociedades extranjeras en el país, en particular si eran *off shore*.

Luego, la RG IGJ 7/2005, receptó en la materia, con algunas modificaciones, la RG IGJ 2/2005, estableciendo que la IGJ *no inscribirá* en el Registro Público de Comercio —a los fines de los arts. 118, tercer párrafo y 123 de la ley 19.550— sociedades *off shore* provenientes de jurisdicciones de ese carácter.

A su vez, estableció que se apreciará con *criterio restrictivo* el cumplimiento de los requisitos por parte de sociedades que, no siendo *off shore*, ni proviniendo de jurisdicciones de ese carácter, estén constituidas, registradas o incorporadas en *jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación* —listadas en el dec. 1037/2000— o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra el “lavado de dinero” y el crimen transnacional —países no considerados “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”—.

En estos últimos supuestos, *se resolvió también requerir la acreditación de que la sociedad desarrolle, de manera efectiva, actividad empresarial económicamente significativa en el lugar de su constitución, registro o incorporación o en terceros países, para lo cual la IGJ podrá requerir la documentación que allí se indica.*

El art. 1º del dec. 589/2013 ha modificado el alcance del término *jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación* estableciendo que deberá entenderse aplicado a países no considerados “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”. Y se considerará países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, a aquellos que suscriban con el gobierno de la República Argentina un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de

información amplio, siempre que se cumplimente el efectivo intercambio de información.

Luego, la RG 1/2014 modificó la RG 7/2005 a los efectos incorporar los nuevos preceptos establecidos en el dec. 589/2013 y la res. AFIP 3576/2013, en uso de las facultades dispuestas por el art. 21 de la ley 22.315, proporcionó ciertas calificaciones autónomas, bajo el acápite “Definiciones”.

Precisó así que

1. Países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados y regímenes tributarios especiales, *considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal* aquellos que disponga la Administración Federal de Ingresos Públicos, en virtud de lo dispuesto por el dec. 589/2013 y la res. AFIP 2576/2013, o la que en el futuro los sustituya, pudiendo asimismo la Inspección General de Justicia considerar como tales a otras jurisdicciones incluidas en listados de terceros países o de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

2. *Jurisdicciones no colaboradoras en la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo*: las categorizadas en tal condición conforme a lo dispuesto por la Unidad de Información Financiera (UIF) dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación o por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) u otros organismos internacionales.

3. *Sociedades off shore*: las constituidas en el extranjero que, conforme a las leyes del lugar de su constitución, incorporación o registro, 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.

4. *Jurisdicciones off shore*: 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.

5. Los términos “jurisdicción”, “jurisdicciones”, “país”, “países” o “exterior”, referidos a ámbitos territoriales ubicados fuera de la República Argentina, se consideran en sentido amplio comprensivo de Estados independientes o asociados, territorios, dominios, islas o cualesquiera otras unidades o ámbitos territoriales, independientes o no.

También dispuso sobre las *Sociedades provenientes de países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios*

*especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal o no colaboradoras en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, que*

La Inspección General de Justicia apreciará con criterio restrictivo el cumplimiento de los requisitos por parte de sociedades que, *no siendo off shore ni proviniendo de jurisdicciones de ese carácter*, estén constituidas, registradas o incorporadas en países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra el lavado de activos y financiación del terrorismo (art. 192).

Posteriormente, la RG 7/2015, en el ámbito de la Capital Federal, a su vez establece que estas sociedades deben *acreditar la subsistencia de su actividad en su lugar de constitución, incorporación o registro o en terceros países y que es principal respecto de su asiento, sucursal o representación con la documentación de su último ejercicio económico* (art. 239).

En la apreciación de la actividad desarrollada por las sociedades en el exterior, la Inspección General de Justicia evitará limitarse a la *consideración exclusiva del valor de los activos o volúmenes de operaciones, pudiendo ponderar —con base en documentación que se presente conforme al art. 206, inc. 4º, y toda otra que requiera ejerciendo las atribuciones de la ley 22.315— otros elementos de juicio como la naturaleza de las actividades de la sociedad, su conformación en un grupo de notoriedad internacional caracterizado por la división o complementariedad de actividades, la magnitud de recursos humanos afectados y demás factores que demuestren razonablemente la localización e importancia de la actividad desplegada en el exterior* (art. 241).

Es de destacar que la reglamentación que examinamos *no prohíbe* las sociedades *off shore*, pues ellas están constituidas, autorizadas, reconocidas o incorporadas por un Estado extranjero dentro del marco de su derecho soberano, lo que se ha hecho es sujetarlas a un control de su legitimación para actuar en el país, dadas sus limitaciones en el Estado de origen.

En efecto, el art. 218 dispone que la Inspección General de Justicia *no inscribirá a sociedades off shore provenientes de jurisdicciones de ese carácter*. Dichas sociedades, para desarrollar actividades destinadas al cumplimiento de su objeto o para constituir o tomar participación en otras sociedades, *deben con carácter previo adecuarse íntegramente a la legislación argentina*.

De otro lado, sin embargo, no todos los supuestos de sociedades *off shore* serán privadas de autorización, la normativa contempla, en par-

ticular, que aquellas que responden a las necesidades de inversores que requieren recurrir a sociedades *off shore*. Éstas aparecen como *instrumento de inversión de otra sociedad extranjera que directa o indirectamente ejerce su control por poseer derechos de voto suficientes para formar la voluntad social de la peticionaria* (art. 215, RG), en un marco de vínculos genuinos de inversión o de ciertos criterios de *planificación fiscal* y podrán registrarse, con la exigencia de que pongan de manifiesto al tiempo de requerir, en la solicitud de inscripción, que serán utilizadas como *vehículo de inversión*<sup>(58)</sup>.

## VII. LAS SOCIEDADES VEHÍCULO

Su ingreso al país fue autorizado por la RG 22/2004, IGJ, con el objetivo de atraer inversiones genuinas y legítimas, provenientes de grupos económicos transnacionales de reconocido prestigio, se ha observado que su empleo, bastante usual responde a razones de conveniencia en la organización societaria: planeamiento estratégico fiscal global en la utilización de créditos fiscales, planeamiento y financiamiento de proyectos, creación de figuras societarias neutras a los fines y efectos fiscales en el país de origen, etcétera.

El inversor internacional se vale de estructuras, entre las cuales se hallan las llamadas sociedades inversoras con propósitos específicos (*special purpose vehicles*), sociedades constituidas en el exterior, con objeto de inversión, titulares de acciones de sociedades locales (*holdings*) con las que dan cumplimiento a los tratados internacionales en materia de inversiones y a aquellos convenios que regulan aspectos impositivos de la cuestión de que se trate y a la normativa del país en el que la sociedad vehículo desarrolla su actividad<sup>(59)</sup>.

Si estas sociedades son parte integrante de grupos económicos multinacionales, cuyos controlantes, o "sociedad madre", cumplen holgadamente con los requisitos de la RG 7/2015, ellas, en cambio, *están dispensadas* de cumplir con los requisitos del inc. 4º, subinc. a) y b), del art. 206, RG.7/15 (subinc. a) —esto es, a) que la sociedad no tiene en su lugar de constitución, registro o incorporación, vedado o restringido el desarrollo de todas sus actividades o la principal o principales de ellas; b) que su actividad empresarial económicamente significativa y que el centro de dirección de la misma se encuentra fuera de la República Argentina)—, pues está declarado que es una *off shore* y que su inscripción

(58) Conf. VÍTOLO, DANIEL R., "Uso y abuso...", cit.

(59) Véase: PERCIAVALE, MARCELO, *Resolución general 7/2015. Comentada*, Erreius, Buenos Aires, 2015, ps. 294/5.

se pide para el exclusivo fin de ser "vehículo" o instrumento de inversión de otra sociedad extranjera que directa o indirectamente ejerce su control por poseer derechos de voto suficientes para formar la voluntad social de la peticionaria.

En cambio, sus accionistas controlantes están en condiciones de cumplir con la normativa en cuestión y deben acreditar los recaudos requeridos por la reglamentación<sup>(60)</sup>.

Además de los restantes requisitos del citado art. 206 de la RG 7/2015, en este caso, deben cumplirse los siguientes:

1. Acreditar que los requisitos dispensados son cumplidos por sociedad controlante directa o indirecta de la peticionaria de la inscripción.

2. Presentar la manifestación expresa de reconocimiento de la condición de "vehículo" de la peticionaria, la cual debe surgir de documentos emanados de los órganos de administración o gobierno de ella y de su controlante, acompañados con los recaudos necesarios para su inscripción.

3. Presentar el organigrama de sociedades con indicación de los porcentajes de participación que atribuyan control directo e indirecto único o plural, firmado con carácter de declaración jurada por el representante designado.

4. Individualizar, con los alcances y bajo las pautas del art. 206, inc. 4º, y del art. 213, a los socios titulares de las participaciones referidas en el inciso anterior.

La dispensa de requisitos corresponde también, en caso de *control conjunto, directo o indirecto*, debiendo cumplirse los mismos con respecto a las sociedades que lo ejerzan. A estos efectos, se entenderá como *control conjunto al que existe cuando la totalidad de los socios, o los que posean la mayoría de votos, han resuelto compartir el poder de formar la voluntad social de la entidad que ejerza el referido control, en virtud de acuerdos o pactos de sindicación*. En consecuencia, a los fines de solicitar su inscripción por esta vía, adicionalmente a lo requerido en esta sección deberá acreditarse documentalmente la existencia de dicha circunstancia.

La publicidad contemplada en el inc. 5º del art. 206 debe mencionar la denominación y domicilio de la sociedad de la cual la peticionaria de la inscripción sea "vehículo".

(60) Véase: PERCIAVALE, MARCELO, *Resolución general 7/2015. Comentada*, cit., p. 296.

La RG 7/2015, a su vez dispone respecto de las sociedades *off shore inscriptas con anterioridad a la vigencia de la anterior RG IGJ 7/2005*, que deben *acreditar la subsistencia de su principal actividad en terceros países —toda vez que no pueden hacerlo en su lugar de constitución, incorporación o registro—* (arts. 240 y 231, 237) para iniciar su proceso de regularización.

#### VIII. RÉGIMEN INFORMATIVO. CONTABILIDAD. CONTRALOR Y FISCALIZACIÓN

El art. 120 de la LGS, bajo el acápite "Contabilidad", prevé que *es obligatorio para la sociedad extranjera llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad de que se trate*.

En el caso de sociedades de tipo desconocido, se dispone que ambos aspectos deben satisfacerse con sujeción al criterio de máximo rigor, que ya lo hemos visto, es el que deben cumplir las sociedades por acciones (arg. art. 119, LGS).

La Inspección General de Justicia tiene respecto de las sociedades comprendidas en su ámbito de competencia las atribuciones y facultades generales resultantes de los arts. 6º, 7º y 8º de la ley 22.315.

Es útil hacer una reseña de las disposiciones de la IGJ en vigor, en la RG 7/2015, para cumplimentar en la práctica, algunos aspectos de los ítem que examinamos.

##### 1. Estados contables

Los estados contables de las sucursales, asientos o representaciones permanentes deben ser presentados dentro de los 120 días corridos posteriores a la fecha de cierre, confeccionados en lo pertinente de acuerdo con las normas técnicas fijadas en la reglamentación, firmados por el representante inscripto y con informe de auditoría (art. 231).

La Inspección General de Justicia verificará el mantenimiento en términos positivos del patrimonio neto y, si lo hubiere, del capital asignado inscripto en el Registro Público, que corresponda a la actuación de dichas sociedades a través de su sucursal o mediante otra cualquiera de las modalidades que prevé el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550, con base en los últimos estados contables que deban ser presentados, sin perjuicio del requerimiento de información relativa a la contabilidad separada prescripta por el art. 120 de la ley 19.550, si fuera necesaria.

Estas exigencias se aplicarán cuando corresponda a las sociedades constituidas en el extranjero inscriptas de acuerdo con el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550 en cualquiera de las modalidades de actuación, aparte de la sucursal (art. 232).

Si de los estados contables resultare la existencia de una cifra de patrimonio neto negativa o en su caso inferior a la del capital asignado, la sociedad dispondrá de un plazo de 90 días desde que sea notificada o, en defecto de notificación, de ciento 180 días que se computarán desde la fecha de cierre de sus estados contables, para:

1. Acreditar la recomposición del patrimonio neto o del capital asignado, según corresponda, mediante certificación contable extraída de libros rubricados, o bien

2. *Solicitar la cancelación* —previo el *procedimiento liquidatorio* necesario— de la inscripción de la sucursal en el Registro Público o, en su caso, la *inscripción de la decisión de haber sido dejada sin efecto la asignación de capital* que se había realizado o *de haberse reducido la cifra del mismo a un valor igual o inferior al del patrimonio neto*, cumpliendo con los requisitos correspondientes.

En caso de incumplimiento, vencido el plazo pertinente, *la IGJ requerirá judicialmente la cancelación de la inscripción en el Registro Público del capital asignado a la sucursal o la liquidación y cancelación de la misma*, según proceda conforme al incumplimiento que se haya producido.

La falta de presentación de los últimos estados contables no obstará a las medidas previstas en el párrafo precedente si las situaciones contempladas resultaren de estados contables anteriores (art. 233)<sup>(61)</sup>.

## 2. Asignación de capital

En los casos de asignación de capital, la integración total del mismo se acreditará —salvo lo que establezcan normas especiales— con los elementos siguientes:

(61) a. La publicación original previa contemplada por el artículo 204 primer párrafo, de la ley 19.550, la cual deberá contener, además de los datos pertinentes de los requeridos en el inciso anterior, la constancia expresa de que se hace a los fines del derecho de oposición de los acreedores cuyos créditos se hayan originado en la actuación de la sucursal y sean pagaderos en la República y la valuación del activo y el pasivo y el monto del patrimonio neto anteriores y posteriores a la redención;

b. La nómina —firmada por el representante inscripto o apoderado con facultades suficientes— de acreedores oponentes con los montos de sus créditos y el tratamiento dado a las oposiciones, o en su defecto la manifestación de que no hubo oposiciones en el plazo legal.

1. Si se efectúa *con fondos remitidos por la sociedad matriz*: mediante declaración jurada del representante legal con certificación contable sobre la transferencia de tales fondos y la existencia de los mismos acreditados en cuentas en entidades financieras locales.

2. Si se trata de *bienes no dinerarios*: mediante inventario suscripto por el representante legal, con certificación contable sobre la existencia y ubicación de los bienes en el país, debiendo justificarse su valuación de acuerdo con las normas reglamentarias (art. 235).

La Inspección General de Justicia no inscribirá en el Registro Público la asignación de capital o su incremento que soliciten sociedades constituidas en el extranjero ya inscriptas en los términos del art. 118, tercer párrafo, de la ley 19.550, si de sus estados contables resultaran pérdidas acumuladas no absorbidas por el valor de los recursos aplicados por la sociedad matriz a la integración del capital asignado.

## 3. Régimen informativo anual

Dentro de los 120 días corridos posteriores a la fecha de cierre de los estados contables de las sucursales, asientos o representaciones permanentes se debe presentar certificación suscripta por funcionario social cuyas facultades al efecto deben constar en ella, justificadas ante notario o funcionario público, u otra documentación cuya aptitud probatoria será apreciada por la Inspección General de Justicia, que

1. Contenga las variaciones experimentadas por los rubros incluidos a la fecha de cierre de los estados contables de la sociedad, su composición y valores. Pueden disponerse fundadamente la dispensa de requisitos o admitirse las certificaciones globales o la certificación contable del patrimonio neto de estados contables consolidados de grupo que se contemplan en el citado artículo.

2. Acredite la composición y titularidad del capital social a la fecha indicada en el inciso anterior, con los datos y recaudos respecto de los socios. Adicionalmente, deberá presentarse la declaración jurada sobre beneficiario final, o acreditarse su cumplimiento previo (art. 237).

También se prevé, a partir del art. 251 de la misma resolución general, un régimen informativo para casos de *contratos de colaboración empresarial*, llevados a la ley societaria por la reforma de la ley 22.903 e incorporados en el CCCN entre los denominados *contratos asociativos*, dando lugar a la *intervención de la autoridad de aplicación de la ley 25.516 de defensa de la competencia* cuando se trata de agrupaciones de colaboración empresarial.

#### 4. Fiscalización y control

##### a) IGJ

Ya hemos referido que la *ley 22.315, orgánica de la IGJ, concede competencia y las facultades de control administrativo a este organismo* sobre el funcionamiento de las sociedades constituidas en el extranjero que hagan en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, o que tengan representación o agencia. Como ya se ha explicado, debe controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos de los arts. 118, 119 y 120 de la LGS. Fiscalizará permanentemente el funcionamiento, cancelación y liquidación de agencias y sucursales. También entran dentro de sus funciones de control de los supuestos de constitución y participación de sociedades extranjeras en otras sociedades en el país contemplado en el art. 123 de la LGS y los casos de aplicación del art. 124 de la LGS.

##### b) Comisión Nacional de Valores

También la *Comisión Nacional de Valores, conforme a las Normas de la CNV (NT 2013)* ejerce el control sobre sociedades extranjeras en materia de oferta pública de valores, acciones, *debentures*, certificados representativos y todo tipo de títulos valores emitidos por entidades mixtas, o empresas privadas constituidas en el exterior.

Las sociedades anónimas que efectúan oferta pública de sus acciones en el marco de la ley 17.811, comprendidas en el art. 299, inc. 1º, de la ley 19.550, están sujetas, en forma exclusiva y excluyente, a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores.

Las emisoras constituidas en el extranjero estarán sujetas al siguiente régimen:

##### a) Régimen general

a.1) Las emisoras de valores negociables constituidas en el extranjero podrán realizar oferta pública de ellos en el país, cumpliendo iguales condiciones y requisitos que los aplicables a las emisoras argentinas.

a.2) En todos los casos, las emisoras deberán establecer representación permanente en los términos del art. 118 de la ley 19.550 y fijar un domicilio en el país, donde deberán tenerse por válidas todas las notificaciones judiciales o extrajudiciales que guarden relación con la oferta o negociación de los valores negociables de la emisora.

a.3) En todos los casos deberán aclarar si realizan oferta pública de sus valores negociables en el extranjero e indicar especialmente todos

los requisitos de información inicial y periódica a que se hallan sujetas en ese ámbito.

##### b) Régimen especial

La Comisión podrá establecer requisitos menores para las emisoras que se encuentren autorizadas a hacer oferta pública de sus valores negociables en:

b.1) Países con cuyas autoridades se hubieren celebrado acuerdos de cooperación contemplando este aspecto o

b.2) Países que no han celebrado tales acuerdos, pero cuyas regulaciones la Comisión considere que protegen razonablemente a los inversores locales y aseguran un régimen de información adecuado.

En este último caso la requirente deberá acompañar los antecedentes normativos y fácticos que justifiquen el tratamiento favorable.

##### c) Información al público:

c.1) Las emisoras constituidas en el extranjero, para cuyos valores negociables se solicite autorización de oferta pública en el país, deberán someterse al régimen de información aplicable a las emisoras locales cuyos valores negociables coticen en la sección especial.

c.2) La Comisión podrá autorizar a la peticionaria, mediante resolución fundada, que la información a proveer sea exclusivamente la información periódica que se presente ante la autoridad equivalente del país de origen de la emisora.

Los estados contables de cierre de ejercicio, en todos los casos, deben ser presentados incluyendo información complementaria donde se proceda a conciliar los efectos sobre el patrimonio neto y el resultado neto, de los distintos criterios contables respecto de los vigentes en la República Argentina, expresando el tipo de cambio utilizado para la conversión a pesos de los rubros mencionados. Respecto de la información contable trimestral y semestral podrá publicarse sin la conciliación indicada debiendo advertirse en su caso, en forma destacada, que la misma está confeccionada de acuerdo con las normas de contabilidad vigentes en el país de origen, y que se presentan sin conciliación con las normas contables argentinas.

c.3) En todos los casos, las emisoras y demás personas alcanzadas por sus disposiciones deberán cumplir con los deberes y restricciones impuestos en el Capítulo XXI "Transparencia en el Ámbito de la Oferta Pública".

*d) Información sobre cotización de los valores negociables en otros mercados*

Las emisoras extranjeras, cuyos valores negociables sean autorizados a la oferta pública por la Comisión en los términos de este capítulo, deberán proveer diariamente a las entidades autorreguladas locales, la cotización y volumen operado de los valores negociables autorizados en todos aquellos mercados extranjeros en los que coticen.

La Comisión podrá modificar la frecuencia de esta información en consideración a las modalidades operativas de la plaza extranjera donde coticen los valores.

Asimismo, las entidades autorreguladas bajo la jurisdicción de la Comisión en las cuales se coticen los valores negociables, deberán informar de inmediato al público y a los operadores, las cotizaciones y volúmenes operados en las plazas extranjeras y, en su caso, publicarlos en los boletines o diarios habitualmente utilizados para divulgar la información de los mercados (CNV 28).

*Las emisoras de valores negociables constituidas en el extranjero cuya finalidad sea requerir dinero o valores para inversión en carteras, que se encuentren autorizadas a realizar oferta pública de ellos en el país y tengan como finalidad requerir dinero o valores al público para su inversión en carteras, deberán ajustar su actuación a lo indicado en las normas de la CNV.*

En forma específica y adicional a los deberes comunes a cualquier entidad autorizada para efectuar oferta pública de sus valores negociables, las entidades mencionadas, deberán cumplir detallados deberes de información.

Las inscripciones en el Registro Público de Comercio de actos de dichas sociedades, se practican por la Inspección General de Justicia a requerimiento efectuado por la Comisión Nacional de Valores, la cual, a ese efecto, remite a la Inspección General de Justicia las actuaciones administrativas correspondientes, con indicación de la documentación que debe inscribirse.

Por lo tanto las sociedades deben cumplir ante la Comisión Nacional de Valores los requisitos propios del acto que corresponda, sobre la base de la ley 19.550 y las reglamentaciones de la Comisión Nacional de Valores.

**c) Superintendencia de Seguros de la Nación**

Las entidades de seguros extranjeras autorizables para operar en el país, sus sucursales o agencias también se encuentran sometidas a es-

pecial control conforme a lo previsto en el art. 5º, primer párr., de la ley 20.091, si existe reciprocidad según las leyes de su domicilio.

*Este control es ejercido por la Superintendencia de Seguros de la Nación.*

Previa conformidad de la autoridad de control, las entidades que se constituyan en el territorio de la Nación con el objeto de operar en seguros, así como las sucursales o agencias de sociedades extranjeras que deseen operar en seguros en el país (art. 2º, inc. b), ley 20.091) sólo podrán hacerlo desde su inscripción en el Registro Público de Comercio de la jurisdicción de su domicilio. Las sucursales o agencias a que se refiere el art. 2º, inc. b), serán autorizadas a ejercer la actividad aseguradora en las condiciones establecidas por la ley para las sociedades anónimas constituidas en el país, si existe reciprocidad según las leyes de su domicilio, se reitera. Las sociedades extranjeras deberán acompañar los balances de los últimos cinco ejercicios de la casa matriz.

Dicha inscripción sólo procederá cuando estando conformado el acto constitutivo por la autoridad de control que corresponda según el tipo societario o forma asociativa asumida, la Superintendencia de Seguros de la Nación haya otorgado la pertinente autorización para operar.

En tales casos, la representación local estará a cargo de uno o más representantes con facultades suficientes para realizar con la autoridad de control y los terceros todos los actos jurídicos atinentes al objeto de la sociedad y estar en juicio por ésta.

El representante no tiene las facultades de ampliar o renunciar a la autorización para operar en seguros y de transferir voluntariamente la cartera, salvo poder expreso.

Los aseguradores autorizados pueden abrir o cerrar sucursales en el país así como sucursales o agencias en el extranjero, previa autorización de la autoridad de control, la que podrá establecer con carácter general y uniforme los requisitos y formalidades que se deben cumplir.

A tal efecto, los correspondientes organismos de control, una vez conformado el acto constitutivo, según lo dispuesto en la ley 19.550 y en las leyes especialmente aplicables según el tipo o forma asociativa, pasarán el expediente a la Superintendencia de Seguros de la Nación, la que dispondrá, en su caso, el otorgamiento de la autorización para operar. En este supuesto, la Superintendencia girará directamente el expediente y un testimonio de la autorización para operar, al Registro Público de Comercio del domicilio de la entidad, para su inscripción por el juez de Registro, si lo estimara procedente.

También se requerirá la conformidad previa de la Superintendencia, aplicándose el mismo procedimiento, para cualquier modificación del contrato constitutivo o del estatuto y para los aumentos de capital, aun cuando no importen reforma del estatuto.

La Superintendencia hará saber igualmente el otorgamiento o denegación de la autorización para operar o el rechazo de las reformas o aumentos de capital a las autoridades de control pertinentes.

La inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio de la entidad deberá estar cumplimentada en el término de 60 días de recibido el expediente; en su defecto, se producirá la caducidad automática de la autorización para operar otorgada. Si se operara la inscripción, el juez de Registro remitirá a la Superintendencia un testimonio de los documentos con la constancia de su toma de razón.

La resolución sobre la autorización para operar y su denegatoria no es revisable en ningún caso por el juez de Registro del domicilio de la entidad, sino sólo recurrible en la forma establecida por esta ley.

En cuanto a la *responsabilidad*: los fundadores, socios, accionistas, administradores directores, consejeros, gerentes, síndicos o integrantes de los consejos de vigilancia serán ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones contraídas hasta la inscripción de la entidad en el Registro Público de Comercio o luego que se hubiese inscripto la revocación de la autorización para operar en seguros de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

El control es *exclusivo y excluyente*: el control del funcionamiento y actuación de todas las entidades de seguros sin excepción, corresponde a la autoridad de control de la ley de seguros, con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial; sin embargo, la Superintendencia podrá requerir a estas últimas su opinión en las cuestiones vinculadas con el régimen societario de las entidades, cuando lo estimara conveniente.

Los aseguradores deben presentar a la autoridad de control, con una anticipación no menor de 30 días a la celebración de la asamblea, en los formularios establecidos por aquella, la memoria, balance general, cuenta de ganancias y pérdidas e informe de los síndicos o del consejo de vigilancia en su caso, acompañados de dictamen de un profesional autorizado sin relación de dependencia.

Cierre del ejercicio económico en general, se cerrará el 30 de junio de cada año y la asamblea ordinaria respectiva se celebrará dentro de los 4 meses siguientes. Sin embargo, para las sociedades extranjeras, la fecha de cierre de ejercicio de las sucursales y agencias es la de su casa

matriz, salvo que optaren por la del 30 de junio de cada año. Dentro de los 6 meses de aquella fecha presentarán los elementos citados que sean pertinentes, referentes a las operaciones realizadas en el país. La memoria se reemplazará por el informe del representante.

En cuanto a la revocación de la autorización para funcionar, el art. 49 establece como efecto, que la revocación firme de la autorización importa la disolución automática, y el asegurador debe proceder a su inmediata liquidación. La inscripción de la revocación será dispuesta por el Registro del domicilio de la entidad con la sola comunicación de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y no será revisable en ningún caso por aquél.

## IX. FACULTADES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS SOCIALES

### 1. Representación

Ya hemos señalado que la existencia de la sociedad se rige por la ley personal (*lex societatis*) del lugar de constitución, por ende, las facultades y atribuciones de sus representantes también se rigen por esa misma ley. Esa representación, conforme al art 118, 2º párr., LGS, puede ejercerse en plenitud para realizar en el país actos aislados, tal como hemos visto.

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurriría si una sociedad constituida en el extranjero celebrase un acto jurídico aislado (art. 118, 2º párr., ley 19.550) en el país mediante un órgano cuyos poderes *están restringidos* según la *lex societatis*. Boggiano apunta con claridad, que en tal caso, si la ley argentina no impone la restricción de la ley personal extranjera a los representantes locales y si, además, el tercero que contrató en el país desconocía inculpablemente la restricción de la *lex societatis*, debe hacerse una aplicación especial del principio que somete la representación especial al derecho del lugar en que el representante declara su consentimiento en nombre del representado. Aplica en definitiva las reglas del ejercicio mandato social específico, en lo que atañe a la relación externa de la representación, por ende, el derecho del lugar donde se cumplió con el acto de representación social, donde se expresó el consentimiento en nombre de la representada. En consecuencia, la sociedad foránea resultará vinculada por esa actuación<sup>(62)</sup>.

Boggiano, respecto de los actos realizados en el país, apoyaba su argumento con fuerza en el principio del *favor negotiorum patriae* recibido

(62) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 44.

por Vélez en nuestro Código Civil, en el art. 14, inc. 4º, y si bien hoy ese mismo principio no está expresamente reproducido en el CCCN, la conclusión sigue expresando para casos como el que describimos, un principio general de nuestro derecho de plena aplicación, pues es la derivación lógica de los principios generales que rigen en materia de representación social y de contratos (arts. 2º y 2652, CCCN, y 58, párr. 1º, LGS).

En efecto, la validez del acto obrado por el representante de la sociedad foránea en el país se habrá de beneficiar con la aplicación de la ley argentina si el tercero que contrata en el país se vinculó con la sociedad extranjera por intermedio del órgano que ejerció la representación con aparentes plenas facultades para el acto. Si éste obró actos que no resultan como notoriamente extraños al objeto de la sociedad extranjera, la obligará en la Argentina, pues es principio general de nuestro derecho societario que se extrae del art. 58, párrafo 1º, de la ley 19.550, que "el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural".

Coincidimos con Boggiano en que cabe considerar que emana del art. 58 una regla material aplicable también a las sociedades regidas por una ley extranjera que obran actos aislados en el país, aunque reparando en su advertencia, en cuanto a que si bien "la notoriedad, en cuanto concepto dependiente de apreciación, está regida por la ley del juez, éste, sin embargo, debería valorar las circunstancias en que fue celebrado el acto en el país". Ello, sin "perder de vista sin embargo, que una decisión argentina necesitará probablemente, ser llevada a ejecución en el país de la sociedad extranjera" y en ese caso, "un previo examen comparativo de los derechos en cuestión no puede juzgarse ocioso, sino muy útil, en cuanto se dirige a dictar una sentencia argentina con las mayores probabilidades de reconocimiento en el lugar decisivo de su efectividad"<sup>(63)</sup>.

En cuanto a la relación interna (representante-sociedad), y la responsabilidad del representante por lo actuado al margen del contrato social o de las instrucciones recibidas, no cabe duda de que se trata de relaciones intrasocietarias, propias del contrato social y de la ley personal del ente, a las que habrá de resultar de plena aplicación la ley personal

(63) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 44.

de la sociedad. Es que no puede obviarse la *eficacia interna* de las aludidas limitaciones, y más allá del efecto de esas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros que no pudieron llegar a conocerlas, esa circunstancia no puede afectar la *validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción*.

## 2. Art. 121 de la ley 19.550: responsabilidad de los representantes. Real ámbito material de aplicación de la norma

El art. 121 de la ley 19.550 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 tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas". Se trata de una norma de policía que, estando a su texto, somete la responsabilidad de los representantes de sociedades constituidas en el extranjero, a la ley argentina.

El mismo art. 121 contiene otra norma, de naturaleza material, que sujeta la responsabilidad de los órganos de *sociedades atípicas* en el país a las normas que rigen la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas en la ley argentina, caso que ya analizamos *supra*.

Se ha dicho que "se trata de la concepción más enérgica y apriorística del orden público en el derecho internacional privado societario, pues no parece admitir otra regulación de responsabilidad que la normada en el derecho societario argentino", en tanto sujeta a los representantes de las sociedades constituidas fuera del país a "las mismas responsabilidades" que la ley argentina impone a los administradores locales<sup>(64)</sup>.

Se trata de una formulación con estructura de norma de policía y material que traería consigo como regla, la aplicación de la norma general del art. 59 de la ley 19.550 que dispone que como pauta de responsabilidad ante faltas de diligencia del administrador que "los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios" y también, que "los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión para toda hipótesis".

Este enfoque, sin embargo, se relativiza a poco que repararemos en que la aplicación de dicha norma *debe leerse en su contexto jurisdiccional*. En

(64) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 45.

efecto, tales responsabilidades sólo podrán hacerse realmente efectivas dentro de un marco de jurisdicción nacional, con una contienda en manos de jueces argentinos, es que, de algún modo, su aplicación resultará condicionada por la jurisdicción internacional argentina para entender y decidir las acciones de responsabilidad, ya que difícilmente jueces extranjeros entenderán aplicables a sus sociedades locales nuestras disposiciones legales.

Sin embargo, habría que examinar si la contienda se hubiese planteado en la Argentina, el grado de efectividad que esas decisiones argentinas basadas en nuestras normas podrían tener en el lugar de constitución, sede o explotación de la sociedad extranjera, esto es, si los tribunales extranjeros reconocerían o ejecutarían estas sentencias.

En esta misma línea, Boggiano señala que "tampoco aquí la comparación de derechos societarios es vana, para prever las probabilidades de reconocimiento de una sentencia nacional en el extranjero". "Es difícil pensar que la acción social de responsabilidad contra los directores —v.gr., de un sociedad anónima constituida y con sede en el extranjero— pueda ser regida por la ley argentina (art. 121, ley 19.550), si los jueces argentinos no tienen jurisdicción internacional para entender en ella". Se pregunta además, si es razonable que las acciones de responsabilidad estén sujetas a los arts. 276, 277, 278 y 279 de la ley 19.550 cuando la sede se halla en el exterior, para concluir en que fuera de las hipótesis del art. 124 de la LGS, es dudosa la razonabilidad del art. 121<sup>(65)</sup>.

Ciertamente, las normas materiales y de policía de nuestro DIPr. suelen estar limitadas por la jurisdicción internacional argentina.

A poco que se reflexione en ello, es difícil pensar que pueda ventilarse ante jueces argentinos un conflicto de los que hemos caracterizado como *intrasocietarios*, es decir, de aquellos que se sustentan en la interpretación y aplicación del contrato social que da vida a la entidad constituida en el extranjero o donde se ventilen cuestiones de organización y funcionamiento de esa sociedad, o donde se planteen conflictos internos entre socios, o acciones de responsabilidad contra los administradores: su ámbito jurisdiccional natural será el del país del lugar de constitución.

No obstante, existen algunos casos en los que la *violación de normas de responsabilidad de la ley argentina* puede dar lugar a la aplicación del art. 121, LGS, y a la responsabilidad de los representantes, tales son, por ejemplo: los casos de quiebra en el país de la sociedad representada.

(65) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 45.

Ello ocurre en supuestos de responsabilidad por quiebra, pero más específicamente en el marco de funcionamiento de los arts. 160 y 161, ley 19.551. En tales hipótesis hay competencia en cabeza del juez que interviene en el juicio de quiebra para decidir su extensión.

En efecto, si se decreta la quiebra en la Argentina de una sociedad constituida en el extranjero (art. 2º, inc. 5º, ley 19.551), los representantes de la sociedad pueden ser responsabilizados en los términos del art. 160 de la ley concursal (*lex concursus*) local y esa responsabilidad podrá hacerse efectiva si subsisten los bienes situados en el país a que alude el art. 2º, inc. 5º, de la ley 19.551. Se recuerda que estos bienes pueden ser de distinta índole: inmuebles, muebles, muebles registrables, propiedad inmaterial registrada en el país, participaciones accionarias en sociedades locales, etc. En esta hipótesis, la norma de policía —o internacionalmente imperativa— que se incorpora en el art. 121 se tornaría de aplicación.

Es que la quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada, y también implica la de los socios con igual responsabilidad, que se hubiesen retirado o hubiesen sido excluidos después de producida la cesación de pagos, *por las deudas existentes, justificadas en el concurso, a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio*.

Cada vez que la ley se refiere al fallido o deudor, se entiende que la disposición se aplica también a los socios con responsabilidad ilimitada, siempre sobre los bienes existentes en el país (art. 160, LCQ).

También la quiebra se extiende en supuestos de actuación en interés personal, de controlantes y de confusión patrimonial inescindible y pueden ser alcanzados en su responsabilidad sobre sus bienes locales según el art. 161, LCQ.

Se encuentran alcanzadas:

1) toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;

2) toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

A estos fines, se entiende por persona controlante:

a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social;

b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo.

3) Toda persona respecto de la cual exista confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos.

No obstante, en todo caso en el que se plantease el reconocimiento en el país de decisiones adoptadas en el exterior que contuviesen soluciones con base en leyes o reglamentaciones del derecho extranjero relativas a derechos y obligaciones de los socios que resultasen contrarias a nuestro orden público, cabría denegar el reconocimiento o la ejecución en el país de esas sentencias.

Hay que advertir que debe distinguirse, en tales casos, cuándo se encuentran afectados *principios fundamentales del derecho societario argentino* y cuándo lo resuelto simplemente aparece opuesto a una *norma coactiva de nuestro derecho interno*. En este último caso, si la *norma coactiva del derecho interno no expresa, a la vez, un principio de orden público* que conduzca a descartar la solución del juez extranjero (art. 2600, CCCN), resultaría admisible el reconocimiento de esa decisión.

Son normas coactivas del derecho interno en la materia, por ej.: los arts. 207, inc. 2º, LGS —derechos preferentes en la misma clase de acciones—; art. 216 —doble preferencia en el voto y en el patrimonio—; art. 185 —porcentaje de las participaciones en cualquier beneficio de promotores y fundadores que puedan menoscabar el capital social—, violación de reglas en la designación de los órganos sociales, que no contemplasen principios de cogestión, por ej.

Para esclarecer cuáles son algunos de esos *principios fundamentales del derecho societario argentino*, cabrá rastrear en las ideas de justicia que inspiran los principios de nuestra ley de sociedades y los encontramos, por ejemplo, en el art. 13 —estipulaciones nulas—; art. 18 —objeto ilícito—; art. 19 —sociedades de objeto lícito con actividad ilícita—; art. 20 —sociedades de objeto prohibido—<sup>(66)</sup>.

Es dentro de estos lineamientos que debe leerse el real alcance del art. 121, LGS.

(66) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 41 a 43.

## X. ART. 123 DE LA LGS. CONSTITUCIÓN O PARTICIPACIÓN DE SOCIEDAD LOCAL

### I. Ámbito de aplicación

El art. 123 de la LGS, bajo el acápite "Constitución de sociedad", prevé que las sociedades extranjeras "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 Exposición de Motivos de la ley 19.550 expresa que el art. 118 clarifica la interpretación discutida de los arts. 285 y 287 del Código de Comercio y establece con precisión, a través de la regulación contenida en el art. 123, que "constituir sociedad en la República *no es un acto aislado*". Señala también que, si bien conforme al art. 8º del anterior Código de Comercio, ese acto podría tipificarse así, *ello sería contrario a la realidad*, puesto que el régimen de responsabilidad de los socios, de capacidad y de aplicación de las consecuencias de las previsiones establecidas en punto a sociedades vinculadas o controladas y aun el control oficial, se harían prácticamente imposibles, de no exigirse el requisito de la inscripción y del sometimiento a la ley nacional para participar en otra sociedad. De otro lado, se tendría por ese medio una vía fácil para ejercer habitualmente el comercio, eludiendo o burlando las normas legales.

De ahí que entre el art. 118 y 123, se contemplen las distintas situaciones que plantean con mayor frecuencia en la actuación de sociedades foráneas: el ejercicio de actos aislados; el ejercicio habitual del objeto social, estableciendo asiento, sucursal o representación y la constitución de sociedad en la República.

El art. 123, LGS, deviene así de aplicación siempre que una sociedad extranjera participe en la constitución de *una sociedad nueva en el país*, diversos son los medios por los que ello puede ocurrir: fusión de una sociedad constituida en el extranjero con una sociedad local, *para crear una nueva* (fusión propiamente dicha); escisión de una sociedad extranjera *para constituir una nueva en el país*; participar derechamente en el constitución de *una nueva sociedad en el país*, tenga o no ésta, el carácter de filial.

Sin embargo, también se encuentran alcanzados por la normativa los casos en que la sociedad extranjera adquiera una participación en una

sociedad ya preconstituida en el país. Así lo resolvió la CNCom., sala B, *in re* "Parker Hannifin Argentina SA", el 2/6/1977, cuando dijo que "esa inscripción debe ser entendida con criterio amplio... de modo que no sólo queda comprendido en la norma el hecho de participar en el acto de fundación sino también el de adquirir posteriormente parte en sociedad de interés o de responsabilidad limitada"<sup>(67)</sup>.

El art. 123 es una norma material, por ende, de carácter sustancial, que resuelve este problema del DIPr. con soluciones específicas, para asegurar los fines de control y el régimen de responsabilidad de los socios, con miras a la regularidad del tráfico jurídico en el ámbito societario.

Se ha dicho que la norma impone a la sociedad constituida en el extranjero "presentar sus credenciales", su identificación y el régimen propio de la legislación que la rige según su ley personal<sup>(68)</sup>.

A ese fin deberán 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 RG 7/2015 reglamenta a ese fin cuáles son los requisitos que se deben presentar para la inscripción prescripta por el art. 123 de la ley 19.550<sup>(69)</sup>.

(67) Véase en comentario de HORACIO FARGOSI, en LA LEY, 1977-C, 594 y el amplio desarrollo de BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 55 a 61, al que remitimos, íntegramente. También véase: ROVIRA, ALFREDO, "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República", LA LEY, 155-983, y HALPERIN, ISAAC, *Curso de derecho comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 300.

(68) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 54.

(69) Conforme al art. 245 de la RG 7/2015, los requisitos para la inscripción inicial prescripta por el artículo 123 de la ley 19.550, que se deben presentar son:

1. Certificado previsto en el artículo 206, inciso 1º de estas Normas.
2. Contrato o acto constitutivo de la sociedad y sus reformas en copia original o certificada notarialmente o por autoridad registral de la jurisdicción de origen.
3. Resolución del órgano social que decidió la inscripción del estatuto al solo efecto de participar en sociedad, conforme artículo 123 de la ley 19.550, conteniendo:
  - a. La decisión de inscripción en los términos del artículo 123 de la ley 19.550;
  - b. La fecha de cierre de su ejercicio económico;
  - c. Manifestación respecto de que la sociedad no se encuentra sometida a liquidación ni ningún otro procedimiento legal que impone restricciones sobre sus bienes o actividades.
  - d. La sede social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fijada con exactitud (artículo 65, último párrafo) —cuya inscripción tendrá los efectos previstos en el art. 11, inciso 2º, párrafo segundo, de la ley 19.550— pudiendo facultarse expresamente al representante para fijarla,
  - e. la designación del representante legal que debe ser persona humana, que debe ajustarse a lo previsto en los artículos 206 y 208 de estas Normas.

Se debatió doctrinariamente si una sociedad extranjera debe inscribirse con las formalidades del art. 123 para tomar cualquier participación en una sociedad local. Se discutió si esos requisitos sólo eran exigibles ante un supuesto de adquisición de participación de control o si eran exigibles esas formalidades ante cualquier participación aun insignificante.

En el caso "AG Mc Kee Argentina SA", la CNCom., sala C, el 21/3/1978 consideró que toda participación societaria, en tipos por partes de interés o por cuotas, sea fundacional o no, imponía siempre el cumplimiento de los requisitos del art. 123, mas tratándose de sociedades anónimas, ello es necesario cuando se concurre a la fundación o cuando, posteriormente se adquieren acciones que otorgan el control de derecho o simplemente, de hecho, como asimismo, en los supuestos en que, sin adquirir tal posición, participan activamente con sus acciones en el ejercicio de los derechos de consecución, dato revelador de que no es una fugaz u ocasional accionista. Se señala allí que se trataría de una cuestión de hecho, a resolver caso por caso, a través de diversas manifestaciones, una de las cuales es la participación en las asambleas<sup>(70)</sup>.

En el caso "Saab Scania Argentina SA", la CNCom., sala D, el 20/7/1978<sup>(71)</sup> reafirma que la obligación alcanza a las sociedades extranjeras que de este modo pretenden incorporarse, definitivamente, a la vida económica del país y que esas exigencias se inspiran en principios de soberanía y contralor respecto de las sociedades mercantiles.

Posteriormente, en el caso "Hierro Patagónico de Sierra Grande SA", también la CNCom., sala A, el 13/2/1980 consideró inaplicable el art. 123 en un caso de participación insignificante de una proveedora de *know how*, luego de analizar la situación de hecho, de valorar que el Estado, que tenía participación mayoritaria, poseía *quorum* propio y número de

4. La documentación requerida por el inciso 4º del artículo 206: "5. Escrito con firma del representante designado, con certificación notarial de firma o si fuese profesional abogado o contador con su firma y sello profesional, siendo de aplicación lo establecido en el inciso 6 del citado artículo 206.

*Facultades del representante.* La designación del representante debe incluir el otorgamiento al mismo de poder especial para participar de la constitución de la sociedad y/o adquirir participación en ella, ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de la sociedad del exterior propias de su calidad de socia y responder emplazamientos judiciales o extrajudiciales que en la sede social inscripta se efectúen conforme al artículo 122, inciso b), de la ley 19.550 o en su caso en el domicilio especial del representante, en todo cuanto se relacionen con aquella calidad y las obligaciones y responsabilidades de ella derivadas".

(70) Véase LA LEY, 1978-B, 349, los votos de los Dres. Patuel, Quintana Terán y Anaya. También, BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 54.

(71) Véase ED, 79-387.

votos suficientes para resolver cualquier cuestión incluíble en el orden del día y que la posibilidad de la sociedad extranjera de conducir la sociedad era jurídicamente inexistente, entendió que esas exigencias de estrictas formalidades de control no habían sido pensadas para ese caso, sino para supuestos de sociedades extranjeras que adquirían posición de socia de control de hecho o de derecho o que tenían aptitud para formar la voluntad social.

Luego, hubo algunas iniciativas de reformas legales, por ejemplo, el Anteproyecto de Reformas de la ley 19.550 de 2003, respecto del art. 123 de la ley de 1972, relativo a la participación de sociedades constituidas en el extranjero en la constitución de sociedades en la República, lo declara aplicable a la toma de participación en sociedades ya constituidas, adoptando la solución generalizada en la jurisprudencia. Pero además se fija un piso vinculado con el porcentaje del capital social para tornar exigible el cumplimiento de los requisitos de publicidad.

También, en el Proyecto de 2005, en supuestos de oferta pública se establecieron límites, como que la suscripción o adquisición de participaciones inferiores al 5% del capital o al 5% de los votos de las sociedades que realicen oferta pública de su capital en la República, quedaba excluida de los alcances de la inscripción.

La RG 7/2015 no prevé límite mínimo, ni piso para la registración.

Es interesante recordar también, la resolución 1632 de la IGJ *in re*: "Coca Cola FEMSA de Buenos Aires SA", filial local de una sociedad mexicana a la que se denegó la inscripción común, registral, de una reserva especial constituida con una prima de emisión de acciones. Se detectó entonces, que la sociedad extranjera controlante partícipe, que ejercía el control del 99,99% del paquete accionario en la sociedad local, se hallaba inscripta en los términos de art. 123, y se consideró que con dicho porcentaje de participación debía, en realidad, haberse inscripto directamente en los términos del art. 118, párr. 3º, con lo cual abre la posibilidad de responsabilizar a la sociedad controlante con todo su patrimonio por la actuación de la representación local. Se la intimó a inscribirse en los términos del art. 118, párr. 3º, o a demostrar la existencia de efectiva pluralidad de socios<sup>(72)</sup>.

Es importante recordar el fallo recaído *in re* "Inval SRL", CNCom., sala C, 30/9/81<sup>(73)</sup>. En ese caso, el problema planteado consistió en deter-

(72) Véase: *Revista de las Sociedades y Concursos*, nros. 25/6, ps. 133 y ss., con nota de Percivalle.

(73) Fallo firmado por J. L. Anaya, J. C. Quintana Terán y A. Boggiano, publicado, en LA LEY, 1982-D, 500, con nota de M. E. MALBRÁN, en FID, 98-478, transcripto en BOGGIANO,

minar si una sociedad de responsabilidad limitada regida por la ley societaria argentina puede ser participada por una sociedad anónima regida por un derecho extranjero atento a lo dispuesto por el art. 30, LGS.

Debe recordarse que la reforma introducida por la ley 26.994 hoy ya habilita a las sociedades anónimas y en comandita por acciones para ser parte de cualquier contrato asociativo.

Se dijo entonces, que "la cuestión de capacidad de una sociedad sometida al derecho argentino se rige sin duda por la ley 19.550. Empero, esta ley no prohíbe a una sociedad de responsabilidad limitada regida por el derecho argentino ser participada por una sociedad anónima sujeta a la ley extranjera" (cuya ley de constitución no contiene restricciones a su capacidad de este tipo). "Distinto sería el caso de una sociedad anónima regida por el derecho argentino que participe en intereses o cuotas de una sociedad regida por un derecho extranjero" (aunque esta última no contuviese restricción alguna, la sociedad argentina se hallaría sujeta a la restricción a su capacidad que contiene su ley personal).

Y también, dado que allí, el decisorio en revisión juzgó aplicable la limitación impuesta por el art. 30 de la ley 19.550<sup>(74)</sup> a la sociedad constituida en el extranjero, en razón del régimen de control a que se refiere el art. 120, *in fine*, previendo que por esta vía se instrumente una elusión al régimen de fiscalización externa a que genéricamente se encuentran sometidas las sociedades por acciones, la Cámara señaló que "...Por una parte se manifiesta con evidencia la distinta situación en que se encuentran las sociedades constituidas en la República y las sociedades constituidas en el extranjero, pues mientras las primeras se encuentran desde su inicio sometidas a un régimen de control externo a cargo del pertinente organismo administrativo, régimen que podría ser soslayado o siquiera entorpecido a través de participaciones en sociedad de tipos no sometidos al mismo control, ello no ocurre, obviamente, con las segundas que jamás podrían ser alcanzadas por una tal fiscalización con la amplitud del art. 7º de la ley 22.315. Es más, adviértase que en el supuesto de haberse ajustado la sociedad constituida en el extranjero a lo preceptuado por el art. 30 (LGS), ello tampoco la sujetaría a un control con el alcance del art. 7º o siquiera del art. 8º de la ley 22.315, sino que deberían dar cumplimiento a lo requerido por el art. 123, de la ley de sociedades.

ANTONIO, *Derecho internacional privado*, t. II, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, ps. 108 y ss., y comentada por A. L. ROVIRA, en RDCO, 88-586/599, publicada también por JULIO CORDOBA en DIPr. Argentina, el 16/3/2007.

(74) Art. 30: "Sociedad socia. Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo."

Cierto es, sin embargo, que en tal hipótesis la fiscalización externa se ejercería sobre la sociedad participada, lo que no ocurriría en hipótesis como la que se está examinando por recaer la participación sobre cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada. Más aun siendo así continúa distinguiéndose (...) la situación relativa en que se encuentran las sociedades por acciones constituidas en la República respecto de las constituidas en el extranjero: mientras las primeras seguirán sometidas al control externo (de las leyes locales), sin perjuicio del que se ejercite sobre la participada, las segundas no estarán alcanzadas por tal fiscalización. Siendo ello así, ha de ponderarse, por otra parte, que la razón fundante de la limitación establecida por el art. 30 en este orden de cosas, radica en que sociedades sometidas a control externo por su tipo no se evadan del mismo a través de participaciones, razón legal inexistente con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero, cualquiera fuera su tipo".

Cabe preguntarse ahora por las sanciones en caso de incumplimiento de la inscripción en los términos del art. 123. El maestro Anaya observaba que las sanciones de *irregularidad, nulidad e inexistencia* que han adoptado algunas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales no pueden sostenerse si se advierte que el juez argentino carece a tal efecto de la correspondiente jurisdicción iusprivatista internacional para imponer tal decisión respecto de sociedades que se encuentra legalmente constituidas en el exterior y que era por ello que, el Anteproyecto de 2003 adoptaba un régimen de *ineficacia relativa*, por el que se dejaba en suspenso el ejercicio de los derechos de esas sociedades en la República hasta que cumplan con los correspondientes requisitos de las leyes locales.

El Proyecto de 2005 preveía que mientras no se hubiera inscripto, la sociedad constituida en el extranjero no podrá ejercer ninguno de los derechos inherentes o resultantes de su participación social y dicha participación no será computada para la determinación del *quorum* y de las mayorías en las reuniones de socios.

En el caso "Rosarios de Betesh, Enriqueta c. Rosarios y Cía. SA y ot. s/sumarísimo" (expte.32.685/51), del 21/5/2001, y luego en "Betesh Rosarios, Armando Daniel y ot. C. Rosarios, Egon Germán y ot. s/sumarísimo", 30/12/2002, en los que me tocó fallar como juez del primera instancia a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 26, decisión luego confirmada por la CNCom., sala B, recordé que nuestra jurisprudencia ha afirmado "que los principios de soberanía y contralor de entidades mercantiles exigen fiscalizar a aquellas sociedades que, constituidas en el extranjero con arreglo a las leyes de sus respectivos países, pretenden incorporarse a la vida económica de la Nación. Lo que fuerza a interpre-

tar el art. 123 de la ley 19.550 como comprensivo de la hipótesis de su participación en sociedades existentes en la República.

Se dijo allí que, al no hallarse registrada una sociedad extranjera pre-suntamente adquirente de parte del paquete accionario de una sociedad local, ni autorizada por el ente de contralor la inscripción de su participación social, mal puede concurrir a actos asamblearios y emitir válidamente su voto, ejerciendo sus derechos políticos en el seno del ente.

Luego, si quien ha concurrido a la formación de la decisión no pudo, cualquiera que fuera su causa, emitir válidamente el voto, ello dará lugar en el caso a otorgar validez a las decisiones adoptadas bajo formas de votación convenidas que excluyeron esa posibilidad.

Es que es el régimen de publicidad ínsito en la registración mercantil el que permite a los nacionales que contratan con la sociedad participada, conocer la seriedad de la identidad del partícipe extranjero, elemento de importancia para juzgar la eventual responsabilidad por el pasivo social (CNCom., sala D, 11/10/1978, "Squibb SA", LA LEY, 1979-C, 552).

Se ha dicho también que la "trascendencia del proceso asambleario adquiere una peculiar significación respecto de la aplicabilidad del art. 123. Ello así, porque el derecho a participar en el acto proviene de la posesión de los títulos y del cumplimiento de los requisitos legales para la admisión"<sup>(75)</sup>. Es así pues, que la exigencia de la inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad extranjera que desea integrar sociedad es cuestión que ha sido admitida de antiguo por la jurisprudencia, incluso, bajo la vigencia de las disposiciones del Código de Comercio y ha sido receptado en forma expresa en el art. 123 de la ley 19.550 (véase la exposición de motivos cuando da los fundamentos de la norma).

## 2. Representantes legales

Otro aspecto abordado en el art. 123 es el que concierne a la obligación de inscribir la documentación relativa a los representantes legales de la sociedad constituida en el extranjero.

Cabe remarcar que no se trata de la inscripción a los fines de fijar en el país una sede, establecimiento o representación ni, por lo tanto, de la designación de representante a su cargo, tal como ocurre con el art. 118, tercer párr., inc. 3°.

(75) Conf. FARGOSI, HORACIO P., "Nota sobre los alcances e interpretación del art. 123 de la ley 19.550", LA LEY, 1977-C, 594.

Sólo se trata de inscribir la documentación en que se funda la representación legal de quien ha de intervenir en el acto de constituir o participar en una sociedad local, distinta de la representación que habrá de surgir de los estatutos y sus modificaciones (análogamente, arts. 73, 294 y 255, ley 19.550).

La sociedad constituida en el extranjero podrá estar representada en la Argentina convencional y especialmente para constituir determinada sociedad en la República. Boggiano sostiene que dicha representación convencional, que confiera poder especial para aquel objeto, estará regida por el derecho del lugar de cumplimiento de la representación convencional, esto es, el del lugar donde el representante voluntario emita el consentimiento para celebrar el negocio representativo que será la constitución de sociedad en la Argentina, haciendo captar o asumir a la sociedad extranjera autorizante los efectos de dicho negocio y desligándose el representante de ellos<sup>(76)</sup>.

La representación convencional de la sociedad extranjera para constituir sociedad en la República se rige pues, por el derecho argentino del lugar de cumplimiento del poder. Este poder debe ser especial (véase: art. 2649, CCCN).

En este marco, es claro que la inscripción de la documentación relativa a los representantes legales de la sociedad extranjera *que constituye sociedad en la Argentina* no causa establecimiento de representación permanente, y tampoco cabe entender que por la mera inscripción de la documentación relativa a los representantes legales de las sociedades extranjeras a los fines del art. 123, éstas puedan ser emplazadas, en general, en la persona de aquéllos, en los términos del art. 122, inc. b), de la ley 19.550, aunque pueden serlo por los actos que motivaran su inscripción.

Como regla cabe reiterar que los emplazamientos del artículo 122 suponen la existencia de jurisdicción internacional argentina para entender en la causa, y sobre este punto se ha de atender a los límites que el principio de defensa en juicio impone.

La CNCom., sala A, *in re*: "MLG SH (Klock, Sebastián y Gayo, María Laura) y otros c. Echt, Mariano Ariel y otros s/ordinario", del 15/3/2012, sostuvo que "de otro lado, también es pacífica conclusión que el cum-

(76) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 63/64, y sus citas de las sentencias del Juzgado Nacional en lo Comercial 13, *in re* "Panair do Brasil SA. quiebra (exhorto del Brasil)", del 29 de diciembre de 1975, confirmada por la CNCom., sala B, el 3 de septiembre de 1976 (ED, 70-387) y, especialmente, "Cistem SRL c. Jose Picardo SAIC", del 7 de octubre de 1976, confirmada por la CNCom., sala D, por sentencia del 1 de mayo de 1977 (tratada en el cap. XXVI de su obra).

plimiento de la inscripción prevista por el art. 118 tercer párr. de la LSC, dispensa de efectuar la del art. 123 LSC, si la sociedad, de acuerdo con su ley aplicable y las previsiones de su objeto, puede participar en otras sociedades, en este sentido, es correcta la solución prevista por el art. 189 de la Resolución 7/05 de la IGJ. (véase: CNCom., sala A, 13/2/2008, 'Inspección General de Justicia c. Interinvest SA s. organismos externos'). Sin embargo, no debe confundirse este representante con el inscripto registralmente sólo a los fines de constituir sociedad en los términos del art. 123, que carece, por lo general, de personería para estar en juicio por demandas cuyo objeto fuese totalmente diferente de los que motivaran su inscripción".

Con lo cual, reiteramos, se admite la posibilidad de que con el cumplimiento de la inscripción prevista por el art. 118, tercer párr., de la LSC, se dispense de efectuar la del art. 123, LSC, si la sociedad, de acuerdo con su ley aplicable y las previsiones de su objeto, puede participar en otras sociedades.

Y también cabe prevenir con respecto a que no debe confundirse el representante inscripto en los términos del art. 118, LGS, con el inscripto registralmente sólo a los fines de constituir sociedad en los términos del art. 123, que carece, por lo general, de personería para estar en juicio por demandas cuyo objeto fuese totalmente diferente de los que motivaran su inscripción, aunque se deja abierta la posibilidad de un emplazamiento en los términos del art. 122, inc. b), en relación con los actos inherentes a los que motivaran su inscripción.

Cabe referir que la RG 7/2015 contiene disposiciones para el caso de cese, renuncia del representante, inscripción de otro nuevo y sobre la legitimación para ello<sup>(77)</sup>.

(77) "Inscripción de nuevo representante. Cesación. Renuncia. Artículo 250. — I. *Nuevo representante*. La inscripción de nuevo representante requiere cumplir respecto del nuevo, con los requisitos del artículo 245, inciso 3, subinciso e y el otorgamiento de facultades contemplado en el último párrafo de dicho artículo, y acompañar nota del designado denunciando sus datos personales y constituyendo domicilio especial a los fines y con los alcances indicados en el artículo 245, inciso 5 de estas Normas. II. *Cesación*. La cesación de representante anterior debe inscribirse. Si es por *renuncia* deben acompañarse los instrumentos en que conste la notificación de la renuncia y la recepción de dicha notificación (artículo 224, apartado I, incisos 1, 2 y 3 de estas Normas). Se requiere que la renuncia contenga los recaudos y apercibimientos contemplados en el citado artículo 224, apartado II, incisos 1 y 2 y en los artículos 256 y 257 de estas Normas. III. *Legitimación*. El representante está legitimado para solicitar la inscripción de su cesación. Si fue por renuncia podrá hacerlo después de vencido el plazo que fijó para su renuncia conforme el apartado II, inciso 2 del artículo 224 citado".

### 3. Régimen informativo. Los actos registrables de sociedades participadas

La RG 7/2015 dispone que en los *acuerdos* sujetos a inscripción en el Registro Público de *sociedades locales participadas por sociedades constituidas en el extranjero*, éstas, deben intervenir hallándose inscriptas a los fines del art. 123 o en su caso, del art. 118, tercer párrafo, de la ley 19.550.

Deberán actuar asimismo, por intermedio de su representante, inscripto a la fecha de tales acuerdos, o bien mediante apoderado investido de las facultades de tal, exclusivamente, por dicho representante. Los dictámenes de precalificación deben, bajo responsabilidad de su firmante, dejar constancia de la participación de dichas sociedades, de su inscripción, del cumplimiento del régimen informativo requerido en la reglamentación e identificar al representante inscripto, indicando los datos de su inscripción.

Si hubiere actuado un apoderado designado por tal representante, deberá referenciarse el otorgamiento del poder por parte de este último, salvo que ello surja del instrumento por inscribir (art. 256).

En cuanto a los efectos de la infracción a estas disposiciones, se prevé que los acuerdos que infrinjan lo dispuesto en el primer párrafo no son inscribibles en el Registro Público

En el caso de sociedades obligadas a la presentación de sus estados contables, la aprobación de los mismos, y demás decisiones recaídas en la asamblea respectiva en las condiciones contempladas precedentemente, es decir, con un socio en infracción, se declararán irregulares e ineficaces a los efectos administrativos (art. 257).

## XI. FILIAL. FILIAL COMÚN

### 1. Caracterización

La sociedad extranjera también puede actuar en el país mediante la constitución de filiales, que son entidades separadas, distintas legalmente, con personalidad jurídica propia. Se ha dicho que las filiales son "sociedades de sociedades", pues constituyen un medio de coparticipación permanente entre sociedades

Una *filial*, en negocios, es una entidad controlada (corporación o sociedad de responsabilidad limitada), por otra entidad que la controla (*holding* o *parent company*, *rectius*: "compañía madre o padre"), mediante una participación significativa o de control, aunque no sea mayoritaria.

La manera más común en que se obtiene el control de una filial es por la participación accionaria de la matriz en la filial. Estas acciones dan a la compañía *holding* los votos necesarios para formar la voluntad social, determinar la composición del órgano de administración y así ejercer el control del gobierno de la sociedad participada que se convierte, por lo común, en subsidiaria de aquélla<sup>(78)</sup>. Hay, sin embargo, otras formas en que el control puede ocurrir y las pautas acerca de qué control es necesario y el modo en que el mismo es obtenido pueden ser complejas.

Una filial también puede tener filiales y éstas, a su vez, pueden tener filiales propias. Una compañía madre y todas sus filiales se suele decir que conforman un grupo, aunque este término también puede aplicarse a empresas que cooperan y a sus filiales con variados grados de propiedad compartida. Cuando la filial no está compartida por dos o más empresas, se denomina *wholly owned* (*totalmente controlada*) por otra empresa.

Debe repararse en que son diversas las razones por las que se constituyen filiales o una compañía tiene filiales<sup>(79)</sup>.

Con la expresión *filial común* en general, se capta una figura jurídica del derecho societario que tiene especial interés en la aplicación de la legislación comunitaria antitrust<sup>(80)</sup>.

(78) La expresión subsidiarias comprende las "de funcionamiento", un término de negocio para indicar que funcionan con su propia identidad y las "no operativas", que son las que existirían sólo en los papeles, sirviendo en la acción a la identidad del *holding*.

(79) Para la *prevención de riesgos*: muchos negocios utilizan filiales para prevenir el riesgo. Es utilizada en el caso de que la compañía madre esté en riesgo y la compañía filial tome la responsabilidad de la compañía madre. Por *razones de adquisición*: cuando una compañía adquiere a otra, la compañía adquirida se llama filial de la compañía que la adquirió. Por *razones de regulación*: la ley puede requerir a una compañía conducir ciertas actividades a través de una entidad distinta. Los ejemplos incluyen actividades bancarias o la operación de servicios tales como electricidad o telecomunicaciones. Pues las subsidiarias son entidades legales distintas, éste asegura el acceso completo de los resultados financieros de estos negocios y los aísla de las otras actividades de su grupo. Por *razones territoriales*: un grupo, particularmente uno multinacional, puede crear filiales en muchas jurisdicciones para prevenir la confusión de sus clientes. Por *razones impositivas*: los impuestos todavía se conducen en gran parte en líneas nacionales. Los negocios multinacionales pueden por lo tanto establecer subsidiarias en cada jurisdicción para reunir todas sus actividades en esa jurisdicción. Por *razones financieras*: Diversificar la inversión de tal manera que si presentan problemas en una de ellas las otras podrían quedar a buen recaudo, así también se distribuye a los empleados con la finalidad de controlar y evitar que se formen sindicatos muy grandes (véase y consúltese en la línea del texto: <https://es.wikipedia.org/wiki/Filial>) —Fuente modificada—.

(80) La Comisión Europea considera concentrativa la creación de una filial común (art. 3.4 del Reglamento (CE) 139/2004, Reglamento sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento de Concentraciones").

Se trata de la creación de una empresa por dos o más sociedades independientes entre sí, con el fin de contar con servicios comunes aprovechables por las fundadoras.

El acuerdo entre dos empresas (por ejemplo, entre un banco y una empresa de seguros para vender seguros de la segunda a los clientes del primero), por el que deciden crear una filial común puede considerarse como una *operación de concentración* o como un *acuerdo restrictivo de la competencia*<sup>(81)</sup>.

Se ha dicho que normalmente, la *filial común* actuará como una entidad distinta de sus socios (por ejemplo, cuando vende los productos que fabrica a un tercero) y que otras veces "será" sus socios actuando conjuntamente en otros ámbitos (cuando se regula la relación entre la filial común y las actividades individuales de los socios).

En tanto la creación de ésta tenga por objeto una *actividad de cooperación interempresarial*, de interés legalmente reconocido como protegible (por ejemplo, la investigación en común), se considerará como un supuesto de *acuerdo entre empresas no prohibido por el derecho de la competencia*<sup>(82)</sup>.

Por el contrario, si la filial común ha de actuar como una *nueva empresa común*, su creación será un *acuerdo restrictivo*, ya que las fundadoras eliminan la competencia potencial que habría entre ellas sin el referido acuerdo, en el área a la que éste se refiere, en la que constituyen la *filial común* para cooperar en los más diversos ámbitos de la gestión societaria, de la producción, la distribución o de la investigación.

La *filial común* ha sido considerada como un sucedáneo de la fusión en el derecho societario internacional por las dificultades con que se enfrenta la fusión internacional.

## 2. Cuestiones de derecho aplicable

Boggiano observa que si una sociedad extranjera se interesa en constituir una *filial común* con una sociedad argentina en el país, o si varias sociedades extranjeras se interesan en constituir aquí una *filial común*, surgen cuestiones de derecho societario internacional en nuestro contexto legal que muestra un vacío en el tema.

(81) Véase *in extenso*: "Lecciones: Filiales comunes y Derecho de la Competencia", por JESÚS ALFARO - FREDRIK LÖWHAAGEN, 10/12/2015, [almacenederecho.org/lecciones-filiales-comunes-y-derecho-de-la-comp](http://almacenederecho.org/lecciones-filiales-comunes-y-derecho-de-la-comp).

(82) Véase sobre una definición el concepto: [www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/filial-comun/filial-comun.htm](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/filial-comun/filial-comun.htm).

En general la *filial común* se basa no sólo en sus estatutos societarios, sino que además suele sustentarse en un llamado "protocolo", que es un contrato, aunque no social, pero en el cual las partes autorregulan aspectos que atañen al funcionamiento de la sociedad *filial común*.

Se ha dicho que se presenta aquí una concurrencia del derecho societario aplicable a la filial común y el derecho aplicable a este contrato (*protocolo*). Dos derechos generalmente distintos: la *lex societatis* de la filial común y la *lex contractus* del protocolo.

La *lex societatis* es, en principio en nuestro país, la *ley del lugar de constitución de la filial común* determinada por la norma de conflicto aplicable (art. 118, primer párr., LGS); salvo que se presenten los supuestos de la norma de aplicación exclusiva del art. 124<sup>(83)</sup>.

Se ha señalado también, que los problemas más delicados se presentan cuando las cláusulas del *protocolo* gobernado por el derecho elegido por las partes (autonomía conflictual) y por las facultades de autorregulación que la autonomía material propia del derecho internacional privado les concede, entran en colisión con *normas imperativas* del derecho societario que rige la filial común (*lex societatis*) o del lugar de ejecución de los actos sociales de los entes, que interfieren en el mercado en el que actúan.

Las partes no pueden derogar las normas internacionalmente imperativas del derecho societario mediante el recurso al *protocolo* contractual autorregulado, ni siquiera recurriendo a un acuerdo de elección de foro que, mediante la prórroga de jurisdicción, sortee las normas de policía de la *lex fori*, pues ante la necesidad de hacer efectiva la decisión judicial o arbitral en el país cuyo derecho se aplica a la sociedad o a su actuación, las normas imperativas de ese Estado y sus principio de orden público necesariamente se les impondrán (conf. art. 2651, CCCN).

Si se constituye una filial común entre dos Estados sobre la base de un tratado internacional, esta regulación material societaria "auténticamente internacional" prevalece por sobre el derecho societario de los Estados constituyentes de la filial común. El tratado sería *lex specialis* y no se podría decir, en principio, que la regulación del *protocolo* que se ajuste a él afecte principios de orden público internacional si adopta una solución que el mismo tratado contempla<sup>(84)</sup>.

(83) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 63/64 y sus citas de LOUSSOUARN, YVON, "La filial commune et le droit international", en *La filial comme un moyen de collaboration entre société et groupes de sociétés*, Colloque de Paris, 1975, p. 90, y de la obra del profesor OTAEGUI, *Concentración societaria*. Buenos Aires, 1984, p. 160.

(84) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 81/82.

## XII. LA PROBLEMÁTICA DEL ART. 124 LGS. CUESTIONES QUE COMPRENDE

### I. La sede en el país

Frente a la norma de conflicto contenida en el art. 118, párr. 1º, LGS, que adopta como punto de conexión la elección de la ley del lugar de constitución, nuestro legislador ha operado, sin embargo, una excepción en el art. 124, pues se aparta de ese criterio general, para optar, sólo unilateralmente, por el *criterio de la sede efectiva*, cuando la sociedad registrada o inscrita en el extranjero, tiene su "sede u objeto principal destinado a cumplirse en la República".

Se ha dicho que parece razonable entender que el concepto "sede" allí empleado refiere a una *elección distinta a la de la sede social meramente inscrita*, pues de otro modo, el punto de conexión seguiría siendo el mismo del art. 118.

Lo cierto es que el concepto carece de una debida calificación autónoma de lo que el legislador ha querido significar con la conexión aquí empleada, y que la calificación *lex fori* nos conduciría a la sede social inscrita.

Es en este marco que cabe coincidir en que la referencia, como lo sostiene Boggiano, sólo adquiere sentido entendiendo aquí, por *sede*, el "centro de dirección o administración general de la sociedad cualquiera sea el domicilio estatutario"<sup>(85)</sup>.

Debe entenderse pues, que el art. 124 contiene una excepción a la norma de conflicto contenida en el art. 118, LS, optando por priorizar como decisiva la existencia del centro de dirección o administración general de la sociedad en el país, para apartar el caso de la regla de conflicto general y para migrar en esos supuestos al criterio de elección que prioriza la situación de la sede localizada en el propio país, por lo que se aplicará a las formalidades de constitución, reforma y contralor de funcionamiento *la ley argentina, considerando la sociedad como sociedad local*.

Esta disposición, así concebida, opera una autoelección del propio derecho por motivos de orden económico, vinculados a la regularidad del tráfico comercial interno, que el Estado encuentra necesario tutelar, evitando que sociedades que tienen sus órganos de gobierno y la conducción de sus negocios en la Argentina, puedan constituirse válidamente

(85) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 20 y 21.

en el extranjero. Ello es coherente con la idea que tiende a someter a las sociedades comerciales a la ley y la jurisdicción del país en donde sus actos produzcan sus efectos (Rivarola).

Estimo que no cabe tampoco admitir que una sociedad, que resulta local por hallarse establecido en el país su sede u objeto social exclusivo de explotación, se vista con el ropaje formal de una sociedad extranjera.

Digamos asimismo, que tampoco cabe que una sociedad local por su constitución, por el modo previsto de cumplimiento de su objeto social y por la sede real de su administración resuelva, por el arbitrio de sus socios mayoritarios extranjeros, disponer el funcionamiento de su órgano de gobierno en el extranjero, contraviniendo de manera incoherente la exigencia legal de que la mayoría del directorio tenga su domicilio real en el país (art. 256, LGS), se habilitaría así la posibilidad de una válida convocatoria que obligase a los directores a desplazarse al extranjero al ser llamados con la breve antelación de cinco días. Una maniobra de este tipo sólo permitiría el manejo arbitrario de la sociedad de parte de los eventuales representantes designados por los socios mayoritarios, dificultando el debido control de la gestión social de parte de los socios minoritarios y de los órganos encargados de ejercer el control societario, al deslocalizar el centro de las decisiones, alejándolo de la sede social y del objeto principal de los negocios<sup>(86)</sup>.

Cabe señalar que el desplazamiento del órgano de administración hacia un sitio desconocido e indeterminado no sólo conspira contra el recto orden de gobierno y administración de la sociedad local, sino que atenta, en perjuicio de los mismos socios y de terceros, contra el debido ejercicio de sus funciones de parte de los órganos de contralor societario (v.gr., el síndico).

El art. 124 se trata pues de una norma de policía, imperativa de nuestro derecho societario, que considera local una sociedad cuando se ejerce en el país su dirección efectiva, aventando toda forma de fraude a la ley societaria y como tal, siendo una norma internacionalmente imperativa o mandatoria, desplaza a la norma de conflicto del art. 118.

Sin embargo, no debe concluirse en que necesariamente, en estos casos, debe presumirse la existencia necesaria de una situación de fraude, basta con el interés, de razonable gravitación, que trasunta la idea de someter las sociedades comerciales a la ley y la jurisdicción del país

(86) Véase en este sentido mi fallo, estando a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 26, *in re*: "Bemberg de Saiz de Vicuña, María Inés y otr. c. Simonetta S.A. s/sumario", del 18/7/2003, reg. 4117.

en donde sus actos produzcan sus efectos, para justificar la decisión del Estado de autoelegir su derecho, para justificar la norma de policía.

Esta norma, sin embargo, *no indica cómo habrá de procederse para regularizar la sociedad extranjera que se viese en la situación descripta respecto de sus órganos de conducción, ni cuál es el efecto que cabe asignar a los actos obrados por la sociedad, al menos frente a terceros, en estos casos.*

En el ámbito de nuestro derecho internacional de fuente convencional vigente, también el art. 5º de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP - Montevideo 1979) somete a las sociedades constituidas en un Estado que *pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro Estado, a la legislación de este último.*

El anteproyecto de reformas a la ley 19.550 de 2003, elaborado por los Dres. Anaya, Bergel y Echeverry, mantenía la fórmula del art. 124, mas con un agregado que permitía salvar, al menos en parte, las deficiencias apuntadas, indicando el derecho de aplicación para integrar el vacío de la norma de policía, pues disponía que "en tanto se mantenga el incumplimiento serán de aplicación los efectos establecidos por el art. 119" del mismo anteproyecto. Esta norma disponía la inoponibilidad del contrato social con relación a los actos cumplidos en la República, no pudiendo en ese lapso ejercerse derechos contra terceros, fundados en actos realizados en el país. Se disponía también, que por esos hechos o actos que precedían a la inscripción, responderían solidariamente quienes hubiesen actuado en nombre de la sociedad.

Estimo necesario integrar el art. 124 con un estatuto material de adaptación, por lo que resultaría muy conveniente propiciar una reforma del art. 124 que supla esta omisión. *Infra* sugeriremos alguna posibilidad.

## 2. Objeto principal a cumplirse en la República

El art. 124 de la LS completa la norma de policía, captando otro contacto de la sociedad con la Argentina que estima relevante respecto de las sociedades constituidas en el extranjero para asimilarlas en sus exigencias a las sociedades locales.

Se trata de *que su principal objeto esté destinado a cumplirse en la República.*

Boggiano ha formulado fuertes críticas a la razonabilidad y la trascendencia de este contacto, cuestionando su aptitud para fundar una norma de esta naturaleza y ha propiciado una interpretación restrictiva,

según la cual, el precepto debería entenderse como alcanzando únicamente la hipótesis en que el centro de explotación empresarial se *hallase exclusivamente radicado en el país.*

Siguiendo esta línea de ideas, de no cumplirse el objeto social en nuestro territorio de manera exclusiva, y de resultar su explotación concurrente con otros lugares de ejercicio habitual del objeto social multilocalizado en la realidad de la vida societaria, o concurriendo el objeto en el país con la sede real y efectiva en el extranjero, el caso debería quedar regido por el art. 118, tercera parte.

Boggiano sostiene esto con sólidos argumentos a los que cabe remitirse, donde demuestra las dificultades que lleva consigo precisar la calidad del objeto "principal", por el mayor volumen económico, cuando su cuantificación depende de la contabilidad llevada por el ente social, o cuando existen varios centros donde se cumplen los objetivos sociales que no pueden medirse estimativamente con los parámetros de un criterio uniforme, para estimar cuál es *principal*, respecto de otro —v.gr., un centro de producción en un Estado y el centro del desarrollo del *know how*, en otro, etc.—<sup>(87)</sup>.

La actual fórmula del art. 124 registra antecedentes que se remontan al viejo Código de Comercio en su art. 286, que se mantuvo a través del tiempo, también aparece en el Proyecto de Lisandro Segovia de 1887, que recogía en su art. 267, *in fine*, el caso de las sociedades constituidas en el extranjero que tengan en la República su domicilio y el objeto principal de su giro, para considerarlas como sociedades nacionales, sujetas en cuanto a la forma y validez del acto constitutivo de las mismas a todas las disposiciones del Código, estableciendo las consecuencias legales propias de la inobservancia de las formas, para las sociedades en general, haciendo responsables a los administradores y representantes, personal y solidariamente, por todas las obligaciones sociales, cualquiera que fuere su clase.

También se han rastreado normas similares en el art. 2505 del código Civil y Comercial italiano de 1942; en el Código Civil de Japón —art. 482—; en los Códigos Civiles de Egipto de 1948 —art. 11, 2º párr., segunda parte—, y de Siria de 1949 —art. 12, 2º párr., segunda parte—<sup>(88)</sup>.

Se estima que esta referencia al *objeto principal*, tal como está contenida en el art. 124, debería ser modificada pues, además de carecer de

(87) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 21 a 34.

(88) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 22 a 23.

suficiente contenido práctico, no se entiende cuál es el interés que justifica la autoelección del propio derecho en casos de múltiple constitución.

En este marco, una conexión de esta naturaleza puede poner en peligro entredicho el *status* jurídico de sociedades constituidas auténticamente en el extranjero y que teniendo su dirección efectiva en el extranjero y quizás, parte de su objeto social multilocalizado en el país, se verían forzadas a ser consideradas como sociedades locales y sometidas a una indebida *conexión de secuestro*, que las conduciría a una sujeción a la condición de sociedad local, conforme al derecho argentino cuando, en tales casos, no advierte una justificación legal suficiente para tal autoelección. He de coincidir así con la tesis sostenida clásicamente por Boggiano<sup>(89)</sup>.

Repárese en que es cuestión diferente y que no se discute el sometimiento a las leyes locales —civiles, comerciales y fiscales— *de los actos que, en nombre de la sociedad, se realicen en el país, durante su desenvolvimiento comercial o industrial o profesional.*

En efecto, en este caso y bajo el art. 124, la sociedad extranjera vendría a quedar regida concurrentemente por el derecho de su lugar de constitución en el extranjero y además, obligada a *reconstituirse* con la amenaza de un *status* incierto mientras no lo haga.

Esa amenaza va desde la posible tacha de *inexistencia o nulidad*, pasando por las calificaciones de *irregularidad* y hasta la de *inoponibilidad*, respecto de su contrato social o estatuto, frente a terceros, en el país, tornando siempre personalmente imputables los actos y negocios sociales obrados por la sociedad, a los que hayan actuado por ella.

Consideramos que la *inoponibilidad*, sin embargo, es la solución que mejor se adecua al caso, si consideramos que la sociedad en cuestión preserva la existencia y pervivencia de la figura societaria extranjera, y la validez de lo obrado interpartes, aunque resulte inoponible a terceros.

Bajo la fórmula actual, es claro que el art. 124 adolece de la debida prescripción de los pasos a seguir para la regularización del ente, lo cual torna necesario, lo reiteramos, el establecimiento de un adecuado estatuto de adaptación y de la debida calificación legal que debe atribuirse a las consecuencias de lo obrado al margen de la regularización y de la sanción para el caso de incumplimiento de esa regularización legal.

Ello requiere una adecuación en el texto de la ley que prevea los efectos del supuesto configurado bajo el art. 124 de la LS, con la fijación de un

(89) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 21 a 34.

plazo legal para regularizar la situación del ente adaptándolo a las formas locales, pudiendo optarse entre las varias posibilidades legalmente disponibles.

En tales casos, las exigencias a satisfacer deberían ser las mismas que deben observar las sociedades locales, pues no resulta razonable adoptar posturas discriminatorias, superadas en el tiempo, obviando la necesidad del debido respeto de la extranjería del caso.

La RG 12/2003 de la IGJ ya estableció las pautas de un estatuto de adaptación material razonablemente satisfactorio para la Capital Federal —sumamente minucioso— para operar la regularización en supuestos del art. 124.

En efecto, ya hemos dicho que estamos en favor del criterio de la inoponibilidad y esa exigencia está reñida con la postura en favor de la inoponibilidad que hemos propiciado y dentro de la cual cabe contemplar posibles hipótesis de múltiple constitución que, de producirse, habrán de ser resueltas, razonablemente, según el principio de efectividad y dando preeminencia, respecto de la actuación en nuestro territorio, a las soluciones emanadas de la norma de policía que comentamos y, respecto de actuaciones en el exterior, a la aplicación del criterio del lugar de constitución<sup>(90)</sup>.

### 3. La RG 7/2017 y las sociedades con domicilio o principal objeto destinado a cumplirse en la República. Adecuación a la ley argentina

La RG 7/2017 ha establecido un renovado estatuto material de adaptación y señala los *supuestos de procedencia* para el ámbito de la Capital Federal.

Dispone en su art. 266 que la Inspección General de Justicia solicitará a las sociedades constituidas en el extranjero su adecuación a las disposiciones de la ley 19.550 aplicables a las sociedades constituidas en la República conforme al capítulo II de la misma ley, *en aquellos casos en donde de la documentación y presentaciones requeridas, resulte que la actuación de las sociedades se halla encuadrada en cualquiera de los supuestos del art. 124 de la ley 19.550.*

Al efecto, se considera que serán elementos de ponderación, sin carácter taxativo, los siguientes, ya sea separada o concurrentemente:

(90) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 58 y citas allí efectuadas.



1. La carencia de activos, participaciones sociales, operaciones de inversión o explotación de bienes de terceros referidos en el art. 206, inc. 4º, o, en su caso, su irrelevancia comparativa, bajo las pautas de apreciación de la reglamentación, respecto de los activos y actividades desarrolladas en la República.

2. La efectiva localización del centro de dirección o administración de la sociedad en ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3. La falta de presentación en debida forma de los elementos referidos en la reglamentación, en el caso de *sociedades provenientes de países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados y regímenes tributarios especiales, considerados no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal o no colaboradoras en la lucha contra el Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, o de sociedades off shore inscriptas antes de la entrada en vigencia de estas normas.*

En cuanto a las condiciones de *Intimación, Plazo y Efectos del incumplimiento:*

El art. 267 dispone que en el caso de sociedades inscriptas y, a los fines de lo dispuesto en el artículo anterior, la Inspección General de Justicia intimará al cumplimiento de la presentación prevista en el art. 268 dentro del plazo que determine, el cual no excederá de los ciento 180 días corridos, bajo apercibimiento de solicitarse judicialmente la cancelación de dicha inscripción y la liquidación de bienes que pudiera corresponder.

En cuanto a los requisitos (art. 268):

La inscripción en el Registro Público de la adecuación de la sociedad constituida en el extranjero requiere la presentación de los elementos siguientes, además de los requisitos generales aplicables:

1. *Escritura pública de adecuación y sujeción de la sociedad a la ley argentina a todos sus efectos, otorgada por los socios actuales y los que en su caso se incorporen en oportunidad de la adecuación, por sí o mediante apoderado o apoderados con facultades especiales.* El poder o poderes especiales deberán consignar expresamente, tanto el porcentaje de participación de cada socio, como los porcentajes que dicho socio reconoce a los restantes en el capital social.

La escritura pública debe contener:

a. La identificación conforme al inc. 1º del art. 11 de la ley 19.550 del socio o socios actuales y, en su caso, la de quienes se incorporen a la sociedad.

b. La constancia expresa de que el socio o socios actuales, por sí o mediante apoderado, acreditan su calidad de tales, exhibiendo ante el escribano autorizante los respectivos títulos u otros elementos que demuestran indubitablemente dicha calidad y expresando la fecha desde la cual invisten tal condición.

c. La decisión expresa de los socios de adecuar la actuación anterior de la sociedad en la República, mediante la adopción de un tipo social contemplado por el capítulo II de la ley 19.550 y la aprobación de las estipulaciones a que se refieren los subincisos siguientes y de un balance especial de adecuación.

Deben manifestarse asimismo, en su caso, los porcentajes de participación en la sociedad reconocidos a los socios que conforme al subinc. j) declaren o hayan declarado su voluntad de separarse de la sociedad.

d. La mención de la naturaleza y monto del aporte de capital efectuado por el socio o socios que se incorporen como tales a la sociedad en oportunidad del otorgamiento de la escritura pública de adecuación, con constancia de que el mismo se halla totalmente integrado.

e. La transcripción de los certificados u otras constancias auténticas que acrediten la constitución, registro o incorporación de la sociedad en el extranjero.

f. Las cláusulas del estatuto o contrato que regirá a la sociedad, de acuerdo con dicho tipo social y las disposiciones de la ley 19.550 aplicables al mismo.

La denominación social debe cumplir con lo dispuesto en la sección segunda del título i de este Libro, estableciéndose en caso de modificación su nexo de continuidad con la anterior, de lo que se dejará constancia en la publicación requerida por el inc. 5º. El monto del capital social debe ser igual al del patrimonio neto resultante del balance especial de adecuación, adicionado en su caso con el valor del aporte del socio o socios que se incorporan y deducida la reserva legal completa. Puede no obstante decidirse fijar una cifra inferior, siempre que la misma, además de corresponder al tipo en su caso, no resulte manifiestamente inadecuada al objeto de la sociedad. En tal caso, sobre dicha cifra se calculará la reserva legal completa y la diferencia entre la sumatoria de capital y reserva legal y el monto del patrimonio neto se imputará a una reserva especial que se regirá por el tercer párrafo, *in fine*, del art. 202 de la ley 19.550, cualquiera que sea el tipo social adoptado.

g. La cantidad, porcentaje y características de las participaciones que correspondan a cada socio cuya entidad deberá, con excepción en caso

de constitución de sociedad anónima unipersonal, corresponderse con la exigencia de una pluralidad de socios de carácter sustancial requerida por el art. 56 de las presentes normas.

Dicho carácter también deberá observarse si la sociedad que se adecua hubiere sido unipersonal y su pluripersonalidad se establece mediante la incorporación de otro u otros socios en el acto de adecuación.

h. El nombramiento de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización.

i. La fijación del domicilio y la sede social en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme al art. 11, inc. 2º, párrafo segundo, de la ley 19.550, y lo dispuesto en la reglamentación.

j. La declaración expresa de voluntad —manifestada por sí o mediante apoderado— de separarse de la sociedad de aquellos socios que, como consecuencia de la adecuación, no desearan permanecer en la misma o bien la transcripción de las notificaciones efectuadas en tal sentido a los restantes socios por medio fehaciente.

k. La mención de las inscripciones efectuadas en esta u otras jurisdicciones en los términos de los arts. 118, párrafo tercero, y 123 de la ley 19.550, con indicación de sus datos.

l. La individualización de los bienes o derechos registrables de que la sociedad sea titular y que estuvieren inscriptos bajo su titularidad en registros de la República Argentina.

2. *Balance especial de adecuación* cerrado a una fecha que no exceda los tres meses anteriores a la fecha de la escritura de adecuación, confeccionado en moneda nacional y conforme a las disposiciones reglamentarias y técnicas aplicables en ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con informe de auditoría conteniendo opinión. Deben contemplarse las variaciones significativas que pudieran experimentarse en el lapso comprendido entre la fecha de cierre del balance y la fecha límite en que, en virtud de dicho cierre, deba adoptarse la decisión de adecuación. Si la sociedad tuviere bienes en el exterior, la valuación de los mismos debe ajustarse a pautas homogéneas respecto de la que correspondería a bienes de igual naturaleza sitos en territorio nacional.

3. *Informe de contador público independiente*, consignando la incidencia que sobre los rubros del balance especial de adecuación tengan la separación o incorporación de socios que se hayan producido.

4. Elementos que acrediten la *realización de su aporte de capital* por parte del socio o socios que se incorporen como tales a la sociedad en

oportunidad del otorgamiento de la escritura pública de adecuación. La existencia, valuación e integración de tales aportes.

5. *La publicación prescripta por el art. 10 de la ley 19.550*, en su caso, en la que debe constar que se trata de la adecuación de la sociedad a la ley argentina.

6. Acreditar la *constitución de la garantía de los administradores* requerida por el art. 256, segundo párrafo, de la ley 19.550, en los términos de los arts. 76 y 77 de estas normas.

7. *Declaración jurada de persona expuesta políticamente* de los miembros del órgano de administración y fiscalización designados.

Simultáneamente con la inscripción de la adecuación de la sociedad, el Registro Público instará la *cancelación de las inscripciones efectuadas* anteriormente en él a los fines de los arts. 118, tercer párrafo, o 123 de la ley 19.550, y las que fueren consecuentes a ellas si las hubiere.

Si hubiere inscripciones en registros públicos de jurisdicciones provinciales, las mismas deben cancelarse a solicitud de la sociedad, la cual deberá acreditarlo dentro de los 90 días corridos de inscripta; dicho plazo podrá prorrogarse prudencialmente en cada caso únicamente si se acredita en debida forma que el mismo resulta excedido por el normal cumplimiento de los trámites necesarios. Transcurrido el plazo y hasta tanto se acredite la cancelación, se suspenderá la inscripción de otros actos, salvo ciertas excepciones (v.gr., que se trate de inscripciones de designación y cesación de administradores o solicitudes de cancelación, etc.).

Las sanciones previstas ante reiterados incumplimientos son la cancelación de las inscripciones, previa liquidación, mediante acción judicial a promover por la IGJ y eventualmente la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad, si a través de la sucursal, asiento o representación se configuró alguno de los supuestos del art. 54, último párr., LGS —dolo o culpa del socio o controlante que obligue solidariamente a indemnizar—.

#### 4. Interpretaciones exorbitantes del art. 124 de la LGS (resoluciones de la IGJ)

No podemos obviar, al pasar, la referencia a ciertas interpretaciones que consideramos extensivas y que pueden resultar exorbitantes, que se han advertido en nuestro medio en los últimos tiempos, respecto del art. 124.

Se trata, por ejemplo, de algunas de las disposiciones contenidas en la resolución 7/03 (EDIA, 2003-B-456) de la IGJ —por configurar en muchos aspectos un aparente exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias delegadas por la ley 22.315 (EDLA, 1980-355)—.

Respecto de la RG 7/2015, en art. 266, esa resolución capta tres supuestos, con antecedentes jurisprudenciales inspiradores, de los cuales, al menos los contemplados en el apartado 1º, que la sociedad carezca de activos en el exterior, lo cual coincidiría con la idea del objeto social destinado a cumplirse exclusivamente en la Argentina y que el valor de sus activos no corrientes sitos en el exterior, carezcan comparativamente de valor respecto de su participación en la sociedad o sociedades locales o de los bienes existentes en el país, casos que pueden dar lugar a discutibles situaciones, ya que en la medida en que quepan como una caracterización de “principal objeto” a cumplirse en la República, ya se ha tratado la inconveniencia de ceñir esa caracterización a una aritmética cuestión de valores (Boggiano).

Tampoco parece pertinente subsumir bajo el art. 124, hipótesis de sociedades con participaciones de control mayoritario, ni aun si es casi total, como lo resolvió correctamente la CNCom., sala C, *in re* “Great Brands Inc. s/conc. prev.”, del 27/12/2002, pues en tal caso, *lo que cabría sería el encuadramiento dentro del art. 118, párr. 3º* <sup>(91)</sup>.

### XIII. FRAUDE A LA LEY EN MATERIA SOCIETARIA

Ya hemos referido que en nuestra interpretación, el art. 124 de la LS, en su actual redacción, *no necesariamente configura una hipótesis de fraude a la ley*, la asimilación de la sede o asiento de la administración localizada en el país a un supuesto de sociedad local es un criterio de política legislativa, que en lo personal comparto y que exhibe un interés público que justifica suficientemente la norma de policía recordada, pero que no presupone, necesariamente, fraude, aunque pueda haberlo.

También hemos dicho que las decisivas críticas formuladas al concepto “objeto principal destinado a cumplirse en la República” nos llevan a sugerir su supresión, ya que se trata de una solución ambivalente que podría dar lugar a la configuración de situaciones arbitrarias cuya reparación, a la larga, resultaría más perjudicial que beneficiosa para la Argentina, y su reemplazo por la expresión “principal objeto destinado a cumplirse exclusivamente en Argentina”, tal como lo propicia Boggiano.

(91) Véase: MANÓVIL, RAFAEL M., “Una ajustada interpretación del art. 124 de la Ley de Sociedades”, LA LEY, 2003-C, 788 y ss.

De todas formas, frente a una norma como la del art. 124 operativa y funcionando, queda poco margen para el fraude.

Las reformas que propiciaremos *infra*, sin embargo, no implican renunciar a la sanción de fraude societario, pues puede lograrse el objetivo, ya sea a través de una norma que expresamente lo prevea más específicamente, como la propuesta de sancionar la sociedad constituida en el extranjero que ha de cumplir exclusivamente su objeto en la República, ya sea, por aplicación de las reglas de derecho común. Esto es, por el juego normal de los arts. 2600, CCCN —cláusula general de orden público— y 2651, incs. e) y f), CCCN, conforme a los cuales, los contratos hechos en el extranjero para violar las leyes de la República son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado —y viceversa—, que conducirían a descartar los casos de fraude a la ley suficientemente acreditados.

Conforme a lo expresado, pues, la aplicación de la ley del lugar de constitución, como derecho conectado, está condicionada a la inexistencia de fraude, el que, según enseñaba el maestro Goldschmidt, obra como condición negativa de la consecuencia jurídica, de manera que, si se verifica, debe descartarse la aplicación del derecho elegido, sancionando la evasión con la ineficacia del acto fraudulento, esto es, mediante la sumisión del acto al derecho que se quiso evadir, es decir, el derecho local, con lo que vuelve a cobrar virtualidad la necesidad de un equilibrio estatuto de adecuación material.

Ya hemos referido *supra*, la lucha emprendida a nivel internacional contra el fraude corporativo considerado como delito transnacional y los compromisos que la Argentina ha asumido al ratificar la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 —ley 24.759—, así como la Convención de la OCDE (Convención para Prevenir el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales) —ley 25.319—, destinada a prevenir el soborno internacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 —ley 26.097—, orientada a prevenir y reprimir el fraude corporativo.

Ello exige la tipificación del delito de soborno o cohecho activo y pasivo en el sector privado. En el plano administrativo, en nuestro país se han dictado algunas medidas de “gobierno corporativo”, que también deberán ajustarse a los principios de la Convención, entre las que se destacan: las disposiciones que regulan la actividad de los directores de la ley 19.550 de sociedades; diversas resoluciones de la Inspección General de Justicia (IGJ); ley 17.811 que regula la oferta pública de títulos; dec. 677/2001 de transparencia en la actividad financiera; resoluciones varias

de la Comisión Nacional de Valores (CNV) y Superintendencia de Seguros de la Nación, entre otras.

#### XIV. CUESTIONES LACUNARES: TRANSFORMACIÓN. FUSIÓN. ESCISIÓN. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Se trata en todos los casos de cuestiones no contempladas legalmente en nuestra Ley General de Sociedades, que sólo las abordaremos aquí, brevemente, con una propuesta de derecho aplicable para colmar esas lagunas.

##### 1. Transformación internacional

Hay transformación cuando una sociedad constituida adopta otro tipo legal previsto.

Se trata aquí del supuesto de una sociedad constituida conforme a la ley de un Estado, que al *transformarse*, se *recrea* o se *reconstituye* en otro país bajo la ley de otro Estado. La idea de la transformación presupone, inicialmente, que no se disuelve la sociedad, sino que su personalidad subsiste, que sólo se opera una modificación de la personalidad jurídica.

Sin embargo, la admisibilidad del supuesto a nivel internacional, el alcance del concepto, la capacidad de derecho, su licitud y efectos, si subsiste la personalidad jurídica anterior como una única realidad asociativa y si se alteran o no sus derechos y obligaciones o si, por el contrario, se plantea como un supuesto de *múltiple constitución*<sup>(92)</sup> dependerá de los derechos nacionales involucrados, aunque decisivamente gravite la ley que haya de regir, efectivamente, la existencia de la sociedad de ahí en más, como lugar de la pretendida adquisición de la *nueva* personalidad jurídica.

En efecto, el supuesto cae bajo la norma de conflicto que rige la existencia de la sociedad, será pues aplicable al problema, el *derecho del lugar de constitución* conforme al art. 118, párr. 1º, LGS. Sin embargo debe contemplarse ese punto de conexión, esa ley aplicable, desde cada uno de los Estados involucrados: desde el país de origen de constitución que deberá determinar los efectos de esa pretensa transformación y si subsiste el reconocimiento de la personalidad jurídica anterior con el nuevo ropaje y desde la ley del país en el que se pretende la recreación, la transformación o la reconstitución.

(92) Recuérdese, por ejemplo, que es imposible cambiar la ley personal de una sociedad constituida o "incorporada" (*incorporated*) en Inglaterra o los Estados Unidos.

Ese doble régimen aplicable a la misma realidad asociativa puede crear problemas de múltiple constitución difíciles de resolver<sup>(93)</sup>. A veces el solo propósito de cambiar la sede internacional de la sociedad desembocará en este problema.

Se ha dicho y lo comparto, que en esos casos el *principio de efectividad* ha de guiar en el consejo y habrá de brindar la mejor orientación respecto de cuál es el ordenamiento que debe priorizarse para obtener, bajo sus requisitos, la protección de un encuadramiento legal regular satisfactorio. Ello, entendemos que conduce a satisfacer los recaudos legales para la regular constitución exigidos en el lugar donde haya de localizarse la sede efectiva, o del efectivo centro de actividad de los negocios del deudor.

##### 2. Fusión internacional

Contemplamos aquí, conceptualmente, tanto el caso de la *fusión internacional propiamente dicha*, esto es, cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, como el de la *fusión internacional por absorción*, cuando una sociedad ya existente incorpora a una u otras que, sin liquidarse, son disueltas —véase art. 82, LGS—.

También en estos casos se produce una alteración de la personalidad jurídica, no se trata ya de una misma realidad asociativa, sino de la confusión de dos o más realidades asociativas que abdican su personalidad original y convergen en la creación de otra realidad asociativa en común.

Es manifiesto que la viabilidad jurídica del proyecto exigirá un tratamiento conjunto, atendiendo a la ley personal (*lex societatis*) de todas las sociedades involucradas y en especial, de la incorporante o de la nueva sociedad resultante, para que la personalidad de éstas no arroje un resultado claudicante, que resulte atacable en su validez o en sus efectos, desde alguno de los sistemas jurídicos en juego y *la fusión pueda ser reconocida en todos ellos*.

En punto a la validez, deben concordar las leyes del lugar de constitución (*lex societatis*) de todas las sociedades involucradas, esos puntos de conexión deben funcionar acumulativamente, como un punto de conexión acumulativo igual que suma las condiciones y exigencias —satisfaciéndolas positivamente— de las leyes personales de *todas las sociedades* involucradas para que la fusión no resulte claudicante y pueda ser reconocida en todos los Estados involucrados.

(93) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 12, 13, 31, y citas de Gerald K. Henderson allí efectuadas.

Hay que resistir la tentación reduccionista de un examen unilateral del problema, de manera de tomar en consideración la validez sólo desde uno de esos Estados, contemplando esa realidad de modo aislado.

En efecto, la sola consideración de que la nueva sociedad o la incorporante habrán de adquirir la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas y que ello producirá la transferencia total de sus respectivos patrimonios multinacionalizados al inscribirse el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, o de que deberá concretarse el aumento de capital que hubiere de efectuar la incorporante, o ante la posibilidad de plantear las facultades y condiciones necesarias para llegar a revocar o rescindir el compromiso de fusión muestran, claramente y con evidencia, que resultan inadaptadas las leyes nacionales aisladamente consideradas para solucionar estos casos. En ellos, el principio de efectividad también indica acá, que es de menester interactuar con los otros sistemas jurídicos y requerir el acuerdo de las *legges societatis* consideradas de modo acumulativo, aunque, también, armonizándolas e incluso, adaptándolas materialmente, si fuera el caso (conf. art. 2595, inc. c), CCCN).

Ha de repararse que por esta senda transitan, en general, las soluciones de la *Convención de La Haya sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras de 1956* —art. 4º— que la Argentina ha aprobado, aunque no se encuentra vigente aún.

### 3. Escisión internacional

Hay *escisión internacional* o *fusión parcial* cuando: una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad en el extranjero; cuando una sociedad, sin disolverse, *destina parte de su patrimonio* para constituir una o varias sociedades nuevas en el extranjero; o cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la *totalidad de su patrimonio* nuevas sociedades en el extranjero, o viceversa véase art. 88, LGS.

Cuando en esas escisiones participa una sociedad constituida en la Argentina, se plantean casos de alteración de la personalidad jurídica, que caerían bajo la órbita del art. 118, párr. 1º, en tanto ley personal de la sociedad local. Sin embargo, a poco que se repare en que la escisión exigirá el cumplimiento de complejos requisitos en los diversos Estados involucrados, caben aquí las mismas reflexiones que formuláramos respecto de la fusión, internacional, relativas a la necesidad de aplicar acumulativamente las *legges societatis* de todas las sociedades involucradas

o que se proyecta constituir, para evitar escisiones claudicantes. Nos remitimos pues a lo allí expresado.

### 4. Disolución y liquidación internacional

#### a) Disolución

Los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en la ley del lugar de constitución, y la ley personal de la sociedad, a su vez, puede contemplar, de ordinario lo hace, causas legales de disolución, v.gr., que la sociedad se disuelve: por decisión de los socios; por expiración del término por el cual se constituyó; por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia; por consecución del objeto por el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; por la pérdida del capital social; por declaración en quiebra aunque la disolución puede quedar sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión; por su fusión; por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones; por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar si leyes especiales la impusieran en razón del objeto —véase nuestro art. 94, LGS—.

Es claro que la ley del lugar de constitución de la sociedad societaria que rige la existencia de la sociedad es también la aplicable su disolución (art. 118, primer párrafo).

Este derecho es pues, el que decide la subsistencia de la personalidad societaria durante la liquidación y las normas que la rigen y si las causales de disolución podrán ser removidas. También determina el momento de la disolución que en algunos sistemas jurídicos tiene lugar después de la liquidación y cómo se interpreta en caso de duda, la existencia de una causal de disolución, v.gr., si es que se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

Tales principios generales, impuestos por la norma de conflicto contenida en el art. 118, primer párrafo, sufren, sin embargo, su excepción, ante las hipótesis contempladas en la norma de policía del artículo 124. En estos supuestos, la disolución está exclusivamente sujeta al derecho argentino.

Algunas reflexiones ha suscitado la cuestión de orden público en materia de disolución. Se ha dicho que tal problemática puede aparecer bajo estructuras normativas diversas: una rígida e inflexible concepción del orden público que puede plasmar en normas de policía y otra idea de él, flexible y fluida, se encarna en la cláusula de reserva del ordenamien-

to jurídico que excepciona toda norma de conflicto. Sin embargo, ha de tenerse especial cuidado de no exportar nuestras normas coactivas de derecho interno al plano internacional si ellas no encarnan auténticos principios de orden público<sup>(94)</sup>.

Se ha planteado en doctrina si cabe el ejercicio de la autonomía conflictual o material de las partes en un contrato de disolución y si pueden las partes, esto es, los socios, elegir un derecho aplicable a la disolución distinto del que rige la constitución y el funcionamiento de la sociedad, y si éstos podrían crear normas materiales derogatorias de las normas coactivas de la *lex societatis*.

Coincidimos en que la respuesta es negativa, porque la disolución societaria, en tanto se refiere a la extinción de la personalidad jurídica, es materia indisponible para la autonomía de la voluntad de las partes y está queda regida por la *lex societatis* elegida por el legislador de modo insustituible.

Los socios no pueden elegir el derecho que será aplicable a la liquidación, así como no les es dable escoger la *lex societatis* mediante la autonomía conflictual. Consiguientemente, tampoco pueden derogar mediante normas materiales contenidas en el contrato social disposiciones coactivas de la *lex societatis*, ni eliminar, limitar o condicionar las causales de disolución impuestas por la *lex societatis*, salvo que esta misma lo permita, en cuyo caso, ya no se estará en presencia de normas imperativas de la ley personal<sup>(95)</sup>.

#### b) Liquidación

La liquidación societaria será, por lo general, aunque no siempre, la culminación del procedimiento de disolución y se rige por reglas propias, diferentes de las que gobiernan otras formas de liquidación, como en el marco de las quiebras, en las que se impone la impronta de la *lex fori* o de las sucesiones que debaten entre la pluralidad y el fraccionamiento.

Se trata de una etapa en la vida de la sociedad y el procedimiento a seguir en ella, así como la designación del liquidador y sus facultades habrán de estar regidos, también, por la ley personal de la sociedad (*lex societatis*), salvo estipulación en contrario en todo aquello en que, conforme a ella, se hubiese previsto disponible. En nuestro país, entendéremos aplicable la ley del lugar de constitución (art. 118, primer párrafo),

(94) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 129 y 130. Allí razonaba respecto del exart. 94, inc. 8º, LS.

(95) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 130/1 y sus citas.

aunque podrá ser el derecho de la sede social, etc., según el DIPr. aplicable al caso.

Esa ley personal será la que determinará si se ha de proceder a una liquidación amigable, intrasocietaria, privada, extrajudicial, o si se deberá ocurrir a la vía jurisdiccional y en tal supuesto, a la jurisdicción del juez del lugar de constitución, regla esta de jurisdicción internacional, que se deduce analógicamente de la norma de conflicto general del art. 118, salvo los supuestos del art. 124.

Sin embargo, ése no sería el único foro con jurisdicción internacional para designar liquidador, pues si la sociedad tuviese bienes o establecimientos en diferentes Estados, habría que requerir la liquidación en esos países, pudiendo fraccionarse la liquidación en tantos países como bienes o establecimientos haya, si en los sistemas jurídicos de esos Estados, la *lex fori* no respetase la *lex societatis* para regular el procedimiento y sus reglas de fondo, la designación del liquidador y sus facultades. Otra excepción, de ordinario, podrá surgir también, de la intervención de la ley del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*) en materia que afecte los derechos reales<sup>(96)</sup>.

También las nacionalizaciones de sociedades extranjeras convocan a la aplicación de la *lex fori* en relación con la liquidación de los bienes nacionalizados. A causa de actos de Estado encaminados a nacionalizar propiedades pertenecientes a sociedades comerciales se plantea la cuestión de la disolución de las sociedades nacionalizadas y su reconocimiento internacional. Batiffol sostiene que si la sociedad extranjera es disuelta en el extranjero conforme a su *lex societatis*, en virtud de una nacionalización, es inútil negar la evidencia de su disolución y proclamar su existencia a pesar de la *lex societatis*<sup>(97)</sup>. Sin embargo, esto no importa sin más, la eficacia extraterritorial de la nacionalización de modo que los bienes devenguen en propiedad del Estado extranjero, al punto que la jurisprudencia francesa dispuso la liquidación de los bienes sitos en Francia según la *lex fori* por considerar contraria a su orden público una nacionalización falta de indemnización<sup>(98)</sup>.

Si en la Argentina existiesen bienes, o sede, asiento, sucursales o cualquier otra forma de representación, decidida la liquidación amigable

(96) Véase: LOUSSOUARN, YVON - BREDIN, JEAN DENIS, *Droit du Commerce International*, Sirey, Paris, 1969, ps. 457 y ss., donde se trata en extenso el tema.

(97) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 131; LOUSSOUARN, YVON - BREDIN, JEAN DENIS, ob. cit., ps. 456 y 461, y BATIFFOL, H., *Problemes actuels de nationalisation en droit international privé*, Comité Français de Droit International Priué, 1962-1964, p. 183, citado por los dos autores anteriores.

(98) LOUSSOUARN, YVON - BREDIN, JEAN DENIS, ob. cit., p. 461.

ble de la sociedad en el extranjero, *puede solicitarse del juez argentino competente*, del lugar de domicilio registrado en el país para establecer la representación o de situación de los bienes, si no hubiese establecimiento, la designación de un liquidador local. En este caso, en nuestro país la petición de designación judicial debe ser fundada, en principio, en la *lex societatis*, esto es, en la ley del lugar de constitución, en cuanto a las hipótesis que autorizan la designación judicial (análogamente a nuestro art. 102)<sup>(99)</sup>. Como principio las facultades y obligaciones del liquidador se someten a la ley que rige su designación.

Sin embargo, si la liquidación de la sucursal, agencia o representación deviniese como consecuencia de alguna sanción por infracciones a la ley local, como ocurre en algunos de los supuestos previstos en la RG 7/2015, entraría la *lex fori* a causar la liquidación y, en tal caso, ésta sustituiría a la *lex societatis*, sin embargo, podría solicitarse la aplicación de esta última, en la medida en que no contrariase intereses de orden público de nuestra *lex fori* o en que la ley argentina no resulte aplicable como ley del lugar de situación de los bienes (*lex rei sitae*), en cuestiones de carácter real relativas a la transmisión de derechos reales sobre bienes de la sociedad extranjera de situación permanente en la Argentina (arts. 2667 y ss., CCCN).

Los liquidadores pueden incurrir en doble responsabilidad: civil y penal. La primera está calificada en el derecho societario argentino como social y contractual (arts. 108 y 59, LS) y, de ordinario, es la *lex societatis* la que debe regir la calificación y la reglamentación de la responsabilidad. Si se califica la responsabilidad como delictual, habrá que regirla por el derecho del lugar en que se produjeron los hechos ilícitos, que en caso de liquidación local, coincidirá con la *lex fori*.

Las ventas de los bienes que integran el activo están regidas por la *lex contractus* propia de los negocios individualmente celebrados.

El pago de las obligaciones societarias se rige por el derecho propio de éstas (*lex obligationis*) y no se incluye allí la *lex societatis*.

Si el activo no alcanzase para satisfacer el pasivo, si fuese insuficiente, podría abrirse en la Argentina el concurso de la sociedad domiciliada

(99) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 132/133, quien sostiene que cualquiera que sea el juez competente para designar liquidador, la designación judicial debe ser efectuada si se cumplen los supuestos que la *lex societatis* prevé para que pueda decretársela judicialmente. Señala que no es la *lex fori* la que decide ni los presupuestos de la designación judicial, ni el procedimiento sustancial de la elección, pues ambas son cuestiones atinentes a la sustancia de la designación y no a las formas procesales que puedan rodearla y que por consiguiente, debe regírselas por la *lex societatis*.

en el extranjero respecto de los bienes que ésta tenga situados en el país (art. 2º, inc. 5º, LCQ). En tal caso, rige el sistema concursal.

Los casos de transmisión o cesión de activos y pasivos no constituyen, en realidad, supuestos de liquidación, ya que las obligaciones no quedan extinguidas sino que se las trasmite generalmente por vía de fusión, en la que se obra la transferencia total del patrimonio de la sociedad disuelta sin liquidarla<sup>(100)</sup>.

Los derechos de los acreedores de una sociedad en liquidación, en principio, no se ven modificados por esa situación. Sin embargo, la ley de la liquidación podría suscitar alguna incidencia en esos derechos. Entre las cuestiones que suelen suscitarse se encuentra, por ejemplo, la de saber si la liquidación produce la caducidad de los plazos y la exigibilidad de las deudas sociales y en tal caso, qué derecho se aplica a esa situación. Parte de la doctrina se inclina a pensar que rige la *lex obligationis* y no la *lex societatis*, ni la ley del lugar de pago. Entre nosotros, el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago anticipadamente contra la ley que rige su crédito, pues tal cumplimiento prematuro por parte de la sociedad deudora en liquidación podría resultarle dañoso y no hay razón para imponerle este menoscabo en virtud de un derecho extraño a su crédito, como puede serlo la *lex societatis*<sup>(101)</sup>.

Boggiano entiende que no parece irrazonable que se le exija al acreedor la previsión de una liquidación de su deudora anterior a la ejecución del contrato y aconseja, en estos casos, prever la hipótesis en normas materiales del contrato que la resuelvan conforme a la naturaleza de las obligaciones contraídas.

Finalmente, en cuanto a la partición, toda vez que se trata de materia de fondo, la *lex societatis*, como *lex causae*, califica la cuestión, rige su contenido sustancial y regula su forma, de acuerdo con lo previsto por el art. 118, primer párrafo, LGS.

Se ha señalado que la unidad de derecho aplicable requiere, para un eficaz cumplimiento, de la coordinación o coincidencia de derecho aplicable en los países en que estén situados los bienes, pues no resulta suficiente la unidad de solución meramente nacional<sup>(102)</sup>.

(100) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 133; LOUSSOUARN, YVON - BREDIN, JEAN DENIS, ob. cit., p. 468.

(101) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 134; LOUSSOUARN, YVON - BREDIN, JEAN DENIS, ob. cit., p. 470.

(102) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 134; LOUSSOUARN, YVON - BREDIN, JEAN DENIS, ob. cit., ps. 474 a 489, donde se aborda en profundidad el tema en el derecho francés.

## XV. GRUPOS SOCIETARIOS

### I. El concepto "grupo de empresas"

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se observa que es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se gestione, en el ámbito tanto nacional como internacional, en el marco de un "grupo de empresas". El término "grupo de empresas" abarca distintas formas de organización económica cuya dimensión y complejidad es cada vez más difícil de establecer, dado que muchos de ellos se presentan como una organización unitaria que funciona de cara al público como una única entidad comercial, edificada sobre la base de la entidad jurídica individual, que cabe definir, en sentido lato, como dos o más entidades jurídicas (miembros del grupo) cuya vinculación consiste, en alguna forma de control (directo o indirecto) o de participación, mutua o no, en su capital social respectivo<sup>(103)</sup>.

Se ha apuntado que los grupos de empresas existen desde hace tiempo; en algunos países aparecieron a finales del siglo XIX o a comienzos del XX a resultas de un proceso de expansión interna de la empresa que le permitió evolucionar con el control de su propia vida financiera, técnica o comercial.

Han surgido grandes empresas, constituidas por una única entidad jurídica, que se expandieron luego hacia el exterior, adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades mercantiles. En un principio, esa expansión exterior se hacía hacia empresas del mismo sector comercial, pero con el tiempo se fue extendiendo también a sectores afines y, más tarde, a sectores distintos e incluso, sin vínculo mutuo alguno, ni comercial ni geográfico. Un factor que impulsó, por lo menos en algunos países, esa expansión fue el hecho de que se legitimara la participación de una sociedad mercantil en el capital social de otra, lo cual estuvo inicialmente prohibido, tanto en los países del *common law* como en los de tradición romanista.

Se ha señalado<sup>(104)</sup> que en la mayoría de los ordenamientos se evita precisar lo que se entiende por "grupo de empresas" y que es habitual

(103) Véase: UZAL, MARÍA ELSA, "La insolvencia de Grupos empresarios en la ley concursal argentina bajo el punto de vista de la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia (Parte III)", en *Derecho Económico Empresarial. Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, t. I, La Ley, Buenos Aires, ps. 2011 y ss., donde efectuamos el esquema de los tópicos abordados en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia. Tercera Parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Caps. I y II, CNUDMI A/CN.9/WG.V/WP. 92, del 10 de febrero 2010.

(104) Véase Guía Legislativa de la CNUDMI, cit.

recurrir a diversos conceptos para determinar cuáles son los lazos empresariales que bastarán para constituir a ciertas empresas en un grupo de empresas para fines como la extensión recíproca de la responsabilidad y la determinación de cuestiones de contabilidad consolidada, fiscales o de otra índole. Los conceptos que se utilizan en la legislación y en la jurisprudencia de diversos países, en lo concerniente a los grupos de empresas, suelen basarse en criterios de participación de una empresa en el capital social de otra o en criterios de influencia o *control directo* o *indirecto* ejercido por una empresa sobre la otra, si bien a veces sólo se tiene en cuenta el ejercicio de una influencia o poder directo sobre la otra empresa o la posesión de una participación dominante en su capital social. La elección entre uno y otro concepto suele reflejar la búsqueda de un término medio entre la seguridad que entraña el exigir una participación dominante en el capital social y la flexibilidad ofrecida por el criterio del control, complementado por el reconocimiento de la diversidad de factores económicos que configuran a un grupo de empresas.

El tratamiento legal de los "grupos" suele estar basado en uno de dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de los dos): el *criterio tradicional de la identidad jurídica independiente de cada empresa del grupo*, el predominante, y el *de la empresa única*.

El criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo está basado en varios principios fundamentales, de los cuales el más importante es el de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. También se basa en la responsabilidad limitada de los accionistas de cada empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada entidad independiente para con su propia empresa.

La personalidad jurídica propia de cada sociedad del grupo conlleva a que cada sociedad goce de sus propios derechos y deberes, con independencia de quién la controla o de quiénes son los titulares de su capital social (es decir, del hecho de que su capital esté o no esté total o parcialmente en manos de otra empresa) o de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no cabrá mancomunar el activo del grupo para saldar esas deudas. Los contratos que esa empresa celebre con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad matriz ni a otras empresas del grupo. La sociedad matriz no puede tener en cuenta las ganancias no repartidas de otras empresas integrantes del grupo al calcular sus propias ganancias.

El *criterio de la empresa única* presta, en cambio, atención a la *integración económica efectiva de las empresas de un grupo*, por lo que se concibe al grupo como unidad económica que desarrolla su actividad comercial al servicio de los intereses del grupo en cuanto tal, o al servicio

de los intereses de la empresa dominante del grupo, pero no al servicio de los intereses de cada empresa en particular. Los préstamos tal vez se contraigan por el grupo en cuanto tal, recurriéndose a la tesorería del grupo para compensar el activo o el débito contable de cada empresa; cabe que se permita que una empresa del grupo funcione con pérdidas o que esté descapitalizada; el activo y el pasivo de las empresas del grupo podrá ser transferido, en el seno del grupo, en uno u otro sentido y cabrá concertar préstamos, garantías u otros arreglos financieros entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

Si bien en muchos países se aplica el criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo, en algunos casos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio mientras que en otros se ha adoptado, por vía legislativa o judicial, la práctica de aplicar, en determinadas situaciones, el criterio de la empresa única.

Entre las circunstancias en las que no se aplica de forma estricta el criterio de la entidad jurídica independiente se cita<sup>(105)</sup>:

a) la consolidación de las cuentas de una sociedad matriz del grupo y de toda empresa por ella controlada; las operaciones entre personas jurídicas vinculadas (suele estar prohibido que una sociedad mercantil otorgue, a una sociedad allegada, alguna ventaja financiera en forma, por ejemplo, de préstamos, garantías o indemnidades internas, condonación de deudas o transferencias de bienes, salvo que sus accionistas hayan aprobado la operación o que la sociedad otorgante goce de alguna exención);

b) las participaciones cruzadas en el capital social de las empresas (por lo general, los miembros de un grupo tienen prohibido adquirir acciones de la empresa dominante o aceptar una garantía sobre tales acciones y tienen igualmente prohibido emitir o transferir acciones en provecho de una empresa controlada);

c) la extensión del endeudamiento asumido por una empresa ya insolvente a otra (la sociedad matriz, que debiera haber sospechado la insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial contrajo siendo ya insolvente).

Algunos países han establecido distintas categorías de grupos de empresas que pueden actuar como empresa única, a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y a los accionistas minoritarios.

(105) Véase Guía Legislativa de la CNUDMI, cit.

Se cita también el ejemplo de Alemania, donde los grupos de empresas en que intervienen empresas públicas se dividen en tres categorías según su estructura: a) los grupos integrados; b) los grupos constituidos por vía contractual, y c) los grupos *de facto*; a todos ellos se aplica un conjunto de principios armonizados concernientes a la gestión y la responsabilidad empresarial:

a) *Grupos integrados*. La integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje del voto de los accionistas de la sociedad matriz, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad matriz, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada o solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder ilimitado para dirigirla;

b) *Grupos constituidos por vía contractual*. Pueden ser constituidos por una determinada proporción de accionistas de cada una de las dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre y cuando esa gestión sea acorde con los intereses de la sociedad matriz o del grupo en su conjunto. A cambio de otorgar a la sociedad matriz el derecho de control, los acreedores y los accionistas minoritarios reciben más protección, y

c) *Grupos de facto*. Esos grupos se gestan cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre otra empresa. Aunque la relación no se formaliza, se supone que la sociedad matriz intervendrá sistemáticamente en los asuntos de la empresa controlada.

## 2. El control interno de derecho y de hecho en la Argentina

Según el art. 33, LGS, "se consideran sociedades controladas aquellas que en otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

1) posean participación por cualquier título que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias: ...".

La norma habla de poseer "participación por cualquier título", ello implica no sólo a título de dominio, sino también, por ej., en usufructo.

Boggiano<sup>(106)</sup> señala que "la norma reformada adopta un criterio de precisión en orden a determinar el tipo de reuniones o asambleas en que haya de obtenerse el predominio para formar la voluntad social. Así pues,

(106) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 89 y ss.

en la sociedad anónima se requiere para la situación de control la disposición de la mayoría de las acciones con derecho a voto. Ello según los requerimientos de presencia impuestos para la primera y la segunda convocatoria en el art. 243 de la LGS) y, además, en las condiciones de mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse, salvo el mayor número exigido por el estatuto (art. 243, LS, 1er. párr.)”.

De este modo se caracteriza el “control interno emergente de la participación intersocietaria de derecho, pues el control de los votos requeridos para formar la voluntad social en dichas asambleas importa, según la norma legal la situación de control. Es el criterio que se puede considerar generalmente admitido”.

“Consiguientemente, la norma ha adoptado un criterio de control interno *de iure* amplio, pues es suficiente poder configurar la voluntad social en las asambleas ordinarias”.

“Cabe destacar que se trata de un *control interno de derecho*, porque se estructura sobre la disposición de la mayoría requerida para las deliberaciones de la asamblea, sin distinguir entre la primera y segunda convocatoria y en sentido amplio, porque sólo alude a la asamblea y no, a la extraordinaria”.

La norma se completa en su inc. 2º con la previsión del denominado *control interno de hecho*. Con este enfoque, se consideran sociedades controladas aquellas en la que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

“Inc. 2º. - Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades”.

Este control emana del hecho de la posesión de participaciones societarias ejercidas, pero *de facto*, debiendo establecerse en los hechos si esa participación concede o no *influencia dominante*. Ésta puede configurarse por ausentismo en casos de gran dispersión accionaria, por la obtención de acciones recibidas con poder, en casos de pactos de sindicación de acciones, de sindicatos de bloqueo, etc. Estas prácticas, sin embargo, no deben atentar contra el interés social, ni afectar la libertad de voto, ni trasgredir prohibiciones legales o principios de orden público.

El control también viene dado, según la última línea de la norma que comentamos, por “los especiales vínculos existentes entre las sociedades”. La misma norma, luego, caracteriza a las *sociedades vinculadas*. Entendiendo que son aquellas en las que una participe en más del 10% del capital de otra. La sociedad que participe en más del 25% del capital

de otra deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho. Entran aquí también las relaciones contractuales —sobre las que volveremos *infra*—, ciertas relaciones extracontractuales (por ej., las llamadas *cláusulas oligárquicas*, que consagran discrecionalmente, a ciertos socios o a terceros la designación de administradores o las uniones personales, mediante entrecruzamientos de administradores)<sup>(107)</sup>.

### 3. Ámbito de aplicación espacial de los arts. 31 y 32, LGS<sup>(108)</sup>

#### a) Acumulación de leyes

En la Exposición de Motivos de la ley 19.550 se expresa que constituir sociedad en la República no es un acto aislado, ya que de lo contrario el régimen de responsabilidad del socio, la capacidad y la aplicación de las normas sobre sociedades vinculadas y controladas, y aun el control oficial, serían prácticamente inaplicables si no se exigiese el requisito de la inscripción y el sometimiento a la ley nacional para participar en otra sociedad.

Las participaciones intersocietarias configuran un problema de capacidad de los socios.

Tal capacidad está regida por la *lex societatis* de las respectivas sociedades partícipes (arts. 118, primer párrafo, y 124). Tratándose de la participación de una sociedad local (art. 124), ésta debe someterse al art. 31 de la ley 19.550. La validez de la participación se rige por los derechos societarios que gobiernan la capacidad de las sociedades partícipes, la aplicación de esos derechos es acumulativa. Esta acumulación conduce a la aplicación del derecho societario más exigente en recaudos o límites a la validez de la participación. El art. 31 es, entonces, decisivo.

(107) Véase: BOGGLIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t II, ps. 92 a 101.

(108) Véase: Art. 31: “Participaciones en otra sociedad: Limitaciones. 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 libres y la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas. Quedan excluidas de estas limitaciones las entidades reguladas por la Ley 18.061. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar en casos concretos el apartamiento de los límites previstos. Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado. Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez (10) días de la aprobación del referido balance general. El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella”.

Boggiano señala que si dos sociedades constituidas en el extranjero (art. 118, primer párrafo) participan en el extranjero sin arreglo al art. 31 de nuestra ley, sino a sus respectivas leyes personales, pueden establecer representación en la Argentina o constituir filiales en el país, pues la participación extranjera válida según las leyes de las respectivas partícipes no afecta nuestro orden público de derecho internacional privado (art. 121, inc. 2º). Sólo si se entendiese violado este último límite podría denegársele reconocimiento para establecer representación o constituir filiales en el país. Es claro, por otra parte, que las filiales argentinas, en tanto sociedades locales, se han de sujetar al art. 31. Se advierte además, que los límites impuestos por el art. 31 pueden variar en normas extranjeras sin contrariar su espíritu<sup>(109)</sup> (art. 2600, CCCN).

#### b) Diversos casos

La sociedad regida por el derecho argentino (arts. 118, párrafo 1º, y 124) que toma parte o mantiene participación en una sociedad extranjera está sujeta al art. 31 de nuestra ley.

Empero, se deben distinguir dos cuestiones: la obligación de enajenar las participaciones que excedan los límites del art. 31, desde luego rige para la participante argentina y la sanción por su incumplimiento, esto es, la pérdida del derecho a voto y las utilidades impuestas por dicha norma. Boggiano plantea como interrogante si será aplicable tal sanción en el país de la sociedad participada sujeta al derecho extranjero, para concluir en que si en el país de la sociedad participada no se admite la aplicación de la sanción argentina, ésta parecería ineficaz.

Inversamente, si una sociedad, cuya *lex societatis* extranjera no contiene norma análoga a nuestro art. 31, toma participación en una sociedad sujeta a la *lex societatis* argentina, parece inaplicable el art. 31 que sólo alude a la sociedad participante y no a la participada. Si la participante es una sociedad regida por la ley argentina, se aplica el art. 31, LGS. Si la participada resulta sujeta a la ley argentina, ésta no le impone obligación de enajenar ni sanciones por su incumplimiento<sup>(110)</sup>.

#### c) Con relación al ámbito de aplicación del art. 32, LGS<sup>(111)</sup>

Cabe efectuar similares interpretaciones que en los casos precedentes. La participación recíproca entre una sociedad extranjera y una socie-

(109) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 110.

(110) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, ps. 110 y 111.

(111) Véase: Art. 32: "Participaciones recíprocas. Nulidad. Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona

dad argentina torna aplicable el art. 32 si el caso se falla en la Argentina, y bajo jurisdicción extranjera dependerá del DIPr. extranjero aplicable. Tal participación recíproca podría ser nula en nuestro país y válida en el extranjero, tornarse claudicante e internacionalmente ineficaz en su contradicción. A la partícipe argentina, sin duda, le serían aplicables las sanciones que contiene la norma: nulidad, responsabilidad, reducción de capital, disolución.

La participación recíproca entre sociedades extranjeras, en los límites mínimos reconocidos por sus leyes deben ser reconocidos en el país (art. 118, primer párr., LGS)<sup>(112)</sup>.

#### 4. Diversos encuadramientos posibles de la actividad empresarial y sus diferencias, al tiempo de la disolución del vínculo<sup>(113)</sup>

Las grandes empresas concentradas, que han adquirido en nuestros días una dimensión multinacional, desplegando una fuerza económica poderosa y autónoma, a través de conglomerados que buscan la diversificación de sus productos y la ampliación de sus mercados, en la producción industrial de escala y en la creación de grandes zonas de mercados nacionales e internacionales integrados con sus propias fuerzas reglas y estrategias. A su vez esas grandes empresas normalmente consideran el conjunto de un mercado nacional como su campo de actividad, tanto para circular y dar salida a sus productos como para atraer factores de producción y fijar y organizar establecimientos. De allí se ha deducido que la diversificación empresarial es expresión de factores objetivos de crecimiento y sinónimo de ingenio que alienta la combinación de recursos y factores de producción para crear nuevas posibilidades de expan-

interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres (3) meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho. Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por ésta por un monto superior, según balance, ni de sus reservas, excluida la legal. Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al artículo 31º.

(112) Véase: BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho internacional privado*, cit., t. II, p. 111, donde refiere que la exposición de motivos de la ley había contemplado la posibilidad de admitirlas en ciertos límites (5 al 10% del capital social) pero que no lo adoptó "por las características de nuestro medio".

(113) Véase mi voto: CNCom., sala A, 12/5/2015, "Stihl Incorporated S.A. c Sociedad Industrial Argentina S.A. s/ ordinario" (expte. 072807/1999); <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=Y%2F7FIKEVBNoyBaLIEYRHdeJPrN%2F7idbA%2FQaScgpLw6m80%3D&tipoDoc=despacho&cid=687684>; <http://scw.pjn.gov.ar/scw/expediente.seam?cid=712588>.

sión, y satisfacer las exigencias de mercados amplificados o de nuevos mercados<sup>(114)</sup>.

La consolidación de conglomerados es sabido que asume formas de integraciones horizontales que apuntan típicamente a extender el funcionamiento de los mercados y se plasman en formas de competencia imperfecta y mediante la producción en el extranjero, como un medio de superar las barreras que obstaculizan la entrada a determinado mercado y de integraciones verticales, ya sea, *hacia atrás*: para expandir la capacidad de la función de compra de la firma inversora, para obtener un más barato o más seguro abastecimiento de materias primas o mercaderías elaboradas o para abastecer su producción en los mercados mundiales, o bien *hacia adelante*: mediante actividades que representan la expansión de la capacidad de venta de la firma inversora, con el propósito principal de promover y proteger mercados y facilitar la producción doméstica, siendo que la gran cantidad de las exportaciones de empresas multinacionales de producción son canalizadas por las mencionadas actividades, esto dicho en palabras de Dunning<sup>(115)</sup>.

Estas figuras, en muchos casos, no tienen un lugar definido en el derecho actual, y muchas veces se advierte aún en elaboración la correcta captación de sus perfiles jurídicos y económicos, pues la era posindustrial ha evidenciado la necesidad y conveniencia de encauzar y proteger adecuadamente la formación de grupos, que se reflejan positivamente en la sociedad si producen mejor y más eficientemente, pues como cualquier figura jurídica sólo son negativos cuando proponen ilícitos o son vehículos de propósitos inconfesables. Hay países como Francia, Alemania, Italia, EE.UU., que legislativamente y con su jurisprudencia han abierto caminos en el estudio del funcionamiento de los grupos, tanto de derecho como de hecho. Es así como se ha aceptado, por ejemplo, la dirección unificada de sociedades, el traspaso de utilidades de una sociedad a otra del grupo, poniendo a prueba la estructura societaria y remozándola, como en algunos sistemas que han dotado de personalidad jurídica a los grupos de interés económico<sup>(116)</sup>. En esta materia, sin embargo, *la posición dominante es que los grupos no son sujetos de derecho y en general no se les otorga personalidad*, en esta línea en nuestro país, véase la reforma introducida en la Ley de Sociedades 19.550, por la ley 22.903 y 22.985, por las que se introducen "Las uniones transito-

(114) Véase: CHRISTENSEN, ROBERTO, "Empresa multinacional y Estado-Nación", ps. 12/3.

(115) DUNNING, "The multinational enterprise", ps. 22/4, citado por CHRISTENSEN, ob. cit., ps. 14/5.

(116) Véase: GUYENOT - KLEIDERMACHER, "Los agrupamientos empresarios y de colaboración", ps. 18 a 30, 50 y 59 a 83, donde se estudian los GIE en Francia.

rias de empresas", arts. 377 a 383 y el CCCN, que introduce los contratos asociativos.

Es útil destacar que el tema de la personalidad involucra, de suyo, tres cuestiones sensibles, cuales son: la solidaridad, la limitación de la responsabilidad y la imputación de los alicientes fiscales. Esto permite distinguir pues: a) los grupos que son sujetos de derecho *per se*; b) los llamados grupos de hecho dados por situaciones de dominio o control de una sociedad sobre otra, por dependencias tecnológicas o materiales o por tenencias accionarias en manos de particulares que imprimen a varias sociedades una dirección unificada; c) grupos contractualmente concertados, muchas veces, inscriptos, pero que no constituyen una nueva persona jurídica, cada sociedad mantiene su personalidad, pero se contempla y reglamenta el perfil del grupo y sus reglas de funcionamiento<sup>(117)</sup>.

La empresa que no encara *formalmente* la constitución de un grupo puede encarar la instalación de sedes comerciales en el extranjero (representaciones, oficinas de venta y redes de distribución propias), la cooperación con empresas extranjeras, la participación en éstas, el establecimiento de unidades de producción en el extranjero, por ej., para el ensamblamiento o la producción bajo licencia y, en fin, la constitución progresiva de toda una red y un conjunto de instalaciones que permita ejercer actividades en diversos países, con estructuras de organización y control que pueden presentar gran diversidad y que evolucionan y se transforman, creciendo con regularidad y complejidad<sup>(118)</sup>.

Es de recordar, en cambio, que si se recurre a las uniones transitorias de empresas, a derechas relaciones contractuales típicas o atípicas más o menos complejas (distribución<sup>(119)</sup>, licencia, agencia, etc.), o a las estruc-

(117) Véase: GUYENOT - KLEIDERMACHER, ob. cit., ps. 59 a 83 y ss., donde se estudian los GIE en Francia.

(118) Véase: CHRISTENSEN, ob. cit., ps. 17/27 y 162, con cita de Kuznets.

(119) El contrato de distribución ha sido caracterizado como aquel por el cual un fabricante conviene el suministro de un bien final —producto determinado— al distribuidor, quien lo adquiere *para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona, también determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del productor un porcentaje —que puede ser un descuento— sobre el precio de venta del producto y toma sobre sí la responsabilidad de los contratos que celebra con terceros, habida cuenta de que es un empresario (auxiliar) autónomo* (ARGERI, SAÚL, "Contrato de distribución", LA LEY, 1992-B, 1042/3; MARZORATTI, OSVALDO, *Derecho de los negocios internacionales*, t. II, p. 51, nro. 236; *Sistemas de distribución comercial*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 53).

El contrato de distribución involucra pues, por lo general, la adquisición y posterior *venta* de bienes por parte del distribuidor, quien actúa en nombre y por cuenta propia.

Sin embargo, la expresión "contrato de distribución" se utiliza, también en un sentido amplio, para hacer referencia a un conjunto de relaciones, usuales en la actualidad, que

turas que se desiguan bajo la expresión *joint venture*, en las que suelen utilizarse los pactos o asociaciones entre competidores actuales o potenciales, por los cuales se comparte el *management*, se persiguen objetivos específicos, limitados y concretos, compartiendo riesgos, inversiones y *know how*. Cuando este tipo de contratos se proyectan internacionalmente, las sociedades pueden actuar mediante la instalación de sede, representaciones, filiales o empresas subsidiarias, o bien fusionando, absorbiendo o utilizando empresas de los países que reciben la actividad que realizan, que se integran de tal manera en la estructura empresarial y en la estrategia trazada por el ente principal, que sus problemas pueden incluso, considerarse intrínsecos a ella.

En este contexto y para lo que interesa aquí, cabe detenerse en que, como consecuencia natural del curso de las cosas, después de una existencia más o menos larga, los lazos entre los integrantes de grupos de interés económico, ya sean legalmente constituidos, de hecho, o resultantes de acuerdos asociativos de base contractual, pueden desaparecer, a pesar de la facultad de prorrogar su duración y es en esa etapa, donde se advierten diferencias en la forma de producir esa disolución.

Cuando la estructura utilizada para la vinculación es la de un *grupo de derecho* formalmente constituido bajo formas legalmente previstas, con personalidad moral, en los países que así lo contemplan, la disolución suele seguir las pautas de las sociedades de intereses y puede sobrevenir *de pleno derecho* sin que ninguno de los interesados tenga necesidad de provocar una decisión judicial que se pronuncie, o bien, puede ser provocada por uno o varios de sus miembros que la solicitan frente a otros.

Entre las formas de disolución de puro derecho, se encuentra la decisión de concluir la relación tomada de común acuerdo, *por consentimiento mutuo* la voluntad de los miembros marca el término de la vida del grupo.

encuentran su común denominador en constituir canales o vías de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia (véase esta CNCCom., sala A, mi voto, 25/9/2007, "Angelucci, Julio César c. Buenos Aires Embotelladora SA"; ídem, mi voto, 23/8/2007, "Snbreiro, Héctor c. Cerro Nevado SA y otros"; FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1999, nro. 274, ps. 412/413).

Trátase de formas de colaboración empresarial que tienden a la comercialización de bienes y servicios mediante variadas técnicas de colocación de productos y penetración en los mercados (CNCCom., sala C, 30/12/2003, "Marcolín, Carlos A. y otros c. Resero Sociedad Anónima Industrial Agropecuaria, Comercial y Financiera"). En este sentido, quedarían alcanzados por el término distribución —en sentido amplio o lato— los contratos de concesión, agencia, franquicia y distribución propiamente dicha (ver KLEIDERMACHER, JAIME L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 113 y ss.).

Si la disolución es provocada en este tipo de figura, con o sin expresión de causa o por motivos justos, la parte interesada requiere de un *tribunal que emita la decisión al respecto*, siempre sobre la idea de que el *jus fraternitatis* que desaparece, *no permite mantener una persona moral cuyos miembros no pueden, o no quieren, seguir funcionando o comportándose como tales*. Va de suyo que *como efecto* de la disolución debe procederse a la liquidación de las cuentas, amigable o judicial.

Cuando las figuras utilizadas transitan bajo formas que condujeron a un grupo de hecho o bajo las formas de contratos típicos, asociativos o no, o derechamente atípicos, la disolución, la consecuente liquidación o arreglo de cuentas, en su caso, por lo general ha sido poco legislada, pues se recurre a las disposiciones generales, en general, materia de contratos o societarias, en su caso, en cuanto a las causales de disolución, pautas para los eventuales remanentes, respeto de los derechos de terceros, etc.<sup>(120)</sup>. También en estos casos, las partes podrían acordar, por mutuo consentimiento, la autocomposición de sus intereses o, de lo contrario, solicitar judicialmente el arreglo de sus intereses en conflicto.

## XVI. CONCLUSIONES<sup>(121)</sup>

1. La existencia de sociedades multinacionalizadas contribuye a la expansión de la economía del Estado de origen más allá de sus fronteras y a la influencia política y económica de este Estado.

(120) Véase: GUYENOT - KLEIDERMACHER, ob. cit., ps. 133 a 144.

(121) Véanse las importantes conclusiones a las que se arribara en este tema, luego de un fructuoso debate, en las V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, organizadas por la AADI, que se transcriben: "Asociación Argentina de Derecho Internacional. V Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado. Buenos Aires, 27/28 de agosto de 2004. La Sección de Derecho Internacional Privado de la AADI, sobre la base del Relato del Dr. Rafael M. Manóvil, como asimismo de las ponencias presentadas por los Dres. Alejandro Menicocci, Gustavo Carrizo Adris, Pablo E. Rosas y María Andrea Ferreira, Alejandro Núñez (no se expuso), María Elsa Uzal, Carolina Iud, Amalia Uriondo de Martinoli y Luis Cruz Pereyra, Juan Pablo Quaranta Costerg, Aldana Fabiche y Elisa María Rijavec, Mariela Rabino, Jorge Albornoz, Paula María All y Carlos Berraz, Liliana Rappalini, Jorge Stähli, Jimena Jacobn Franceschina, María Valeria Sala Mercado, Imanone, Mendoza Peña y Julieta Serena, y el posterior debate, propone las siguientes Conclusiones y Recomendaciones: 1) La existencia de sociedades multinacionalizadas contribuye a la expansión de la economía del Estado de origen más allá de sus fronteras y a la influencia política y económica de ese Estado, expansión que se proyecta y concreta en las inversiones extranjeras en los Estados receptores de sus intereses y capitales. Ello provocó diversos ordenamientos con vocación concurrente para regir los distintos aspectos de tales sociedades, generando una voluntad de control que no sólo proviene del Estado que recibe la actuación del ente multinacional, sino también del Estado de origen. 2) Los Estados nacionales de uno u otro lado suelen exhibir una tendencia a sospechar de la sinceridad

Sería deseable lograr un régimen internacional uniforme que rigiese integralmente los derechos y las obligaciones de las sociedades multinacionales, pese a las dificultades dadas porque los Estados nacionales

de las operaciones efectuadas por las sociedades integrantes de los Grupos transnacionales que se encuentran en su territorio, lo cual conlleva casi necesariamente el reclamo de una mayor transparencia en las actividades del Grupo. 3) Se admitió la dificultad en la determinación de las fuentes convencionales y en los criterios hermenéuticos a seguir en ausencia de soluciones específicas. Frente al problema de superposición de fuentes convencionales se propuso dar primacía a la fuente posterior, esto es, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Comerciales (CIDIP II), sin perjuicio de la vigencia de los Tratados de Montevideo, los cuales deberán ser desplazados sólo cuando exista incompatibilidad estricta. 4) En cuanto al problema de la ley aplicable a la capacidad, se consideró comprendido en el ámbito material del art. 118, párr. 1º de la Ley de Sociedades Comerciales, mediante una interpretación intrasistémática. Existió consenso en la no aplicación de los arts. 30 y 31 de la citada ley a las sociedades constituidas en el extranjero; dichas disposiciones deben ser vistas como normas de orden público interno y no en el sentido de normas de policía del Derecho Internacional Privado. 5) Fue ponderada la solución del art. 118, párr. 2º de la Ley de Sociedades Comerciales en cuanto al reconocimiento de la capacidad de la sociedad extranjera para estar en juicio con el propósito de defender sus derechos, solución adoptada a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1963 en autos Potosí c. Cócaro. Frente a otras soluciones que brinda el derecho comparado, se destacó la calidad del precepto argentino en el sentido de preservar derechos constitucionales. 6) Existió consenso sobre la naturaleza del art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales como Norma de Policía, señalando que corresponde la calificación de sus conceptos según la *lex fori* y destacando el carácter restrictivo de su interpretación. 7) El art. 124 de la ley 19.550 como norma imperativa de nuestro derecho societario, desplaza la norma de conflicto del art. 118 de la mencionada ley; sin embargo, no debe concluirse en que necesariamente debe existir la presunción de fraude. Es suficiente el interés de razonable gravitación que trasunta la decisión del Estado de autoelegir su derecho para justificar la norma de policía. 8) La fórmula actual del art. 124 de la Ley de Sociedades adolece de un adecuado estatuto de adaptación del que puedan desprenderse las consecuencias que debe atribuirse a lo obrado al margen de la adaptación y la sanción para el supuesto de incumplimiento. La inoponibilidad es la solución más apropiada pues preserva la existencia y pervivencia de la figura societaria extranjera y la validez de lo obrado inter partes aunque resulte inoponible a terceros. 9) En los casos en los cuales el art. 124 de la ley funciona como norma especial de cambio de estatuto, esto es, cuando la sociedad constituida en el extranjero ha trasladado su sede o radicado su centro de explotación exclusivo en la República Argentina y ha iniciado las gestiones para su adaptación en los términos de lo dispuesto por el art. 124 aludido, debe ser considerada como sociedad regular en vías de adaptación. Se destacó la carencia de normas legales que fijen las pautas del proceso de adaptación, situación que favorece la discrecionalidad del órgano de fiscalización. 10) Se expresaron distinguidas opiniones a favor de la supresión de *lege ferenda* del art. 124 de la Ley de Sociedades Comerciales en el entendimiento de que el reconocimiento de la personalidad deberá hacerse sobre la base de la conexión; lugar de constitución de la sociedad (art. 118, párr. 1º, ley citada). Tras ricos intercambios prevaleció la opinión de que la solución del art. 124 contempla un supuesto distinto al del art. 118 pues la conexión sede en la República; debe ser entendida como centro de dirección y administración general de la sociedad. 11) Hubo consenso en el carácter innecesario y confuso de la conexión principal objeto destinado a cumplirse en la República; que se propone suprimir *de lege ferenda*. No corresponde subsumir los supuestos de participación en capital accionario (someridos al art. 123, ley 19.550) en la

se niegan a renunciar a sus derechos de control sobre las actividades de estos entes.

2. La posibilidad de un control de funcionamiento efectivo de la sociedad multinacional se halla vinculada a la disposición de información de parte de los Estados interesados sobre la actividad global de estos grupos, a fin de prevenir conductas distorsivas, en las distintas áreas de influencia, resultando difícil obtener tales informaciones, sólo desde una perspectiva nacional.

3. Han de buscarse soluciones que permitan tornar efectivos los controles estatales desde la perspectiva del derecho internacional —convenciones— y desde la órbita del derecho interno, dentro de los distintos Estados nacionales, procurando operar la armonización de prácticas de derecho material, de manera que los respectivos sistemas incorporen: códigos de conducta o “principios de buen gobierno corporativo”, tendientes a garantizar sistemas de mayor transparencia.

4. La expresión nacionalidad de las sociedades, con las palabras de Niemeyer, remite a “la legislación que debe ser aplicada al conjunto de ciertas cuestiones fundamentales concernientes a la existencia, organización y administración de la sociedad”.

5. En cuanto a la constitución de las sociedades comerciales, nuestra LS efectúa una doble elección para determinar la ley personal de las sociedades comerciales:

- por un lado la ley del lugar de constitución (art. 118, párr. 1º) como regla general. Esta elección debe ser calificada —o definida— como todo punto de conexión, por la *lex fori* que conduce a identificar este concepto, con la ley del lugar de registro (art. 7º, LS) y contiene un reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la ley que habrá de regir su contrato social, sin embargo, habrá que ir luego al país del lugar de registro, para encontrar allí las formalidades y contenidos que ese derecho exige para que la sociedad se considere regularmente constituida. Ese derecho pues, habrá de ser el que reglamente que se entiende por constitución.

consecuencia jurídica del art. 124. 12) La opinión mayoritaria se expresó en el sentido de que las recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia 7, 8 y 12 y de las resoluciones 321/04 de la IGJP de la provincia de Santa Fe y de la resolución 02/04 de la IGJP de la provincia de Córdoba constituyen una extralimitación de las funciones otorgadas a los Organismos. Otras opiniones vertidas consideran que la extralimitación sólo se refiere al contenido de algunos de sus preceptos en relación a la LSC. 13) Finalmente, se estimó necesario lograr un equilibrio entre el principio de fomento de las inversiones extranjeras y la razonable potestad de supervisión del Estado donde las personas jurídicas extranjeras desarrollan actividades.

• por otro, la ley del lugar de la sede: debe entenderse que el art. 124 de la LS contiene una excepción a la norma de conflicto, optando por priorizar, como decisiva, la existencia de la sede o centro de dirección o administración general de la sociedad en el país, para aplicar a la formalidades de constitución, reforma y contralor de funcionamiento la ley argentina, considerando la sociedad como sociedad local (norma de policía).

6. La sociedad extranjera bajo el art. 124 de la LS queda regida concurrentemente por el derecho de su lugar de constitución en el extranjero y además, obligada a reconstituirse conforme a la ley argentina con la amenaza de un estatus incierto mientras no lo haga. Esta amenaza va, desde la posible tacha de inexistencia o nulidad, pasando por la calificación de irregularidad y hasta la calificación de inoponibilidad, respecto de su contrato social o estatuto frente a terceros en el país, tornando siempre personalmente imputables los actos y negocios sociales obrados por la sociedad, a los que hayan actuado por ella.

7. La inoponibilidad es la solución que mejor se adecua al caso, si consideramos que la sociedad en cuestión preserva la existencia y pervivencia de la figura societaria extranjera, y la validez de lo obrado inter partes, aunque resulte inoponible a terceros.

8. La fórmula actual del art. 124 adolece de un adecuado estatuto de adaptación de base legal, del que puedan desprenderse las consecuencias que deben atribuirse a lo obrado al margen de la regularización y la sanción para el caso de incumplimiento de esa regularización legal.

9. La referencia al objeto principal destinado a cumplirse en la República contenida en el art. 124 debería ser suprimida, pues no se advierte el interés que justifica la autoelección del propio derecho y se puede poner en peligroso entredicho el estatus jurídico de sociedades constituidas auténticamente en el extranjero, que teniendo su dirección efectiva en el extranjero y quizás, parte de su objeto social multilocalizado, se verían forzadas a ser consideradas como sociedades locales y sometidas a una indebida conexión de secuestro, con la consiguiente sujeción formal al derecho argentino que, en tales casos, no hallaría una justificación legal suficiente para tal autoelección. Si bien es cuestión diferente y que no se discute, el sometimiento a las leyes locales —civiles, comerciales y fiscales— de los actos realizados en el país en su desenvolvimiento comercial o industrial o profesional.

10. Las reformas que propiciamos, sin embargo, no implican renunciar a la sanción de fraude societario, ya sea a través de una norma que expresamente lo prevea más específicamente, como la propuesta de sancionar la sociedad constituida en el extranjero que ha de cumplir exclu-

sivamente su objeto en la República, ya sea por aplicación de las reglas de derecho común.

## **XVII. PROPUESTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA INTEGRAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DIPR.** <sup>(122)</sup>

### **Sección ... Personas jurídicas de derecho público**

#### **Artículo ... Derecho aplicable**

Los Estados y las personas jurídicas de derecho público extranjero se rigen, en cuanto al reconocimiento de su personalidad jurídica, por la ley del Estado respectivo y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en actividades de derecho privado, con las restricciones establecidas por ese derecho y por las leyes de la República.

Las personas jurídicas internacionales creadas por un acuerdo internacional o por resolución de una organización internacional se registrarán por el acuerdo o resolución de su creación y por las normas de derecho internacional público aplicables a la institución de que se trate. Para su actuación en actividades de derecho privado en la República deberán someterse, en lo pertinente, a las leyes de ésta.

Todo ello, sin perjuicio de poderse invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción.

*Fuente: Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Argentina, 2003, art. 51; Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado. La Paz, 1984 —CIDIP III—, arts. 7º y 8º; Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado. Uruguay, art. 35; Código Civil Perú, art. 2072; Proyecto Werner Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado, art. 9º, primer y segundo párrafo; Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado, art. 31.*

### **Sección ... Sociedades constituidas en el extranjero**

#### **Artículo ... Jurisdicción**

Los tribunales del lugar de constitución o del Estado donde la sociedad tiene su domicilio registrado son competentes para conocer en

(122) Propuesta trabajada en por la Comisión Asesora en DIPr. de la Comisión Reformadora del Código Civil que elaborara el CCCN actual, que me tocó integrar, junto con las Dras. Najrieta y Droyzin de Klor y con el Dr. Iníguez y que no fue finalmente adoptada.