

**AUTORIDADES
DE LA FACULTAD
DE CIENCIAS
JURIDICAS
Y SOCIALES**

DECANO
*Dr. Juan Carlos
GEMIGNANI*

SECRETARIO
ACADEMICO
*Dr. Carlos Alejandro
REYNA*

SUBSECRETARIA
ACADEMICA
*Dra. Gilda A.
MOLINA*

SECRETARIA DE
RELACIONES
INSTITUCIONALES
Dra. Claudia LEVIN

SECRETARIO DE
POSGRADO Y
SERVICIOS A
TERCEROS
*Dr. Miguel Alberto
PIEDecasas*

Internacional Privado - Toniollo

19-5-10

original

**LAS PERSONAS
HUMANAS EN EL
DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO**

Javier Alberto Toniollo

COLECCION JURIDICA Y SOCIAL

7

Presentación

Es una satisfacción para esta Facultad publicar esta importante obra perteneciente al **Dr. Javier Toniollo**.

Sin dudas, que la alegría es mayor ya que alcanzamos el séptimo número en menos de un año de nuestra colección jurídica y social, y a la vez transformamos en realidad la experiencia literaria de un joven profesor de nuestra Casa, que mas allá de su condición académica, se ha destacado por su calidad humana.

Al igual que en otras oportunidades, manifestamos que no somos nosotros quienes juzgaremos el contenido de este trabajo, sino aquellos a los que está directamente dirigido, los estudiantes avanzados de nuestra carrera, y a los graduados que se encuentren relacionados con el estudio del Derecho Internacional Privado. Pero sí, nos encontramos en condiciones de merituar la trascendencia y oportunidad de la obra, que cubre las expectativas que nuestra Facultad puso en ella.

Por último, queremos manifestarle al Dr. Javier Toniollo, y en su nombre a todo el claustro docente, nuestro profundo agradecimiento por trabajar en forma conjunta en este proyecto editorial que estamos llevando adelante, instándolo a continuar con su producción jurídica literaria.

Miguel A. PIEDECASAS
*Secretario de Postgrado y
Servicios a Terceros*

Juan Carlos GEMIGNANI
DECANO

Indice general

Introducción	11
1. El Estatuto Personal y su problemática en el DIPR.	15
a. NOCIONES PRELIMINARES.	16
b. MATERIAS COMPRENDIDAS.	17
2. La Ley Personal en el DIPR de fuente interna e internacional	19
I. CODIGO CIVIL.	20
a. LA NORMA MATERIAL DE RECONOCIMIENTO.	20
b. CAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO. PROBLEMATICA DEL ART 949 DEL C C.	21
c. NATURALEZA E INTERPRETACION DEL ART 949 C C.	21
2 II. TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y 1940.	25
a. TRATADO DE 1889.	25
a.1. LA NORMA DE CONFLICTO.	25
a.2. LA NORMA MATERIAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DIPR.	25
a.2.1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.	26
SUS FUNDAMENTOS TEORICOS Y SUS CRITICOS.	26
a.2.2.SU AMBITO DE APLICACION Y LA ESPECIALIDAD.	27
a.3. LA NORMA DE JURISDICCION INTERNACIONAL.	30
b. TRATADO DE 1940.	31
b.1.LA NORMA DE CONFLICTO.	31
b.2. LA NORMA MATERIAL.	31

b.3. LA NORMA DE JURISDICCION INTERNACIONAL	31
3. El punto de conexión y su problemática en el Derecho Internacional Privado	33
3.I. OPCION ENTRE LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO. LA RESIDENCIA HABITUAL	34
3.II. CALIFICACION DEL DOMICILIO EN LA FUENTE INTERNA E INTERNACIONAL	36
a.1. PROPUESTA PARA UNA CALIFICACION A PARTIR DE LA LEX FORI	36
a.2. EL PROBLEMA DEL ABANDONO DEL DOMICILIO EXTRANJERO EN NUESTRO CODIGO CIVIL	40
b. EL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889. (CALIFICACION INDIRECTA POR LEY DE LA RESIDENCIA)	42
c. EL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940 (CALIFICACION MATERIAL DIRECTA)	43
4. Problemas especiales en el funcionamiento de la Norma de Conflicto	47
4. I. INTRODUCCION.	48
4.I. EL CAMBIO DE ESTATUTO (CAMBIO DE DOMICILIO Y LA MAYORIA DE EDAD O EMANCIPACION)	49
4.I.a. LOS ARTICULOS 138 Y 139 DEL CODIGO CIVIL. SU NATURALEZA	49
4.II. EL REENVIO Y LA ARMONIA INTERNACIONAL DE SOLUCIONES	52
4.II.a. LA RAZON DE SER DEL REENVIO EN EL DIPR.	52

4.II.b. EL REENVIO Y SU INTERVENCION ARMONIZADORA DE LOS SISTEMAS DE LA NACIONALIDAD Y DEL DOMICILIO.	56
4.III. ORDEN PUBLICO.	56
4.IV. EL FAVOR NEGOTII.	58
5. Ambito material del Estatuto Personal	61
5.I.EL COMIENZO DE LA PERSONALIDAD	62
5.I.a.EL NACIMIENTO Y LA SITUACION DEL SER CONCEBIDO EN EL SENO MATERNO.	62
5.II. EXTINCION DE LA PERSONALIDAD.	64
5.II. . LA MUERTE. LA CONMORIENCIA.	64
5.II.b. LA PRESUNCION DE FALLECIMIENTO (LA MUERTE PRESUNTA).	67
5.II.b.1. DERECHO APLICABLE Y JUEZ COMPETENTE.	67
5.II.b.2. EFECTOS DE LA DECLARACION DE AUSENCIA.	69
5.II.c. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.	70
5.II.d. EL NOMBRE.	71
6. Consideraciones finales.	75





Introducción

Hemos tratado de comprender en éste trabajo, los principales problemas que presentan las personas humanas en el tráfico jurídico externo.

Es sabida la dificultad en la comprensión de los contenidos de nuestra materia, razón que motivó la presente.

Ahora bien, para comprender las dificultades de nuestra disciplina, debemos buscar respuestas en su dimensión histórica. Las complicaciones teóricas - conceptuales, comienzan desde que la dimensión Universalista de SAVIGNY, sufriera despiadados embates de un " positivismo " empeñado en demostrar las falencias de tal propuesta : El "particularismo" subyacente en las fuentes estatales del Dipr . Y así nacieron, casi todo los problemas de funcionamiento de la norma de conflicto, "descubiertos " a través de un análisis de casos jurisprudenciales (como surgieron las calificaciones , la cuestión previa, o el reenvío) cobrando el Dipr durante este siglo, un gran desarrollo teórico - conceptual.

Los problemas de métodos, dieron origen una especie de "álgebra "- al decir de RIGAUX - en la que se trata de razonar con independencia de las variables que constituyen las normas de Dipr positivo.

La crisis del sistema conflictualista tradicional en los Estados Unidos, se hizo sentir tanto en la jurisprudencia como la doctrina, pregonando "la elección del mejor derecho para la solución del caso". Esta tesis - iniciada muchos siglos antes por el estatutario ALDRICO - rechaza la rigidez, la inconveniencia y la inadaptación de los métodos clásicos de solución.

La gran batalla en el campo teórico de Dipr, se desataba en dos frentes : Universalistas vs. Particularistas - Conflictualistas vs. Sustancialistas. Se trata sin duda, de una confrontación sin vencedores ni vencidos.

Pero en la aguda observación de JUENGER, toda ésta batalla teórica, "no prestó suficientemente atención a la tarea práctica que los jueces deben cumplir, en decidir casos multinacionales ".

Urge destacar en éste sentido, el gran valor teórico - práctico de la teoría del Uso Jurídico, rescatada por el maestro GOLDSHMIDT de la jurisprudencia inglesa, que brinda para nuestra disciplina, un marco adecuado a la solución de muchos problemas insolubles. Ya en el campo filosófico como en el iusprivatista internacional encauzó su obra, que será recordada por siempre, como una de las más encendidas y lúcidas defensas del conflictualismo.

Asimismo, también es necesario recordar a quien introdujo en nuestro país, el pluralismo metodológico. La atención prestada a tales propuestas por BOGGIANO, en un clima "conflictualista" - en que vivimos, primero como estudiantes y más tarde como docentes - inauguró una nueva visión del Dipr. Sus lucidas enseñanzas como tratadistas y magistrado, se orientan hacia "un Dipr del caso iusprivatista multinacional", presentando "un sistema pluralista de métodos", que tienden a "la realización de una solución justa "en una jurisdicción estatal o en varias.

La compleja historia de nuestra disciplina, nos da cuenta de las más disímiles propuestas para la construcción una "Teoría General" , que siempre oscilan en un movimiento pendular entre "renacimiento "y "crisis ". Los profundos y acelerados cambios de la realidad socio - económica tampoco se hacen esperar.

Y en medio de tal escenario teórico - conceptual, nos encontramos con el hombre inserto en una comunidad determinada, con legítimas exigencias que no podrían desco-

nocerse.

Todo ello, nos ha motivado reflexionar, cómo lograr la mejor comprensión por parte de los alumnos que se "enfrentan" con el Dipr.

Con tal propósito, se ha dirigido éste modesto trabajo, haciendo especial hincapié, en las normas, los principios, los fines y los intereses - siempre presentes e implicados - en las soluciones de los problemas iusprivatistas multinacionales de las personas humanas.

Por último, agradezco a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que a través de la Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros me han permitido la publicación.

1. El Estatuto Personal y su problemática en el DIPR.

a. NOCIONES PRELIMINARES.

Al hablar del Estatuto personal, no debemos dejar de destacar el sentido histórico del término, que nos remite a la Edad Media y a los orígenes de nuestra disciplina en las ciudades-estados.

Nos enseña WOLFF, que un "statutum" era en lo esencial una recopilación del antiguo derecho consuetudinario de la ciudad y de sus comunidades comerciales... pero muchos estatutos contenían también nuevas reglas jurídicas" (ver DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, edit. Bosch, Barcelona 1958, p. 21).

Ahora bien, el sentido actual del término, se aparta de aquella comprensión de las leyes -calificadas por su contenido intrínseco de "personales"- para atender a la materia regulada, esto significa, las relaciones civiles de una persona (cfr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D., FERNANDEZ ROZAS, J. Carlos y otros, en DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Parte especial, v. II, p. 4).

En suma, siguiendo los lineamientos de calificada doctrina, se puede conceptualizar la expresión "Estatuto Personal", como el conjunto de instituciones que, referidas al individuo, configuran su condición como sujeto de derecho; y "Ley Personal" como el sistema jurídico, que según la norma de conflicto aplicable, determina la existencia y desarrollo de tales instituciones (ver PEREZ VERA, Elisa, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, parte especial, Madrid 1980 p.135, quien cita doctrina de BATIFFOL Y LAGARDE: DROIT INTERNATIONAL PRIVE, T II, París 1971, p.1; FRANCESKAKIS: voz Statut Personnel en Encyclopédie Dalloz, T II, París 1969, p. 871).

b. MATERIAS COMPRENDIDAS.

La amplitud y diversidad con que los ordenamientos pueden concebir el ámbito material del Estatuto Personal, genera numerosos conflictos de calificaciones con sistemas más reducidos de materias comprendidas.

Se ha destacado, que tal amplitud trae aparejado el uso sistemático de correctivos funcionales, como ser el reenvío de retorno, el fraude, el orden público, la teoría del interés nacional, etc. (ver GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p.7. Es recordada en éste sentido, la postura de Batiffol, quien destacó en reiteradas ocasiones "la crisis del estatuto personal").

Sin perjuicio de reconocer, que éstas polémicas dependen de variables políticas legislativas, podemos afirmar que - desde un punto de vista teórico - el estudio del estatuto personal, ha de centrarse en torno a los conceptos de Capacidad y Estado Civil (cfr. PEREZ VERA, ob. cit. p. 136; destacando acertadamente ésta autora, "que en materia de relaciones familiares y sucesorias, la mera calificación legal no basta para excluir la necesaria toma en consideración de otros ordenamientos distintos al que regula el estatuto personal").

Se excluye de la presente obra, el tratamiento el régimen de las incapacidades y la protección de los incapaces, por entender que forman parte del llamado "Estatuto Familiar" que comprende la filiación, la minoridad, la protección del menor (através de la patria potestad y tutela) y de los mayores incapaces (através de la curatela) entre otras materias a estudio, donde prevalece también la conexión domiciliaria.

No sólo por tener un régimen sustancial propio, sino que también en algunos casos - como la minoridad y su protección - cuentan con un régimen procesal especial de fuente interna-

cional, para conservar al menor en su centro de vida familiar y social (ver Convenio sobre Protección Internacional de Menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, suscrito el 31/8/81; Conferencia de La Haya sobre Aspectos Civiles del Rapto Internacional de Niños, 25/10/80).

Seguimos en éste sentido la metodología de BOGGIANO, que en su Tratado de Derecho Internacional Privado, excluye los temas citados, del capítulo referente a las Personas Humanas, circunscribiendo el tratamiento a las capacidades y a las materias específicamente vinculadas en el ámbito de la ley personal.

2. La Ley Personal en el DIPR de fuente interna e internacional

ámbito de aplicación, a tales supuestos de incapacidades de derecho o especiales prohibiciones, contenidas por nuestra ley civil en las más diversas materias.

La explicación más satisfactoria, es de BOGGIANO - a la que adherimos - y sostiene que el citado artículo, es una típica Norma de Policía o de aplicación exclusiva (ver ob. cit. p. 328) que manda a aplicar, perentoriamente el derecho argentino "prohibitivo". Tal método asegura la protección de concepciones e intereses superiores, razones de moral y buenas costumbres, elevándolas al mayor plano de rigidez del orden público internacional.

La característica primordial, es que son en su aplicación exclusiva y excluyente de cualquier otra solución basada en el derecho extranjero, desplazando naturalmente las normas de conflicto (comp. con GOLDSCHMIDT, ob.cit. N° 205, quien propone que tales prohibiciones especiales argentinas -p.ej art 3739 CC- se deberían aplicar, en tanto y en cuanto, sea el derecho argentino el que rija la materia en la que aparece cada prohibición. Así por ejemplo en materia de herencia si se encuentra en el país el último domicilio del causante: 3283/3612 C C -. ver p.292. Este reenvío interno que propone el renombrado maestro, no se compadece ni con la letra ni con el espíritu de la norma en cuestión. Velez en su nota al pie del mismo, es suficientemente claro, cuando se refiere a "aquellas personas que están declaradas incapaces para ejercer ciertos actos jurídicos". Por lo que no cabe duda, acerca de la rigidez con que regularon en nuestra ley civil, estos aspectos específicos de la incapacidad de derecho en orden a una adecuada protección de intereses superiores).

Seleccionada la naturaleza de la norma en cuestión, cabe aplicarle el principio de que las normas especiales (o de

(los conflictos de intereses de un país con respecto a los conflictos de intereses de otro país se extingue a do)
Javier A. Tontollo

excepción) deben interpretarse RESTRICTIVAMENTE (cfr. BOGGIANO, ob. cit. ps 321 y 328).

Por otro lado, ésta directiva nos permite solucionar satisfactoriamente, la desmedida extensión del ámbito de aplicación del art 949 C C, que hace también una exorbitante referencia, al "objeto y los vicios sustanciales" del acto jurídico.

Para la solución adecuada de éste problema, no se deben soslayar las siguientes razones:

En primer lugar, se impone su exclusión, por motivos de coherencia sistemática de las normas en cuestión, que puede constituirse en una extravagante excepción al sistema conflictual, regulador de los actos jurídicos particulares (p.ej. 1205 a 1214, 3612, 163, etc. del C C) (cfr. BOGGIANO, ob. cit. p.329).

En segundo lugar, la interpretación restrictiva supone un análisis de la naturaleza de las materias a las que se pretende extender. Con referencia al objeto de los actos jurídicos, Velez nos remite (en la nota al art 949 C C) al art 953 C C. Y podemos observar al respecto, que en su contenido prevalecen PRINCIPIOS generales flexibles - y no una rigidez que nos obligue a una aplicación apriónica - (por ej. hechos no imposibles, ilícitos, contrarios a la buenas costumbres, a la libertad de acciones o de conciencia, etc). También hace referencia, a eventuales prohibiciones de Derecho Público o de tutela intereses generales (por ej. Cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiesen prohibido). Si confrontamos con el art 14 C C, nos encontramos con similares "directivas" que controlan y limitan en cierta medida, "la voluntad de las partes" en sus negocios o "la ley Extranjera" (por ej. el art 14 C C, regula los supuestos de oposición de "la ley extranjera" al derecho público, a la moral y a las buenas

Velez -> comienzo de la existencia de la persona física o jurídica del C.C. Francés, solo basta si nace civil, pero los derechos se contabilizan desde el día de la -

costumbres, al espíritu de la legislación de éste código, etc).

La finalidad y el funcionamiento de ambas normas en nuestro Dopr es la misma.

Así por ej., si se prohíbe la enagenación de alguna cosa, deberíamos examinar previamente si la prohibición comprende también al tráfico jurídico externo - si va dirigida a casos con elementos extranjeros - lo que implica que se ha establecido una norma de policía. Dependerá entonces, de cada prohibición concreta, su aplicación "a priori" o "a posteriori". (En éste sentido debemos recordar a GOLDCHMIDT, quien nos enseñó que "los principios" de Orden Público Internacional - por carecer de fuerza operativa - tienen aplicación "a posteriori", controlando y "limitando" la solución extranjera. Difieren de las "disposiciones" o normas de Orden Público Internacional, que se aplican "apriorísticamente" y son "sustitutivas" de las soluciones extranjeras. Ver ob. cit. N° 148/149, ps.150/151).

Con ello queremos demostrar, que aún frente a la ausencia de la perturbadora expresión "objeto" en el art 949 C C, en nada variaría la comparación normal necesaria, que debe realizar el juez, respecto del objeto debido, siempre a la luz de los principios contenidos en los arts 14 y 953 del C C. Sin perjuicio del deber de aplicar, las normas de policía que pudieran captar el caso planteado.

Idénticas reflexiones caben para la expresión "vicios sustanciales" del acto jurídico, desde que tales vicios no pueden considerarse, como de aplicación exclusiva y excluyente de la regulación extranjera.

A lo sumo, frente a las particulares situaciones que se podrían generar en los elementos de la voluntad viciados, y como causa de ineficacia de los actos jurídicos, tendríamos

que examinar si la hipotética solución extranjera, ofende nuestros principios de orden público internacional. Pues cabe la interpretación restrictiva de citada norma, de lo contrario legitimaríamos una extravagante excepción al sistema conflictual, que no reporta beneficio alguno al Dopr argentino. Además se desconocerían elementales principios, como el de uniformidad, el de efectividad y el de cooperación internacional.

⊕ En suma, la naturaleza de la norma del art 949 C C, impone su interpretación restrictiva, para producir una armonización sistemática de las normas del Dopr en la fuente interna, y respetar los principios orientadores del Dopr.

2 II. TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y 1940.

a. TRATADO DE 1889.

a.1. LA NORMA DE CONFLICTO.

El art 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, somete la capacidad de las personas a la ley de su domicilio.

a.2. LA NORMA MATERIAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL DIPR.

El art 2 del Tratado de Derecho Civil internacional de Montevideo de 1889, establece que el cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor edad o habilitación jurídica.

Nos encontramos frente a una norma material - que

⊕ var ≠ el interpretarse restrictiva y es restringida - 25

directamente dispone - el respeto de la capacidad adquirida, por las causas que en ella misma se expresan.

Se trata de un supuesto especial, en el que el legislador recurre a la Teoría de los derechos adquiridos en el Dipr.

a.2.1. LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. SUS FUNDAMENTOS TEORICOS Y SUS CRITICOS.

Hay cierta doctrina, que ha pretendido encontrar en ésta construcción, uno de los pilares en los que se asienta el Dipr. (por ej. autores como DICEY, BEALE, PILLET, NIBOYET, quienes con diferentes matices aceptan ésta doctrina). Aunque éstos últimos plantean, que el objeto del Dipr comprende los problemas de la Nacionalidad, de la Condición de Extranjero y del Conflicto de leyes, incluyendo éste último, la ley competente para regular los derechos a adquirir o extinguir y para hacer respetar los derechos ya adquiridos (ver por ej. NIBOYET, J.P., en PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 2da Ed. Traducida por A.Rodríguez Ramón, 1928, ps.17, y ss; 254 y ss).

Y ello ha sido objeto de numerosas críticas (ver: WOLFF, ob. cit. p. 2, quien enfatiza que "no existe ningún principio general, ni en todo caso explicaría la aplicación del derecho extranjero", en orden a la cuestión, si "derechos adquiridos en el extranjero, deben ser reconocidos y protegidos en otro Estado". BOGGIANO, ob. cit. p. 334, habla de que ésta doctrina "procede prejuzgando el derecho competente", que es precisamente la cuestión a resolver. RIGAUX, ob. cit. p. 231, quien nos recuerda, que ésta teoría "fue clásica en Inglaterra (Dicey) y en los Estados Unidos (Beale), donde inspiró el

primer Restatement...Al afirmar que la norma de conflicto se limita a reconocer los derechos adquiridos en el extranjero, se da a la aplicación del derecho extranjero una justificación global que hay que calificar de artificial e inútil. En cuanto a la cuestión decisiva -concluye- la de saber qué derechos se han adquirido regularmente y merecen ser reconocidos como tales, la teoría no aporta ninguna solución válida y se limita a una pura petición de principio").

a.2.2.SU AMBITO DE APLICACION Y LA ESPECIALIDAD.

Pero todas la críticas, no son impeditivas de reconocer que ésta teoría, puede funcionar con un alcance especial y limitado para supuestos como el que nos ocupa. Y es así, que se recurre en aquellos campos, donde se exigen puntuales soluciones - basadas en razones de justicia y equidad - respecto a la consideración de los intereses del hombre, en su inserción dentro de una comunidad,

Aparece, entonces ésta teoría, prevaleciendo sobre cualquier formalismo (cfr.RIGAUX, ob. cit. p. 232, quien rescata ciertas aplicaciones especiales, sentando que, "aunque carezca de valor como método general de solución de conflicto de leyes, la teoría de los derechos adquiridos no carece de valor para aspectos particulares". MIAJA DE LA MUELA A., DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO t I, Madrid 1966, p. 436, destaca el "curioso contraste" existente en doctrina, entre el descrédito de las concepciones clásicas de los derechos adquiridos en la ciencia conflictual y "las iniciativas que desde los más diverso campos tienden a defender el respeto a esos derechos"...).

En ésta cuestión del reconocimiento de la capacidad

adquirida, la teoría de los derechos adquiridos juega un rol primordial, tendiente -al decir de PEREZ VERA- "a preservar los intereses y expectativas de los particulares legítimamente protegidos en el contexto original" (ver LOS INTERESES DEL TRAFICO JURIDICO EXTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Universidad de Granada, 1973, p.31 - agregando la citada autora - que de éste modo, se garantiza al hombre, "que se valorará adecuadamente su inserción en una determinada comunidad jurídica").

Cabe resaltar, que diversos textos legales receptionan ésta teoría (como por ej. La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo 1979 - CIDIP II ratificada por ley 22921/83 ADIA 1983, D, 3819 - art 7, que con una inusitada "generalidad", se refiere al reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado parte. El Código Civil Portugués, en su art 31 - con un ámbito más restringido - se refiere a actos jurídicos realizados por la persona, en su residencia habitual. Por otra parte, RIGAUX cita el art 14 del Proyecto Suizo y el Proyecto de ley Uniforme de Benelux de 1951-ob. cit p.328).

Además, entre otras cosas, explica satisfactoriamente el funcionamiento del orden público como cláusula de reserva. En este sentido, se ha dicho que opera "sólo como aplicaciones concretas del derecho extranjero al caso en cuestión", ejemplificando con las leyes extranjeras que toleran la poligamia, que no podrían ser aplicadas en argentina para ejercer derechos de corrección, pero los hijos nacidos serían considerados legítimos y la madre sería amparada por el derecho a reclamar alimentos (ver BOGGIANO ob. cit. p.295).

Y la mejor explicación de éstos aspectos del funcionamiento del Orden Público internacional, es el respeto

dispensado a los derechos adquiridos en orden al estado de hijo legítimo y sus efectos alimentarios (ver cfr. RIGAUX, ob. cit. p.387 quien cita fallos que reconocen efectos respecto a la esposa de un extranjero polígamo: así, Cass. sect. civ. del 28/11/1958 Krieff c. Chemouni, Revue, 1958 110, reconociendo a la esposa de un extranjero polígamo, el derecho a reclamar alimentos; o en Bélgica, el derecho a reclamar indemnización por muerte accidental del marido - Lieja, 23 de abril de 1970, Rev. crit. jur. Belge, 1971, 5-; pero no se podría admitir que el marido polígamo obligara a sus esposas o a una de ellas a una vida en común, pues serían incompatibles con la concepción occidental de la dignidad de la mujer. Cabe resaltar, que éste autor, recurre a ésta teoría, como guía de aplicación del reenvío o de la cuestión previa en orden a un respeto de situaciones - generalmente en materia de estado de las personas - adquiridas en un sistema extranjero de Dipr).

Es aleccionadora la sentencia de la Cámara Civil 2da. de la Capital Federal, del 22 de diciembre de 1948 (ver "Grimaldi, Miguel A. s. Suc." en LL 54-413) que reconoce la validez de la adopción según el derecho civil italiano, pero se le niega en el país vocación sucesoria, desde que en nuestro derecho, no existía aquel entonces, la institución de la adopción plena.

Esta incongruencia tiene solución reconociendo el estado adquirido en el Dipr italiano -cuestión previa resuelta por el Dipr extranjero - proyectándolo en el foro y verificando su equivalencia con las categorías de herederos previstas por nuestra legislación civil (WENGLER W. rotuló éste problema como determinación del concepto prejudicial: la sustitución. Ver RIGAUX, ob. cit. p. 365 y ss quien distingue sutilmente éste problema - de determinación del concepto prejudicial - de la conocida cuestión previa. Mientras ésta última, afecta la

elección de la norma de conflicto de leyes, aquél - determinación del concepto prejudicial - sólo la equivalencia de los conceptos de derecho material. Lo que implica que ya se encuentran perfectamente repartidas las competencias de las dos leyes en presencia).

Como se puede observar, la operación de "calificación" ya se ha realizado desde que el problema, se ha identificado y subsumido, en las normas que regulan la "vocación sucesoria" de la "hija adoptiva".

Se encuentra así en nuestra legislación una identificación plena con la filiación legítima, lo que autoriza a concederle los mismos efectos sucesorios, logrando la armonía de soluciones.

En suma, la teoría del reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero, tiene manifestaciones expresas y especiales en el Dopr positivo. También puede servir como herramienta útil, para operar de guía en el uso de aquellas instituciones polémicas, tales como el reenvío, la cuestión previa y el orden público. Siempre que se encuentre en juego, la necesidad de protección de los intereses del hombre inserto en una determinada comunidad, y por sobre cualquier formalismo. Así cobran importancia éstos problemas de funcionamiento de la norma de conflicto, concebidos - no como instrumentos ciegos o silogismos teóricos - sino como una contribución al fortalecimiento de la dimensión humana del Dopr.

a.3. LA NORMA DE JURISDICCION INTERNACIONAL.

El art 58 del Tratado de Derecho Civil internacional de Montevideo de 1889, establece que los juicios sobre capacidad

e incapacidad de las personas para el ejercicio de derechos civiles, deben seguirse ante el juez de su domicilio.

Esta norma establece, la perseguida identificación entre el forum y el jus en el Dopr, desde que ambos contactos no sólo gozan de difundida razonabilidad, sino que también ofrecen innegables ventajas prácticas, ya que los jueces del domicilio de la persona aplican su *lex fori*.

b. TRATADO DE 1940.

b.1. LA NORMA DE CONFLICTO.

El art. 1 del Tratado de Derecho Civil internacional de Montevideo de 1940, establece que la existencia, el estado, y la capacidad de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio.

b.2. LA NORMA MATERIAL.

El art. 2 del citado Tratado, establece que el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Con diferencias de detalle, ésta norma reproduce el art 2 del tratado de 1889, por lo que remitimos al lector a lo expresado en su oportunidad.

b.3. LA NORMA DE JURISDICCION INTERNACIONAL.

No tiene el citado Tratado, una norma específica como el de 1889, pero las acciones relativas a la capacidad, se encuentran comprendidas dentro del nombrado *forum causae*, en los términos del art 56.

El mismo establece, que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, dejando abierto el foro del domicilio del demandado.

Se consagra así, el conocido principio del Forum causae de gran valor teórico-práctico, junto al foro del domicilio del demandado, que es un principio - no menos valioso - de indiscutible y generalizada adopción en nuestro Dipr (para un análisis acerca de la jurisdicción Internacional dependiente del derecho aplicable - Forum causae - y la teoría de las competencias paralelas: GODSCHMIDT, ob. cit. N° 354 y ss; p.460 y ss; BOGGIANO, ob. cit. T I ps. 206 y ss; T II ps. 1143 y ss).

3. El punto de conexión y su problemática en el Derecho Internacional Privado

3.1. OPCION ENTRE LA NACIONALIDAD Y EL DOMICILIO. LA RESIDENCIA HABITUAL.

Las dificultades con que se ha enfrentado la doctrina para tomar partido en ésta opción, se encuentran condicionadas a la permanencia y unidad que le son inherentes al Estatuto Personal (ver PEREZ VERA, DIPR...cit. p. 141; AGUILAR NAVARRO, Mariano, DERECHO CIVIL INTERNACIONAL, 4ta. Ed. 1975, ps.40 y ss, quien habló de la la protección del "yo civil e irreductible del hombre" que no es factible, si falta permanencia y unidad; BATIFFOL, H. en UNA CRISIS DEL ESTATUTO PERSONAL, Valladolid, 1968, ps 12-13, quien expresó la tan recordada idea, de que " existe una ley que sigue a la persona a través de sus desplazamientos y se aplica permanentemente aunque cambie de lugar o de actividad").

Y que naturalmente, constituye eje de la protección necesaria del individuo, gravitando en la búsqueda de la ley reguladora del Estatuto Personal en el Dipr.

Ahora bien, DE WINTER ha destacado, que durante los siglos XI a XIV, prevaleció el domicilio (tanto denominado "originis" como el "habitationis"). A partir de allí, mantendrá primacía la efectiva residencia y hasta el siglo XIX, con la aparición de la doctrina de la nacionalidad, con su brillante expositor MANCINI - y todo el proceso de codificación - iniciado por el Código Civil Francés, que introdujo la ley nacional como rectora del estatuto personal (ver DE WINTER, en ¿NATIONALITY OR DOMICILE? THE PRESENT STATE OF AFFAIRS, R.C.D.I. 1969, VOL. 128 ps. 361-366).

Pero éste principio va a encontrar resistencias en el mundo anglosajón y latinoamericano (sin embargo, se pueden observar las ideas de MANCINI, en el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante ratificado por

países latinoamericanos. Consultar a SAMTLEBEN, J. en DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN AMERICA LATINA. TEORIA Y PRACTICA DEL CODIGO BUSTAMANTE. Traducido por Carlos Bueno - Guzmán, Depalma 1983.)

La diversidad, no es caprichosa y asisten serios fundamentos - en pro y en contra - que los podemos sintetizar siguiendo a PEREZ VERA (en DIPr...cit. p. 142/143) de la siguiente manera:

En favor de la "nacionalidad" se arguye:

- Permanencia del vínculo.
- Respeto de condiciones socioculturales.
- Fácil determinación.

-Soluciones unitarias y coherentes, respecto al círculo familiar (que generalmente ostenta la misma nacionalidad).

En favor del "domicilio" de arguye:

-Refleja mejor la vinculación de la persona con el medio y las circunstancias socioeconómicas en las que de hecho desarrolla su actividad.

-Propicia la deseable coincidencia entre el forum y el jus.

-Implica un mayor respeto de las expectativas e intereses de los terceros, que pertenecen a la comunidad del domicilio del extranjero.

-La interferencia de lo estatal y comunitario en la vida privada, hace que se atienda más a la población de hecho, que a las colectividades abstractas formadas por nacionales.

La posiciones enfrentadas - con argumentos "tan reales como contrapuestos"- no dejan de tener resultados pocos satisfactorios, desde que - según la aguda observación de BENTWICH - la nacionalidad proporciona una ley previsible, pero frecuentemente inapropiada, y el domicilio una ley apropiada, pero frecuentemente imprevisible (RECENTS

DEVELOPMENTS OF DE PRINCIPLE OF DOMICILE IN ENGLISH LAW, en R.C.D.I., 1955-I, vol. 87, p. 123; PEREZ VERA, DIPr... cit. p. 143).

En la RESIDENCIA HABITUAL de la persona, ha pretendido encontrarse un elemento válido para superar la polémica.

Sin duda, éste concepto sitúa a la persona en "un medio social" más real (ver GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p. 12) o en "el centro de la vida social" (ver PEREZ VERA, DIPr...cit. p. 144).

Pero la polémica no desaparece, desde que en la diversidad, las legislaciones positivas mantienen ambos criterios por las más variadas razones (política legislativa) y ello nos obligará, a buscar la armonización concreta de la solución a través del reenvío.

Nuestro Dipr adoptó en todos sus frentes, el sistema domiciliar que seguidamente pasaremos a analizar.

3.II. CALIFICACION DEL DOMICILIO EN LA FUENTE INTERNA E INTERNACIONAL.

a.1. PROPUESTA PARA UNA CALIFICACION A PARTIR DE LA LEX FORI.

Es preciso partir de la calificación de domicilio, proporcionada por nuestro Código Civil en el art 89, 1ra. parte, que reza: "el domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios".

Los civilistas están de acuerdo en distinguir, el elemento

objetivo "residencia habitual" del subjetivo "ánimo de permanecer en él o constituir en ese lugar su centro de vida" (ver BUSO, Eduardo B. CODIGO CIVIL ANOTADO, Ediar 1958, T I p.528 N°22; SALVAT, R. Parte General, 6a.Ed. N° 494 y ss; BORDA, ob. cit. T I p. 356: discrepando éste último, en que la intención no es un elemento necesario del domicilio, sino que debe implicar una conducta del sujeto, manifestada en hechos concretos, o actos exteriores; de acuerdo: ORGAZ A., PERSONAS INDIVIDUALES, 2da Ed. Córdoba 1961 p. 250).

Pero debemos entender - con cierta independencia - los conceptos utilizados por la Norma de Conflicto, que nos impone una necesaria amplitud de apreciación. Ello en razón de la finalidad de la norma, que es, regular situaciones que nos contactan potencial - y también efectivamente - con diversos ordenamientos jurídicos.

En éste sentido, como lo ha destacado BARILE, "todos los problemas de determinación, integración e interpretación de las normas de derecho internacional privado se centran en el principio de independencia del sistema internacional - privatista del derecho material del ordenamiento estatal; principio de independencia, que a su vez, encuentra su razón de ser en la uniformidad de regulación, que constituye la función determinante de todo sistema de solución de los llamados conflicto de leyes" (cfr BARILE G. en FUNCIONES E INTERPRETACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTORICA, Valladolid, 1965 p.63).

Pero tratándose de un factor de conexión, la independencia es relativa, desde que es necesario encontrar en la lex fori, el elemento cierto y "firme" - o sea, el núcleo del concepto domicilio- que nos proporcione un punto de partida,

de vista la finalidad de alcanzar una localización coordinada y armoniosa del supuesto fáctico).

En suma, se parte de un factor de indiscutida importancia localizadora en el Dopr - RESIDENCIA HABITUAL - que por otro lado - como lo hemos destacado - representa un elemento de transacción en el inagotable debate de la nacionalidad vs el domicilio.

Sin duda, la adopción de éste punto de partida, es más razonable, desde que refleja con mejor intensidad el centro de vida social de la persona (o sea, la comunidad en que realmente se encuentra integrada), y ha ganado un merecido sitio en numerosas convenciones internacionales (ver por ej. La Haya de 1956, sobre Ley aplicable a obligaciones alimenticias respecto a los hijos; idem. de 1961, sobre Competencia y ley aplicable a la protección de menores; idem. 1961, sobre Formas de las disposiciones testamentarias; CIDIP III sobre conflicto de leyes en materia de adopción, La Paz, Bolivia 1984).

Pero sin desconocer la diversidad de soluciones, tratamos de respetar una localización armoniosa, a través del empleo de conceptos relativamente autónomos - ésto es, de los Dopr vinculados al caso planteado - procurando en lo posible, sólo una mínima vinculación a los utilizados por el Derecho Privado interno - que en su consideración finalista y funcional - nos brinda una adecuada herramienta de localización al servicio del hombre.

a.2. EL PROBLEMA DEL ABANDONO DEL DOMICILIO EXTRANJERO EN NUESTRO CODIGO CIVIL.

Aparecen también serias dificultades, en la armonización los textos del los arts 96, 98, y 90 inc 5, del Código Civil, que

influyen directamente en el Dopr. La movilidad internacional de la personas, puede enfrentarnos con situaciones generadas, a raíz de un cambio de domicilio, como de una carencia del mismo o a fijar el rol que juega la simple residencia como punto de conexión subsidiario.

Estas situaciones deben ser cuidadosamente deslindadas, a fin de encontrar una adecuada solución en la fuente legislativa interna.

El art 96 C C, habla del abandono del domicilio extranjero y considera a la persona domiciliada en el domicilio de origen; mientras que el art 98 C C, sienta el principio de prevalencia del último domicilio conocido, frente al desconocimiento del nuevo.

Ahora bien, es preciso hacer una distinción de acuerdo al ánimo de la persona: si la misma quiere tener una situación ambulante, debería considerársela domiciliado en la simple residencia (art 90 inc 5 del C C: conf. BUSSO, ob. cit. T I comentario art 96, N° 3, p. 555; BOGGIANO, ob. cit. p.330).

Pero si el ánimo de la persona, es constituir un nuevo domicilio en otro lugar, debería prevalecer el último conocido, apoyado en el principio de que no se pierde el domicilio mientras no se constituya uno nuevo (con sustento legal en el art 98 C C).

El recurso al domicilio de origen es excepcional, jugando en el caso de extrema necesidad, ante la imposibilidad de aplicar el art 98 y el 90 inc 5 C C (por no conocer el último domicilio o la residencia).

GOLDSCHMIDT propone aplicar el art 96 del C C cuando el domicilio de origen sea argentino (ver ob. cit. N° 164, p.183) pero - como ha señalado BOGGIANO - ello puede conducirnos a una solución inarmónica (ver ob. cit. p. 331. Ejemplifica allí éste autor, con el caso de una persona que

tendiente a lograr una localización, lo más armónica posible, de éste punto de conexión tan importante para nuestro Dopr.

Siguiendo las enseñanzas de WOLFF, todo legislador de la norma de conflicto, "está obligado a dejar un área vaga", destacando que las concepciones generales, "tienen un núcleo firme y estable, pero una periferia indistinta, y prácticamente sería imposible para cualquier legislador o tribunal establecer una determinación rígida y precisa" (ver ob. cit. p. 145; cfr BOGGIANO, ob. cit. p.263, quien nos aclara, que no se trata estrictamente de lagunas, sino de "determinación de conceptos normativos indeterminados" y "de una voluntad indeterminada, sujeta a ulterior determinación de los jueces"...).

Para lograr ésta meta propuesta, debemos partir del elemento objetivo del domicilio y es aquí, donde cobra importancia la residencia habitual de la persona. Así conectados con un determinado territorio, debemos consultar si tal derecho, considera domiciliada o no, a la persona en cuestión.

No debemos perder de vista, que vamos a utilizar - no la definición de tal legislación interna en sí misma - sino sólo los elementos constitutivos de la noción de domicilio exigidos en tal lugar (que manifestarán un mayor o menor grado de estabilidad o permanencia). Todo sin descuidar los fines perseguidos: ésto es, una localización coordinada y armoniosa del supuesto, teniendo en cuenta su multinacionalidad, que exige respuestas acordes.

En verdad, la dificultad estriba en que existe diversidad de legislaciones en orden a éste punto, y ninguna de éstas se encuentran adaptadas al Dopr. Como lo advierte RIGAUX (ob. cit. p. 285) el art 36 del Código de procedimientos Belga,

supedita el domicilio a las menciones en un registro público; o en el sonado caso "Forgo" que jugaba un papel preponderante, la aplicación del art 13 del C.C.Francés : esto es, supeditando la adquisición de domicilio de un extranjero, a la autorización administrativa, (ver p 303).

La dificultad de determinación del concepto es evidente, cuando no engorrosa, si nos aferramos a las legislaciones de derecho interno.

Es preciso entonces, llegar a construir un concepto autónomo de domicilio - propio del Dopr - despojado de las definiciones internas, de las que sólo consultaremos la finalidad que subyace en el establecimiento del catálogo de elementos de tan diversa índole (ya sean de orden económico, social, jurídicos, de orden administrativo, como de derecho civil).

La consideramos o no domiciliada, de acuerdo con los criterios de permanencia que nos brinda el uso jurídico de la residencia de la persona (respecto al uso jurídico ver punto 4 II a).

Debemos tener presente, que la finalidad de ésta diversidad de elementos, en la mayoría de los supuestos, es reveladora de una inequívoca exigencia, cual es, dotar de cierto grado de permanencia al concepto de domicilio en el Dopr (comp. RIGAUX, ob. cit. p. 287, quien propone que los elementos materiales y jurídicos del domicilio, valen solamente, como un índice de la estabilidad de la tales o como prueba no vinculante de la realidad de los hechos considerados. Sin embargo, no proponemos un concepto de domicilio de validez universal como éste autor sugiere, sino que, simplemente nos contentamos con una definición autónoma, pero de validez relativa a los sistemas con que el caso nos conecta y sin perder

abandona su último domicilio en Francia y es juzgada por un Tribunal Inglés, con domicilio de origen alemán, solución que deberíamos aceptar para no contradecir la decisión inglesa).

Estimamos que el fin de la armonía es viable, siempre dentro del marco de la solución que brinde el juez del último domicilio (trataremos la teoría del uso jurídico, en el punto 4.II.a. donde remitimos al lector).

En éste sentido, cualquier recurso al domicilio de origen lo seguiríamos - en tanto y en cuanto - así lo solucione el juez del último domicilio.

En suma, se recurre a ésta solución excepcional del domicilio de origen - en primer lugar - ante el desconocimiento de último domicilio o residencia (solución extrema por *lex fori*) y en segundo lugar, para alcanzar la armonía internacional de soluciones en el marco del uso jurídico, sin perder de vista el método de definición y localización propuesto en el punto anterior (a.1.).

b. EL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889. (CALIFICACION INDIRECTA POR LEY DE LA RESIDENCIA).

El art 5 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, establece que la ley del lugar en el cual reside la persona, determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio.

El tratado delega en la ley de la residencia, la definición del domicilio de la persona.

Análogos resultados se alcanzan con la propuesta del punto a.1.

Como se ha sostenido en aquel lugar, el hecho de partir

de la residencia, tiene la importante ventaja de considerar el centro de vida real de la persona; favoreciendo también, las expectativas de los terceros que viven en la comunidad en que la misma se encuentra integrada (remitimos al lector a las consideraciones allí vertidas).

c. EL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940 (CALIFICACION MATERIAL DIRECTA).

El art 5 del Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, contiene calificaciones directas del domicilio de las personas físicas, estableciendo en sus incisos un orden de prelación, que consultan variados principios. Entre ellos que se encuentra, el de necesidad y unidad de domicilio, recogido expresamente por el artículo encuentran 6 cit. Tratado.

El inc 1 del Tratado en cuestión, hace referencia a "la residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él".

Esta calificación es similar a la contenida en nuestro art 92 C C.

Sobre éstos temas, se abundó en otra parte del presente (vg.punto 3.I. y 3.II.a.1).

El inc 2 del Tratado, reza: " a falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la de la cónyuge con quien haga vida en común; o a falta de conyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva"...

El tratado en éste inciso, localiza el domicilio privilegiando el núcleo familiar, cuando no existe residencia

habitual con ánimo de permanecer en un lugar determinado.

Se logra en cierta manera, una cohesión de la ley reguladora del Estatuto Personal, con cuestiones relacionadas al Estatuto Familiar (Así por ej., ésa ley va a regir también, los efectos personales del matrimonio: art 14; la disolución, efectos de la nulidad: art 15; la patria potestad, con las limitaciones en cuanto a los efectos patrimoniales: arts 18 y 19).

El inc 3 del Tratado, establece en tercer orden de prelación, "el lugar del centro principal de sus negocios".

Esta calificación de domicilio, consulta de algún modo, los intereses de los terceros y brinda mayor seguridad al tráfico comercial.

Cuando se trata personas que no residen en forma permanente en un determinado lugar, ni tampoco con el grupo familiar, se toma razonable, considerar el centro de vida real, en el asiento principal de los negocios, lugar que ofrece mayor previsibilidad para los terceros que operan con la persona.

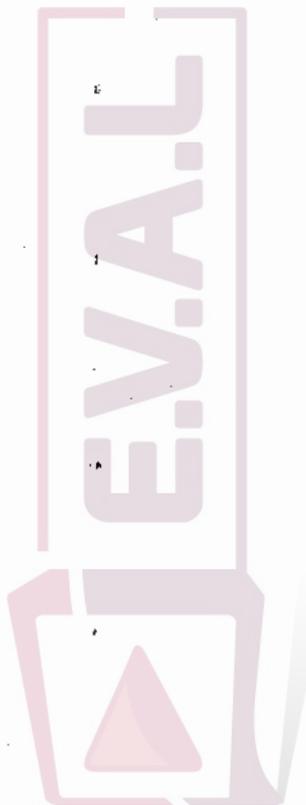
El inc. 4 del Tratado, considera en último término - que en ausencia de las localizaciones anteriores - el domicilio de la persona, es la simple residencia.

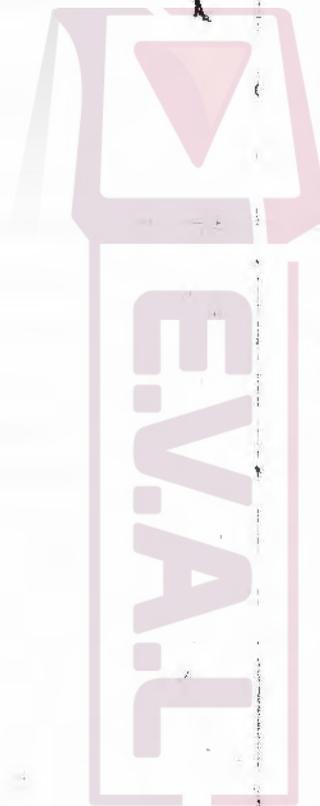
Como se puede observar, el tratado parte de una residencia habitual con ánimo de permanecer - núcleo clásico y con suficiente difusión en la ciencia civilística - y ante la falta de éste elemento trata de lograr - con respecto al estatuto personal - soluciones unitarias y la necesaria cohesión en el ámbito familiar.

Pero luego, frente a los supuestos en los que falta la convivencia familiar, recurre al centro de los negocios, protegiendo así a los terceros que viven en tal comunidad y operan

con la persona.

Y en última instancia, ante la falta de todas estas circunstancias, lo considera domiciliado - por razones de necesidad de domicilio - en la simple residencia.





***4. Problemas
especiales en el
funcionamiento de la
Norma de Conflicto.***

4. I. INTRODUCCION.

Bajo éste título, trataremos diferentes problemas que aparecen en el funcionamiento del sistema conflictual hasta ahora analizado.

Se tratan - como cierta doctrina española los denominó - correctivos de funcionamiento (ver PEREZ VERA, *Dipr. cit.* p.147; GONZALEZ CAMPOS, *ob. cit.* p.7) que persiguen en algunos supuestos, criterios materiales determinados -abandonando la neutralidad electiva- como el favor minoris o el favor negotii; en otros, la localización armoniosa - como el reenvío - y así también, la protección - necesaria e ineludible - de los principios irrenunciables en los que asienta el ordenamiento estatal.

Sin desconocer, que el empleo de tales mecanismos correctores han sido objeto de severas críticas, no siempre irrazonables (consultar JUENGER, F.K. en *GENERAL COURSE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, R.C.D.I. vol. 193 ps 119 y ss, quien magistralmente plantea los serios inconvenientes que generan el uso de éstos instrumentos polémicos del *Dipr.* Circunstancias críticas, que por otro lado, obligan a meditar acerca de las razones, función y destino de éstas cuestiones teórico - prácticas de nuestra disciplina, sin descartar un oportuno replanteo de la Parte General - que naturalmente - excedería los límites de ésta obra).

Tratamos de encauzar estos problemas, en un ámbito que permita favorecer principios orientadores del *Dipr.* que - lejos de ser una ciencia destinada a resolver "asertijos lógicos" - debe tener en cuenta al hombre, inserto en la comunidad internacional.

La pluralidad jurídica - real y necesaria - debe ser

coordinada armoniosamente. Esto constituye una ardua meta, tanto para el legislador estatal e internacional, como para jueces, árbitros, doctrinarios, asesores, etc.

No debemos desconocer tampoco en nuestros días, que la pluralidad está sujeta - en una dimensión cada vez mayor - a las necesidades de Cooperación Internacional, que tiende a crear un Nuevo Orden. Se imponen las mejores soluciones, que no deben ser desconocidas sino imitadas.

La especialidad de los jueces, el recurso cada vez mayor a tribunales arbitrales - al arbitraje institucionalizado - las jurisdicciones supranacionales, constituyan reclamos de gran parte de la doctrina iusprivatista, y la compleja realidad, ha comenzado reflejar la necesidad de tales propuestas .

Urge adaptar a las nuevas exigencias, este complejo y discutido instrumental, para un funcionamiento al servicio del hombre.

4.I. EL CAMBIO DE ESTATUTO (CAMBIO DE DOMICILIO Y LA MAYORIA DE EDAD O EMANCIPACION).**4.I.a. LOS ARTICULOS 138 Y 139 DEL CODIGO CIVIL. SU NATURALEZA.**

Los citados artículos, resuelven directamente la aplicación del derecho que más favorece a la capacidad del menor, circunstancia por la que se sostiene, que son normas materiales de *Dipr.* La elección de un derecho, ha perdido la neutralidad que la caracteriza (cfr. BOGGIANO, *ob. cit.* p 332 y ss).

Ahora bien, debemos reconocer que ambos proceden de

realidades distintas.

El art 138 del C C se inspira en la Teoría de los intereses nacionales, desarrollada por la jurisprudencia francesa en el conocido caso Lizardi (Corte de Casación, 16 de enero de 1861), en el que un menor mejicano (según la ley mejicana: 25 años de edad) vendió joyas en Francia, y pidió la nulidad de los contratos. Los tribunales franceses, le dieron razón a los joyeros, aplicando la ley del lugar de celebración - y no su ley nacional - fundado en la imposibilidad de los comerciantes franceses - que obraron sin ligereza y de buena fe - de conocer las disposiciones de diversos ordenamientos, que regulan la capacidad de obrar (ver GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p. 73).

La materialidad de la norma estriba -como decíamos- en el criterio de elección, que se orienta hacia el derecho que más favorece la capacidad. Además, se trata de un adecuado instrumento de protección del tráfico comercial en el Dipr (ver BOGGIANO, ob. cit. p. 333, quien cita a BATIFFOL, en favor de la caracterización como normas materiales, pese a su estructura conflictual; ver también, p. 298. Agrega éste autor, que el problema de la capacidad para mudar domicilio, se debe resolver según el mismo criterio material favorecedor de la capacidad).

Puede consultarse con provecho, la jurisprudencia de nuestros tribunales en el famoso caso de la hija del escritor, "María Beatriz del Valle Inclán". La Cámara Civ. Sala 2da. el 7/5/42 (J.A. 1942-II-789) la consideró domiciliada en nuestro país, por actos propios -y en consecuencia mayor de edad- ante el pedido de repatriación a España, cursado por su madre.

El art 139 del C C comulga con la teoría de los derechos adquiridos, a la que me he referido al comentar el art 2 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de

1889 (ver N° 2.II.a.2).

Es preciso recordar la jurisprudencia de la C. Civ. de la Capital, Sala C del 30/12/57, en el caso "Berman". Se juzgó mayor de edad, a una menor que llegó a Tel Aviv, siendo mayor de 18 años de edad, y desde allí requería la expedición de pasaporte para retornar al país (ver J.A. 1958-IV- p.27).

Ahora bien, de ambas normas se desprende, la inequívoca finalidad de perseguir la aplicación del derecho que más favorece la capacidad

Ello que implica, también solucionar el conflicto móvil - generado por el cambio de domicilio - con la consideración del (o la localización en el) derecho domiciliario en el que el menor adquirió la capacidad (el conflicto móvil genera la necesidad de "detener" el desplazamiento del elemento subyacente al punto de conexión, siguiendo un criterio temporal, o sea "en un determinado momento" en la vida de la relación o situación jurídica captada en el tipo legal de la norma de conflicto).

Este principio de favor, arrastra la solución de cuestiones concomitantes y conexas, como ser por ejemplo, el problema de la capacidad para mudar domicilio.

Además, se erige en un principio general del Dipr, que nos autoriza su aplicación analógica y con alcance multilateral (cfr. BOGGIANO, ob. cit. p. 335).

Es la solución más adecuada a los intereses del menor - que adquiere la mayoría de edad - y a las exigencias del tráfico jurídico externo.

4.II. EL REENVIO Y LA ARMONIA INTERNACIONAL DE SOLUCIONES.

4.II.a. LA RAZON DE SER DEL REENVIO EN EL DIPR.

El problema del reenvío, surge en razón de la innegable diversidad legislativa, en el establecimiento de normas de conflicto, y la eventual posibilidad de consulta, por parte del Juez que entiende en la causa, de la norma de conflicto extranjera, perteneciente al derecho designado como aplicable, por la norma de conflicto del foro.

No se pueden desconocer las críticas que se le han formulado desde diversos ángulos y épocas al uso del reenvío.

Las inauguraron KAHNY BARTIN, quienes usufructuaron de la sentencia del Tribunal de Casación en el sonado caso "Forgo" (ver GOLDSCHMIDT, ob. cit. N° 140 p.133). Estos autores, conocidos como "positivistas", objetaron por diversas razones ésta metodología del reenvío, que implicaba para ellos, una propuesta inadmisibles, al dar preeminencia a la norma de conflicto extranjera por sobre la del foro.

Se cuestiona también el carácter ilógico del reenvío, desde que - como señala RIGAUX - "cuando el Juez aplica su norma de conflicto (F), escoge tomar del derecho extranjero aplicable (G) una norma de conflicto que reenvía a la ley F.

Pero interpreta ésta segunda norma de conflicto únicamente da competencia al derecho material de F, con exclusión de su norma de conflicto de leyes, con lo que detiene el mecanismo".

Se pregunta éste autor, si no sería "más lógico y simple, decidir desde el principio, que ninguna norma de conflicto designa otra cosa en el sistema extranjero que las disposicio-

nes del derecho material" (ver ob. cit. p.306).

El movimiento pendular que se produce si se interpreta de otra manera la norma de conflicto (G) - o sea de la misma forma que la norma (F) - es un índice elocuente de la falta de lógica en el sistema (ver autor, ob. lug. citados. Para una exposición de la doctrina del Reenvío, ver también GOLDSCHMIDT, ob. cit. N°137 p. 128 y ss, quien desarrolla las teorías de las referencias mínima, media y máxima).

Este vicio lógico, es el precio de la ARMONIA INTERNACIONAL DE SOLUCIONES, principio que justifica la utilización del reenvío (ver WOLFF, ob. cit. p 193. RIGAUX, ob. cit. ps.307-308).

Pero en realidad, la solución adecuada al problema del reenvío, viene dada por la TEORIA DEL USO JURIDICO, formulada por GOLDSCHMIDT, que implica darle al caso, "el mismo tratamiento que con máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado el pleito en aquel país" (ob. cit. N° 142 p.137).

Esta teoría fue desarrollada a partir de la jurisprudencia inglesa en el caso Collier vs.Rivas (ver WOLFF, ob. cit. 191: quien cita la frase de Sir H. Jenner "Yo me considero a mí mismo sentado en Bélgica").

Adquirió carta de ciudadanía en nuestro Dipr positivo, en el art 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, (CIDIP II 1979), que reza: "Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable ,

sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada" (Ratificada por Ley 22921/83 ADLA 1983 - d - 3819).

En virtud de ésta teoría, imitamos la solución del juez extranjero y por lo tanto, lo seguimos en las transmisiones que el mismo realice. En éste orden de ideas, si aquel juez, reenvía a nuestro derecho (Reenvío de primer grado) o lo soluciona de acuerdo con el derecho de un tercer país (Reenvío de segundo grado) o por su derecho privado (por Reenvío doble), siempre lo imitaremos.

Ahora bien, aún ésta teoría ha sido observada por la doctrina, frente al supuesto caso de que el juez extranjero tenga el mismo propósito de imitar (ver CARRILLO SALCEDO, ob. cit. p.212, quien admite que no podría funcionar "la teoría de los tribunales ingleses"; también RIGAUX, ob. cit. p.309, quien reconoce que "éste ejercicio de virtuosismo permite al reenvío favorecer la armonía jurídica ya aplique el juez inglés reenvío simple cuando otro país interesado prohíbe ésta solución, ya gracias al doble reenvío, descarte la distorsión ligada a la generalización de esta solución, ante un país que practique reenvío simple". Aclarando por último, que sería "un círculo vicioso inextricable, si ambos países interesados practicasen el reenvío doble" de la jurisprudencia británica).

Por otra parte, también se ha observado que cualquier admisión generalizada del reenvío frustraría la armonía internacional de soluciones. Ello en razón, de que es necesario para alcanzarla, que éste sea aceptado por un ordenamiento y rechazado por el otro. Así por ej. la sucesión mobiliaria de un inglés domiciliado en Italia: si los jueces italianos también aceptaran el reenvío del derecho Inglés, en ambos países, sus jueces aplicarían su *lex fori* y no existiría armonía (ver

CARRILLO SALCEDO, ob. cit. p 210).

Sin embargo, frente a ésta concreta situación planteada, la teoría del uso Jurídico nos podría brindar aún, resultados adecuados.

En éste sentido, es necesario recordar a GOLDSCHMIDT, quien destacó, que si bien dos legislaciones pueden referirse mutuamente la una a la otra *ad infinitum*, dos jueces no pueden invocarse mutuamente hasta la eternidad. La prohibición de denegar justicia lo impide (ver ob. cit. N° 144, p.141).

Ahora bien, urge preguntarse: ¿que derecho se aplicaría en la situación apuntada, de que ambos jueces persigan la imitación?

Me inclino a pensar, que si el juez extranjero persigue el fin propuesto de lograr la armonía de soluciones, se debería aplicar el derecho privado extranjero, no sólo por la razón esgrimida por BOGGIANO - tendencia de los jueces a aplicar su *lex fori* (ver ob. cit. p.285) - sino también, para obtener un resultado lógico y coherente, que brinde respeto a la voluntad del legislador del foro (v.gr., a su norma de conflicto).

En suma, ante tal planteo insoluble, se conjuga un principio teórico general de DIPr - cual es la armonía jurídica - con una tendencia práctica generalizada de los jueces - cual es la aplicación de su *lex fori*. Se provoca con ello, un resultado que no sacrifica la lógica (reiteramos crítica ya citada de RIGAUX, p.306) resolviendo de acuerdo con la norma de conflicto del foro - con idénticos resultados prácticos que la teoría de la referencia mínima - pero con un procedimiento que difiere en su totalidad.

Subyace ante todo, la finalidad de lograr la armonía jurídica en el marco de los casos concretos planteados: El reenvío nace y desaparece en función de ésta última finalidad.

Sin desconocer que éste polémico problema del reenvío, tiene complicaciones insolubles, es imprescindible a los fines de una adecuada, correcta y previsible solución, la instrumentación de las mismas en tratados internacionales (Recordemos que esta "doble imitación", puede convertirse en propuesta corriente en el ámbito de la CIDIP II ya citada).

4.II.b. EL REENVIO Y SU INTERVENCION ARMONIZADORA DE LOS SISTEMAS DE LA NACIONALIDAD Y DEL DOMICILIO.

En el punto anterior, se han revisado sumariamente, los problemas generados a partir de la utilización del reenvío dentro de su propio marco operativo - la teoría del uso jurídico - como principio de solución a muchos interrogantes, que torturaron a doctrinarios y jueces durante años.

Ahora, se trata de aplicar las soluciones en el marco de los casos concretos que se puedan plantear.

Así por ej., si el juez del país del domicilio de la persona, insiste en la aplicación de la ley nacional, rechazando la referencia que hace el derecho argentino, se aplica la ley nacional; si la admite, se aplicaría el derecho del domicilio. Y por último, si su propuesta es imitar, se aplicaría la *lex fori* del juez del domicilio (como recurso extremo ante la mutua invocación *ad infinitum*).

4.III. ORDEN PUBLICO.

Tradicionalmente, el orden público ha sido relevante en materia de incapacidad.

Puede observarse en la nota al art 14 del C C argentino, en las que Velez contempla como contrarios a los principios de orden público, los supuestos de "leyes que fulminan con incapacidades de derecho a los herejes, apóstatas, etc y aún las declaran a los que no profesan la religión dominante..." (4) o "la institución de la muerte civil que ha regido en Francia hasta el 31 de mayo de 1854, y que aún existe en Rusia..." (5).

Es elocuente el art 9 del C C, que habla de la territorialidad de "las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud, o las que revistan carácter penales".

En éste orden, se puede citar también el Tratado de Montevideo de 1940, de Derecho Civil Internacional que expresamente estableció, "No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión" (art 1).

No existen dudas, acerca de la actuación necesaria del orden público internacional en ésta materia, erigiéndose en un filtro normal de la solución basada en la norma extranjera, que debe ser acorde a aquellos principios rectores en los que se asienta nuestro ordenamiento jurídico.

Tanto en nuestro derecho Internacional Privado de fuente interna (art 14 C C) como en el ámbito convencional (art 4 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940; art 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, CIDIP II, suscritas en Montevideo 1979) contemplan el Orden Público como cláusula de reserva, de indiscutida aplicación en el funcionamiento de la Norma de Conflicto.

Se trata entonces, de un correctivo funcional de la solución extranjera, cuando sea intolerable a la luz de nuestros principios (por ej. al no respetar la igualdad o dignidad de la

persona humana) y que debe ser usado como un instrumento de cooperación y coordinación, haciendo así posible una armoniosa convivencia en la diversidad (ver para éste tema, CARRILLO SALCEDO, ob. cit. ps 244 y ss, especialmente, 246-247).

4.IV. EL FAVOR NEGOTII.

Se trata de un correctivo funcional que aparece en el art 14 inc. 4 del C C y juega como una excepción a la aplicación del derecho extranjero, cuando el argentino sea más favorable a la validez del negocio.

Es una norma especial, aplicable exclusivamente a la validez los negocios jurídicos, de contenido patrimonial (ver GOLDSCHMIDT, ob. cit. N° 316, ps. 397 y ss).

Y la capacidad es un presupuesto de la validez de tales negocios, motivo por el cual, en el 14 inc 4 del C C, éstos problemas encuentran un ámbito propicio de solución.

Respecto a las capacidades de derecho, si bien - como lo señaló GODSCHMIDT - es difícil que encuentre ocasión de actuar, puesto que - "por imperativos de Orden Público Internacional quienes lleven rostro humano tienen personalidad jurídica" (ob. y lug. cit. p.400) - puede tener un fecundo ámbito de aplicación efectiva, para corregir los sistemas que exigen VIABILIDAD para el comienzo de la existencia de la persona.

Así por ej. según la ley argentina, sólo basta que nazcan con vida, para adquirir derechos irrevocablemente: arts 70, 71, 72 del C C. Podrían entonces, adquirir bienes o derechos en el país, en forma irrevocable si nacen con vida en el extranjero. Es imperioso aclarar, que en el ejemplo propuesto, respecto

a la adquisición de bienes inmuebles en el país, éstas recordadas normas, no se aplican en virtud del art 10 C C sino del art 14 inc.4 C C (siempre el art. 14 inc. 4 C C, requiere en su aplicación, contactos suficientes del caso con el país).

Se propicia así, la interpretación -y consiguiente aplicación- restrictiva de la norma de policía del art 10 C C, quedando fuera del ámbito material de la misma, la capacidad para adquirir bienes tanto a título universal como también singular.

En suma, éste correctivo funcional tiene aplicación en materia de capacidad e íntima relación con la teoría del interés nacional, que es antecedente del art 139 C C (remitimos al lector al punto 4.I.a. donde se ha dado tratamiento al tema).



5. Ambito material del Estatuto Personal

5.1. EL COMIENZO DE LA PERSONALIDAD**5.1.a. EL NACIMIENTO Y LA SITUACION DEL SER CONCEBIDO EN EL SENO MATERNO.**

El comienzo de la personalidad, es signado para algunos sistemas, por el nacimiento de la persona humana (así p. ej. los Códigos Civiles: Alemán, art 1; Español, art 29; Italiano, art 1; Chileno, art 74; Brasileño, art 4, entre otros).

Para nuestra legislación civil, la existencia de la persona comienza desde su concepción en el seno materno (art 70 C C, que goza con aprobación de la doctrina civilística: SPOTA, A.G. TRATADO DE DERECHO CIVIL, V. 3 - 2, N° 727; BUSO, Ob. cit., T I, comentario art 70, N° 10 y 11; LLAMBIAS, J.J. TRATADO DE DERECHO CIVIL, PARTE GENERAL, T I, N° 326; BORDA, G. Ob. cit. N° 226).

Esta divergencia nos obliga a someter el comienzo de la personalidad a la ley personal, debiendo tener en cuenta que - por tratarse de un supuesto de capacidad de derecho - es plenamente aplicable el principio contenido en el art 14, inc 4 del C C (me remito a las consideraciones vertidas en el punto anterior).

Este sometimiento al ámbito material de la ley personal, tienen como precedentes, el art 28 del Código de Bustamante; art. 1 tratados de Montevideo de 1889 y 1940; el art 26 inc. 1 del Código Civil de Portugal de 1966; es aceptada por GOLDSCHMIDT (ob. cit. N° 200 p. 217) y BOGGIANO (ob. cit. p 336).

Pero debemos reconocer, que existen opiniones divergentes, que pretenden someter la cuestión a la *lex causa*, o sea la ley aplicable a la relación jurídica respecto de la cual

se trata de establecer si el nuevo ser, es o no capaz (ver WOLFF, ob. cit. p. 263; GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p 35, quien cita a su vez, el art 32.2. del Proyecto Suizo de 1978).

Pienso que ésta última solución, debe ser desechada, desde que parte de una premisa tan ficticia como la crítica, cual es, pretender que existe un impedimento en someter a la ley personal el nacimiento de la personalidad, por el simple hecho de pensar, que no hay todavía persona.

Y éste último, es precisamente el punto a dilucidar, materia que - lógica y naturalmente - es más adecuada extraerla de la ley personal, que de las más variadas legislaciones que pueden resultar aplicables, a las relaciones jurídicas que presupone el goce de derechos civiles.

Con ello se brinda mayor estabilidad y permanencia a la situación del ser concebido en el seno materno, a la luz del derecho de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual.

Todo, sin perjuicio de aplicar correctivos tendientes a validar actos, cuando necesiten como premisa, favorecer la existencia de la personalidad humana (art 14, inc 4 C C y que he tratado en otro lugar de ésta obra).

El uso de éstos correctivos de "favor", constituyen un valioso aporte del D. I. al tráfico jurídico externo, y que persiguen una amplia gama de finalidades básicas dentro de la comunidad internacional (como es por ej. el respeto de las legítimas expectativas de terceros, o el mismo reconocimiento de existencia, estabilidad, y permanencia de la personalidad humana).

Se transforman así éstos mecanismos formales, en un instrumento apto en favor de la humanización del D. I.

5.II. EXTINCION DE LA PERSONALIDAD.**5.II. . LA MUERTE. LA CONMORIENCIA.**

La muerte es el fin de la personalidad humana.

Los avances tecnológicos han distinguido en derecho, la "indiscutida" muerte natural (cese de todas las funciones vitales) de la "discutida" muerte clínica (o cese de la actividad cerebral). Esta cobra importancia en las legislaciones sobre transplantes de órganos (ver por ej. nuestro art 21, de la ley 21541, T.O. por ley 23464).

Estas cuestiones se encuentran sometidas a la ley personal.

Mayores dificultades causa el problema de la prueba de la muerte, en supuestos de conmorienencia, lo que seguidamente pasaremos a revisar.

Las legislaciones han establecido diversas presunciones.

Algunos derechos, se inclinan por sostener que han muerto simultáneamente, no existiendo transmisión hereditaria entre ellas. Es el llamado sistema germano, seguido por tal Código, art 20; art 33 del C C Español; art 32 del Suizo; art 4 del Italiano; art 109 C C Argentino.

En cambio otros, tienen un complicado orden de presunciones de muerte, teniendo en cuenta las edades (como en Francia e Inglaterra: Secc 184 de la Law of Property Act de 1925, que establece el orden de ancianidad; ver WOLFF, ob. cit. p. 264).

No se debe descartar, que en éste tema de la prueba de la conmorienencia, pueden influir en gran medida la teoría de las calificaciones, ya se lo defina como una cuestión sustancial sujeta a la lex causa o por el contrario, como cuestión procesal

sujeta a la lex fori (así WOLFF, ob. cit. p 264-265 y GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p. 38).

Sin perjuicio de reconocer la complejidad del tema -reflejada en ésta variada gama de opiniones - es razonable sostener, que la conmorienencia debe quedar sujeta a la ley personal de la persona, por tratarse de un supuesto comprendido en su ámbito material: la extinción o el fin de la personalidad humana.

Aunque no deberíamos descartar - que desde un punto de vista práctico - éstos problemas de conmorienencia, cobran importancia frente a los derechos materiales sucesorios.

Ello podría conducirnos, a la aplicación del Derecho que regula la sucesión, como lo destacaron prestigiosos autores (cfr WOLFF, ob. cit. p 264; GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p.38) sin descartar la directa sumisión a la lex fori.

Esta última solución, ha sido preconizada por algunos autores, frente al caso de sucesión de sujetos muertos en un mismo accidente, cuando existen presunciones de supervivencia contradictorias. PEREZ VERA, sostiene la postura de FRAGISTAS, en el sentido de que la sucesión sólo puede ser posible, por la aplicación acumulativa de los dos derechos en presencia (ver ob. cit.p 138). Por otra parte, tiene solución legislativa en el Código Civil Portugués, art 26, 2 que establece "la muerte simultánea" (art 68.2.) para los supuestos en que concurren "presunciones de supervivencia irreconciliables".

Es una solución material interesante, que puede funcionar satisfactoriamente en aquellos sistemas que producen el fraccionamiento sucesorio. Esto es, cuando la aplicación de la lex situs para la sucesión a los bienes inmuebles, arrastra también sus reglas sobre conmorienencia, "fraccionando" la solución. Nos enfrentamos así, a dos leyes de posible aplica-

ción a la materia (la personal y la sucesoria).

Lo que se pretende evitar con la solución material propuesta, son las situaciones insolubles generadas por éstas presunciones de supervivencia, rechazando la sucesión si no alcanzan las mismas - en su aplicación acumulativa - un resultado coincidente o fácilmente "adaptable".

Pero hay que reiterar, que el problema de la efectividad aún se encuentra latente, desde que no existen soluciones legislativas generalizadas (ni en el DIPr de fuente interna ni en la internacional). Y ésta acumulación, no deja de ser una iniciativa individual, que requiere del reconocimiento de efectividad en foros extranjeros.

En suma, siempre debemos partir de la ley personal, buscando en el uso jurídico extranjero la solución al problema.

Si por motivos de fraccionamiento sucesorio, se debe aplicar otra ley distinta - según el uso jurídico domiciliario (que coincidirá normalmente con el último domicilio) - deberíamos consultar la solución de las leyes en presencia, para que exista sucesión. En primer lugar, tratando de armonizar mediante la adaptación las eventuales presunciones. Si son irreconciliables, quedan dos caminos a seguir: a) el principio del uso jurídico más efectivo; y b) Como iniciativa en el foro, no descartar la solución material directa - también derivada del principio de efectividad - que rechaza la sucesión entre conmorientes, por aplicación acumulativa de ambas leyes en presencia, con resultados "inadaptables".

5.II.b. LA PRESUNCION DE FALLECIMIENTO (LA MUERTE PRESUNTA).

5.II.b.1.DERECHO APLICABLE Y JUEZ COMPETENTE.

Este problema de la ausencia - presupuesto para la declaración de la muerte presunta - debe ser juzgado a la luz de la ley personal.

En efecto, sin bien la declaración judicial de muerte presunta, cobra importancia práctica por tratarse "de una situación jurídica en la cual deben adoptarse medidas de protección de los bienes e intereses del desaparecido o ausente, así como resolver los posibles conflictos que se planteen entre tales intereses y los de los presuntos herederos" (ver PEREZ VERA, ob. cit. p 172), se trata sin duda, de un aspecto comprendido en el Estatuto Personal, que justifica su tratamiento unitario, todo bajo los dominios de la ley personal de la persona (cfr. BOGGIANO, ob. cit. p 337; GOLDSCHMIDT, que propicia la aplicación de la ley del último domicilio, sobre la cual prevalece la última residencia, en donde se ha producido la desaparición. Invoca el citado maestro, el art 1 del Tratado Der. Civ. Int. de 1940, el término "existencia" y el art 110 C C, ver ob. cit. N° 208 pág. 227).

Debemos seguir las enseñanzas de GOLDSCHMIDT, quien propicia la aplicación del derecho del país en el que se produjo la desaparición de la persona, a los fines de considerar "los plazos dentro de los cuales se puede pedir la declaración y a la naturaleza de ésta como de ausencia o muerte presunta" (ob. cit. N° 213, p.233. La razón práctica es innegable, desde que cada legislador conoce los riesgos de su país, al establecer los plazos necesarios para pedir la declaración judicial).

Pero debemos advertir algunas premisas.

Tales plazos, deberían ser aplicables dentro del marco del uso jurídico, o sea, si así lo hace el juez cuyo derecho rige la declaración en cuestión.

Pero podría suceder, que la persona no tenga en tal lugar, ni domicilio ni residencia - aún con carácter más o menos temporario - lo que produciría un debilitamiento del contacto territorial localizador.

En efecto, ante tal situación, deberíamos verificar si existen otras circunstancias (como la *lex loci delicti* o *lex loci executionis*) que justifiquen la aplicación de tales plazos o que vinculen a la persona eventualmente desaparecida, a tal país. Así por ejemplo, el caso de un accidente aéreo en selvas o montañas inhóspitas - que justificaría su aplicación, la *lex loci delicti* - o del reportero gráfico en países con conflictos bélicos - que lo justificaría la *lex loci delicti* y la *lex loci executionis*.

Es dable pensar además, en una persona de situación deambulante, que ingresa a un país, abandonando su residencia conocida en otro, y desaparece sin dar señales. Ello justificaría la aplicación de los plazos de la última residencia conocida, por la consideración unitaria del Estatuto Personal (sujeto a la ley personal domiciliaria).

En suma, entendemos que el uso jurídico del último domicilio - o subsidiariamente de la última residencia - es decisivo a los fines de la declaración de muerte presunta, pudiendo considerar el juez, incluso los plazos del país en que la persona desapareció y la naturaleza de ésta declaración (como ausencia o muerte presunta).

Todo dentro del marco de la teoría del uso jurídico - o en su defecto - de contactos gravitantes del caso con tal lugar, cuando ello implique un apartamiento de la ley personal.

Cabe destacar, que respecto a las medidas provisionales y urgentes, el juez siempre puede aplicar la *lex fori* (cfr. PEREZ VERA, ob. cit. p 173; BOGGIANO, ob. cit. p 218, quien habla de supuestos en que la *lex fori*, actúa como "socorro" por motivos de urgencia y eficacia inmediata).

En cuanto al juez competente, es preciso acordarle jurisdicción a los jueces argentinos del último domicilio o residencia en la república (art 110 C.C.) pudiendo bilateralizar la competencia, en los jueces extranjeros del último domicilio o residencia (art 57 del Tratado de Der. Civ. Int. de Montevideo de 1940).

Esta jurisdicción concurre con la prevista por el art 16 de la ley 14.394, que otorga competencia a los jueces del lugar donde se encuentren bienes del ausente.

Podemos agregar por último, que éste foro del patrimonio, se encuentra justificado en materia de ausencia, desde que brinda mejores y más efectivas posibilidades de protección de los bienes del ausente.

5.II.b.2. EFECTOS DE LA DECLARACION DE AUSENCIA.

En materia de efectos de la declaración de ausencia, es preciso colmar la laguna existente en nuestra fuente interna, aplicando analógicamente el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, art 12 (Cfr BOGGIANO, ob. cit. p.338).

El mismo distingue los efectos respecto de los bienes del ausente, reglamentándolos por la ley del lugar de su situación, de las demás relaciones jurídicas, que seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía (así la *lex contractus*, la *lex matrimonii*, la *lex societatis*, etc. determinarán que efectos

produce la declaración de ausencia sobre cada relación, escindiéndolos de la ley personal reguladora de la misma.

5.II.c. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Estos derechos inherentes al hombre - de los que no puede ser privado - representan un catálogo sin el cual, no se concebiría la existencia de la personalidad humana.

Debemos reiterar, que se trata de derechos íntimamente vinculados a la personalidad misma, que no puede ser negada en el mundo de hoy. Debido a la acción normativa del Derecho Internacional Público en materia de Derechos Humanos, la diversidad y el campo conflictual se encuentran naturalmente reducidos (éste tema ha sido tratado en otra parte - punto 2.I.a - donde remitimos al lector).

Podemos planteamos la tutela de tales derechos, pero nos lleva a un campo más amplio, cual es el de los HECHOS ILICITOS (de no tan sencilla localización en el Dipr) y las eventuales MEDIDAS PREVENTIVAS DE TALES DAÑOS, que en la mayoría de supuestos encuentran tutela, en el DERECHO PROCESAL, en el DERECHO CONSTITUCIONAL, etc (con la consiguiente protección por la *lex fori*).

Las Constituciones de los estados, contienen principios de reconocimiento y protección de éstos derechos esenciales a la persona humana, lo que facilita el encuadramiento de ésta materia, en el orden de los principios fundamentales en los que se asienta el ordenamiento jurídico estatal.

No cabe duda, que el Orden Público Internacional juega un papel importante en todas éstas cuestiones íntimamente compenetradas y sustentadas en la personalidad humana.

De todos éstos derechos, el tratamiento del nombre de

las personas, cobra peculiar importancia para el Dipr, por lo que seguidamente pasamos a su análisis.

5.II.d. EL NOMBRE.

La ley personal rige también el nombre de la persona, por encontrarse íntimamente relacionado con la personalidad humana.

Es imperioso brindarle al nombre, un adecuado marco de estabilidad. Y dentro del ámbito del Estatuto Personal, encuentra una adecuada ubicación en el Dipr, que responde a éstas necesidades legítimas.

Sin perjuicio de ello, debemos dejar a salvo las excepciones vinculadas al régimen familiar (como el nombre de la mujer casada o divorciada; o los problemas relacionados con la filiación legítima o adoptiva).

En otras palabras, se justificaría la exclusión de éstas cuestiones del ámbito del estatuto personal, por razones de mayor proximidad con los efectos del respectivo régimen familiar.

Calificada doctrina lo identifica, como problemas comprendidos en los efectos del régimen familiar respectivo (ver en tal sentido WOLFF, ob. cit. p. 277; PEREZ VERA, ob. cit. p. 139; GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p. 50; GOLDSCHMIDT, ob. cit. N° 200, quien excepciona del estatuto personal el apellido de un individuo - según sea hijo extramatrimonial o matrimonial - de la mujer casada, de la persona legitimada o adoptada).

Ahora bien, no debemos desconocer, que el nombre puede ser considerado desde el punto de vista del Derecho Público, con su inegable función de identificación. Desde luego también, desde el punto de vista del Derecho Privado,

vinculado al Estado Civil de las personas, como Derecho de la personalidad.

En nuestro derecho privado, aparece ésta doble función apuntada. Así por ejemplo, la ley 18.248, en su art 1, T.O. ley 23.264, establece que "toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley".

Los "particularismos" en la regulación del nombre de las personas, existen entre otras causas, precisamente a raíz de las funciones de Derecho Público destacadas, que obligan a los Estados al establecimiento de normas rígidas prohibitivas o de Policía de aquellas particularidades, que puedan afectar esa función individualizadora (ver GONZALEZ CAMPOS, ob. cit. p. 54. Agregan éstos autores, que "el interés colectivo se resentiría, lógicamente, si se admitiese el nombre de un extranjero que no permitiese su identificación").

Naturalmente, que también en éstos aspectos, juega el orden público internacional corrector de las soluciones extranjeras.

En éste sentido, podemos citar algunos problemas como el de la inmutabilidad o estabilidad, el de igualdad de sexos, o ciertas imposiciones - discriminatorias y denigrantes - de regímenes totalitarios (como acontecía con la conocida ley promulgada en Alemania nazi el 14 de agosto de 1938, que impuso obligatoriamente los nombre de Israel o Sarah, según el sexo, a los individuos de raza judía).

Cuestiones éstas, que indudablemente afectan principios de orden público internacional.

Cabe destacar, que en nuestra legislación existen prohibiciones que funcionan controlando éstos aspectos publicísticos del nombre (ver BOGGIANO ob. cit. p. 336).

Puede citarse el art 3, inc 2, de la ley 18248 T.O. ley 23264, que habla de la prohibición de inscribir nombres extranjeros, salvo los castelrianizados por su uso o cuando se trate de los nombres del padre del inscripto, si fuesen de fácil pronunciación y no tuvieran traducción en el idioma nacional. Queda exepuado de ésta prohibición, el nombre que se quisiera imponer a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas ante nuestro país, y de los miembros de misiones públicas o privadas que tengan residencia transitoria en el territorio de la República.

En orden a las permisiones, podemos también citar el art 3 bis, T.O. ley 23162, que incluyó la posibilidad de inscribir nombres aborígenes o derivados de voces autóctonas y latinoamericanas, siempre que no contraríen los dispuesto por el art 3 inc 5 parte final.



6. Consideraciones finales.

La regulación iusprivatista del estatuto personal, exige permanencia, estabilidad, y el debido respeto al hombre inserto en una determinada comunidad.

Hacia éstas exigencias, tratamos de encaminar el examen de la ley personal.

a) Y es así, desde el indiscutido reconocimiento, en el Derecho Internacional Público, de la personalidad Humana misma, hasta la adopción - con un ámbito de especial funcionamiento - de la Teoría de los derechos adquiridos. Sin desconocer los prestigiosos críticos y sus críticas, ésta última encierra su justificación, en exigencias de humanización de Dopr, por sobre cualquier formalismo.

b) En el análisis del punto de conexión, se destaca la residencia habitual, como el centro de vida real de la persona. Se propone en la fuente interna, una definición relativamente independiente de los conceptos de derecho privado (definición autárquica o autónoma relativa). Se atiende a la finalidad de los mismos, más que al concepto proporcionado por el derecho privado en sí, y se persigue una localización armónica del caso concreto planteado.

c) Se hace referencia también, a los problemas especiales de funcionamiento de la norma de conflicto. Estos "correctivos funcionales", han recibido críticas en doctrina desde diversos ángulos.

En este orden de cosas, el respecto a la capacidad adquirida y las elecciones de "favor" o "materialmente orientadas" (pérdida de la neutralidad electiva) representan soluciones que contemplan los intereses del hombre en el Dopr. Se propicia así, la aplicación del principio de la existencia de la personalidad humana, desde la concepción en el seno materno (art.70, 14 inc. 4,C.C.) cuando el negocio jurídico, tenga

suficientes contactos con el país .

Por otro lado, el reenvío persigue y su justificación descansa, en la armonía internacional de soluciones: "nace" y "desaparece" en función de la armonía .

El orden público, que en épocas no muy lejanas, tenía importancia primordial en materias de incapacidades, hoy representa - gracias a las conquistas del D I Público - la necesaria dosis de justicia que debe tener la solución extranjera, a la luz de los principios generales en los que se asienta la legislación del foro.

Se protegen así mismo, con el máximo grado de rigidez, las "prohibiciones especiales" o supuestos de incapacidades especiales de derecho, existente en nuestro Código Civil, aplicándolas exclusiva e inflexiblemente, a casos iusprivatistas multinacionales (Se favorecen los intereses estatales en la tutela de la moral y las buenas costumbres).

d) Se incluye dentro del ámbito de la ley personal, todas las materias relacionadas con la personalidad humana, desde el comienzo de su existencia hasta el fin de la misma .

Es necesario valorar especialmente aspectos problemáticos de la conmorencia frente a los derechos sucesorios .Se trata de solucionar por la vía de la elección (conflictual), y recurriendo llegado el caso, a la acumulación y adaptación de los derechos en presencia, proponiendo la solución material que rechaza la sucesión, cuando las presunciones sean inadaptables.

Asimismo se incluyen, la ausencia y presunción de fallecimiento, los derechos personalísimos, y entre ellos, el nombre, tradicionalmente comprendidos, dentro del ámbito material de la ley personal.

Sin perjuicio de reconocer, los aspectos publicísticos, de

Internacional Privado - Bol 6

Toniolo - Soc. Comerciales

2-6-10

Palabras preliminares

Cuando comencé con esta obra vivíamos la problemática generada por las resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación. En razón de ello, decidí emprender estas páginas en las que convergen problemas generales de Derecho Internacional Privado –tanto de fuente interna como convencional–, de Derecho Societario y la inserción de las resoluciones administrativas en ese contexto.

Procuré rescatar el modelo presentado por la CIDIP II de Sociedades Mercantiles, que hoy es un instrumento de suma importancia, pensando, además, en nuestro proceso de integración regional MERCOSUR.

El texto presenta críticas al sistema vigente y propuestas para solucionarlas, lo que lo convierte en una voz de alerta frente al Proyecto de Reformas del año 2003.

Quisiera agradecer a la Dra. Mariana Herz por su permanente aliento y por su colaboración crítica, a quienes se constituyen en los lectores inmediatos, los alumnos de los cursos de Derecho Internacional Privado, y a la Universidad Nacional del Litoral por su esfuerzo en la concreción de este trabajo.

Santa Fe, 3 de diciembre de 2004

1. Introducción

El Sistema de Derecho Internacional Privado societario se estructura necesariamente, sobre el pluralismo metodológico, concurriendo a regular tal fenómeno normas de conflicto, materiales y de policía, las que serán examinadas tanto desde la perspectiva de la fuente interna como de la convencional, y en aspectos relativos a la constitución como la actuación internacional de sociedades.

En materia de constitución de sociedades se procederá al análisis de las diversas fuentes convencionales vigentes y en la fuente interna. En ámbito espacial residual de esta última, es preciso encontrar la ley personal, esforzándose por superar la dicotomía planteada por la existencia de dos sistemas irreconciliables; a saber: a) sistema anglosajón o de la incorporación y b) continental o europeo de la sede real y efectiva.

En este orden de ideas, se tratará de producir la localización armoniosa de la sociedad.

En cuanto a actuación internacional, se procede a interpretar la normativa relativa al reconocimiento y regulación de actos aislados y habituales, en forma directa o indirecta, concurriendo en sus propios ámbitos, la ley personal de la sociedad y la ley del lugar de actuación (*lex loci*). Respecto de esta cuestión, se analizarán las regulaciones materiales previstas, y también las reglas rigurosamente imperativas, en las diversas cuestiones que se generan para solucionar los intereses en tensión: necesidad de inversión, establecimiento de filiales, de sucursales, responsabilidades, supuestos de insolvencia y protección de terceros contratantes.

Se analizarán asimismo las resoluciones de la Inspección General de Justicia relativas a cuestiones de Derecho Internacional Privado cuya finalidad es perseguir

a las sociedades *off shore*.¹ Si bien se trata de un intento de *moralizar la vida empresarial y el derecho*,² se estructuran soluciones que implican un exceso en el poder reglamentario de la autoridad de contralor.

Estudiaremos separadamente la fuente convencional y la interna en las cuestiones de constitución y actuación.

1 Incorporadas formalmente en el extranjero pero con actuación –y vida real– en el país.

2 López Tili, Alejandro, "Las sociedades extranjeras a la luz de las recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia", en *ED*, t. 205, pág. 981.

2. Constitución de sociedades en la fuente convencional

A) Tratado de Montevideo de 1889 (nos vincula sólo con Bolivia y Colombia)

El art. 4 del Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 somete a las sociedades comerciales a la ley del domicilio comercial, el contrato social (su forma, relaciones entre socios, y entre sociedad y terceros).

No define domicilio, pero el art. 2 habla de *asiento de negocios*.

Es un contacto poco localizador y se encuentra librado a la interpretación judicial: debería entenderse el lugar donde se *deciden los negocios*.¹

¹ Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, pág. 307; Kaller de Orchansky, Berta. "Las Sociedades Comerciales en el Derecho Internacional Privado Argentino", en *LL t.* 147, pág. 1.205, quien nos recuerda: "Reunido el Segundo Congreso Sudamericano, en la primera etapa de las sesiones en 1939, para determinar el domicilio comercial se distinguía según se tratara de una persona física o sociedad mercantil. En el primer caso, el domicilio comercial se determinó por el lugar del asiento principal de sus negocios y en el segundo –sociedad mercantil– por el lugar donde funciona su dirección principal. La delegación uruguaya sostuvo un criterio unitario: tanto para las personas físicas como para las sociedades, el domicilio debiera ser el lugar don-

de tuvieran el asiento principal de sus negocios". En el informe del relator Luis A. Argañá se expresa: "Supóngase el caso de una sociedad anónima constituida en la República Argentina donde funciona su directorio con el objeto de dedicarse a la construcción de obras sanitarias. En cumplimiento de su cometido dicha sociedad construye, simultáneamente, obras de igual importancia en el Paraguay, Uruguay, Perú y Chile: ¿Cuál será el lugar de su domicilio?". También reprodujo el argumento del profesor Vico: "En una compañía cuyo objeto sea la pesca en alta mar, o el tendido de un cable submarino o la construcción de una línea férrea internacional, ¿cuál será el lugar de explotación de esa empresa? Someterla a la ley del lugar de explotación importaría dejarla sin ley".

B) Tratado de Montevideo de 1940
(los Estados ratificantes lo son también de la CIDIP II - 1979)

El art. 6 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre somete a las sociedades comerciales en lo referente al contrato social a la ley del *domicilio comercial* (la calidad del contrato, el contenido, las relaciones entre los socios, entre éstos y la sociedad y entre la sociedad y terceros. La forma rige por la *lex loci* y la publicidad *por la ley de cada Estado*).

Define el domicilio comercial como el lugar del *asiento principal de los negocios* (art. 3).

Se trata de un contacto poco localizador; la Dra. Argúas, asesora de la delegación argentina, criticaba esta fórmula poco precisa y dependiente de la interpretación de cada país.²

En cualquier caso, la definición debe ser precisa, evidente y no equívoca: fue propuesta en doctrina una interpretación más localizadora, el lugar donde se *deciden los negocios*, donde se gobierna la sociedad.³

C) Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles -CIDIP II- Montevideo, 1979
(Argentina, Brasil, Guatemala, Uruguay, Paraguay, Perú, Venezuela, México)

Esta convención ha sustituido al Tratado de Montevideo de 1940 en razón de que fue ratificado por Argentina, Uruguay y Paraguay. Se ha transformado en un instrumento de sumo interés para el proceso de integración regional Mercosur a raíz de las ratificaciones que ha logrado.

El ámbito de aplicación previsto por la propia convención es la constitución de sociedades en cualquiera de los Estados parte (art. 1).

Establece una norma de conflicto general para determinar la ley personal de las sociedades constituidas en cualquiera de los Estados parte: ésta es la ley del *lugar de constitución* que rige la existencia, capacidad, funcionamiento, disolución de las mismas (art. 2).

2 Ver *Memorandum de la Doctora Margarita Argúas*, publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Buenos Aires, 1940, pág. 273. La República Argentina propuso la fórmula sede social: administración o dirección principal; ver Kaller de Orchansky, ob. cit., pág. 1.205.

3 Boggiano, ob. cit.; Kaller de Orchansky, ob. cit. Para esta prestigiosa autora: "Es el lugar donde

funciona el directorio de la sociedad donde debe buscarse su domicilio, pues es allí donde se resuelven las cuestiones atinentes a la existencia misma de la sociedad; es allí donde se conciben y preparan todos los planes; es allí de donde parten todas las órdenes y a donde debe rendirse cuenta de toda la actividad desarrollada".

Dentro de la sistemática de la CIDIP debe entenderse por "ley" el "uso jurídico" del tal lugar.⁴

Esta calificación nos conduce al lugar donde la sociedad *adquiere la personalidad jurídica* y ese sistema, a su vez, *regulará la exigencia de establecimiento de sede real y efectiva en tal Estado*.

Es una solución de equilibrio: si no se exige en ese Estado sede efectiva, ella sólo podría eventualmente situarse en otro país que comulgue con el sistema *angloamericano o de la incorporación*, en razón de que "la sociedad constituida en un Estado que pretenda establecer la *sede efectiva* de su administración central en otro Estado *puede ser obligada a cumplir con los requisitos establecidos en este último*" (art. 5).

Con lo que se pretende *flexibilizar* el principio de la incorporación como rector de la ley personal, brindando una solución de *transacción* para la adecuada localización de la sociedad, tutelando el interés de aquellos sistemas como el argentino, que persiguen la aplicación de sus normas societarias, cuando la sociedad tenga vida real *exclusiva e inequívocamente* en el territorio argentino.⁵

La Convención no soluciona el problema de la *múltiple constitución*, aunque sólo se podría generar de ser ratificada la Convención por cualquier país que adopte el sistema anglosajón o de la incorporación (como por ejemplo EEUU).

La sociedad creada en un sistema angloamericano, al trasladar su sede a un país del sistema continental, y exigírsela la reconstitución, mientras no se cancele la anterior registración, se encuentra sujeta a dos leyes personales.

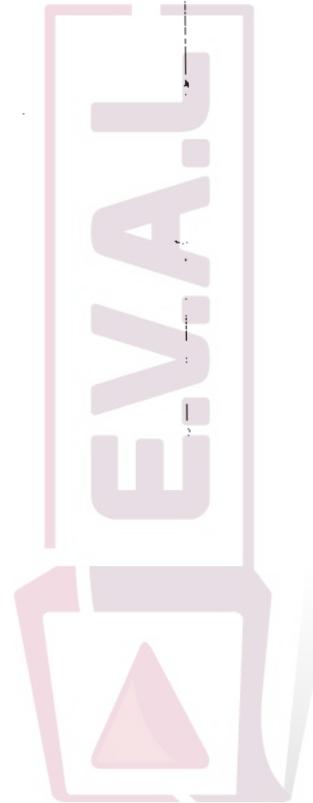
Solución propuesta a este problema es la agrupación de puntos de contacto,⁶ aunque tal propuesta de agrupación favorece el contacto de la sede.

4 Ver art. 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de la CIDIP II - Montevideo 1979; esto es, la referencia obligada a la probable y completa sentencia del juez o la autoridad extranjera: "...tal cual como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable". Ver Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 4ª edic., 1982, pág. 142; Boggiano, ob. cit., pág. 211.

5 Como veremos, el art. 124 LS, cualquiera sea el lugar de constitución, cuando se concreten sus conexiones -sede o centro de explotación exclusivo argentino-, situación en la que rige, inexorablemente, el art. 124 LS.

6 Morris, *Conflicts of Law*, 2ª edición, 1980; y del mismo autor "The proper law of the Tort", *Harvard Law Review*, 1951, pág. 881, que, según él, nos puede llevar a encontrar un punto decisivo. Respecto de este problema, la solución la encontramos en el "Derecho del lugar de Constitución, donde se localice la sede real, o sea los órganos de decisión efectiva"; conf. Boggiano, ob. cit., pág. 538, persiguiendo así también el principio de efectividad.

3. Constitución de la sociedad en la fuente interna



3.1. La ley personal de las sociedades comerciales es la ley del "lugar de constitución" –118, 1ª parte LS–, la que es desplazada por la "sede real argentina" o "centro de explotación exclusivo argentino" –124 LS–

3.1.1. La norma de conflicto: calificación del lugar de constitución (art. 118, 1ª parte LS)

La calificación del punto de conexión de la norma de conflicto nos coloca frente al problema más general de hacer funcionar la norma en forma adecuada, teniendo en cuenta el carácter internacional de la misma y la existencia de dos sistemas distintos: el de la sede o continental y el de la incorporación o anglosajón.

En el Derecho Internacional Privado, ante a la posibilidad de inclinarse a definir "lugar de constitución" –por uno u otro sistema y en forma apriorística–, es preferible la adopción de un criterio *flexible*, que nos permita focalizar armoniosamente la sociedad teniendo en cuenta los sistemas jurídicos con los cuales la sociedad realmente se vincula.¹

Es preciso adoptar la calificación autárquica, del art. 2 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles –CIDIP II– Montevideo 1979, que define la ley del lugar de constitución como el "Estado donde se cumplan los requisitos de fondo y forma para la creación de dichas sociedades".

¹ Boggiano, ob. cit., págs. 514-522, quien propone el sistema constitucionista como la que propone Kaller una calificación autárquica relativa del "lugar de constitución", apartándose de una calificación basada en de Orchansky, ob. cit., t. 147, pág. 1.206.

Se entiende por "ley" el "uso jurídico" de aquel lugar.² Es allí donde adquiere la personalidad jurídica societaria, y en ese sistema se verificará la exigencia de establecimiento de la sede real y efectiva (sistema continental o europeo) o, por el contrario, la no exigencia de la misma (sistema anglosajón).

3.1.2. La norma de conflicto: ámbito material: existencia y forma –art. 118, 1ª parte LS– capacidad, funcionamiento y disolución –art. 2 CIDIP II cit.–

La norma de conflicto societaria regula la existencia y forma, y nada dice respecto de otros problemas como la validez del acto constitutivo, la capacidad, etc.

No obstante, esto se puede salvar recurriendo analógicamente a la CIDIP II 1979, que contempla en forma expresa –en el tipo legal de la norma de conflicto– también las cuestiones de capacidad, funcionamiento y disolución. Es un razonamiento adecuado para llenar el vacío de tipo legal de la norma de conflicto del art. 118 1ª parte LS.

Tal solución cuenta con el respaldo lógico-sistemático: la existencia como persona jurídica presupone lógicamente un acto constitutivo válido. Éste requiere la expresión del objeto y, a su vez, el mismo es la medida de la capacidad, por lo que ambas cuestiones deben ser sometidas a la misma ley personal.³

Correspondería entonces localizar la sociedad teniendo en cuenta el uso jurídico⁴ de la autoridad del lugar donde se cumplieron los recaudos de fondo y forma para el nacimiento de la misma, lo que coincidirá normalmente con el lugar de registro.

Esta remisión da lugar a la posibilidad de localizar la sociedad con un criterio amplio; y a partir de una flexibilización necesaria, en la interpretación de los términos de la norma de conflicto. Ello da lugar al reenvío cuando sea procedente, en aras de lograr la armonía internacional de soluciones, fundamento último y razón de ser de este instituto.⁵

2 Ver el art. 2º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de la CIDIP II - Montevideo 1979; esto es: "tal cual como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable".

3 Ver para esta propuesta de interpretación intrasistematizada Boggiano, ob. cit.: pág. 517.

4 Conforme al citado art. 2º de la CIDIP II - 1979 sobre Normas Generales.

5 Conforme a autores que justifican el reenvío de primer y segundo grados en el principio de armonía internacional de soluciones, ver el curso de La Haya de

Raape, Léo, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et nouveaux problèmes du droit international privé", *RCDI II (Recueil des Cours-Académie de Droit International de La Haye)*, vol. 50, 1934, pág. 413; Maury, J-Dérrupé, J "Le renvoi", en *Jurisclasser de droit International*, 532 A, 1962, págs. 548-549, reconociendo así gran valor práctico al reenvío; Rigaux, François, *Derecho Internacional Privado*, parte general, Civitas SA, Madrid, 1985, pág. 307; Toniollo, Javier A., *Las personas humanas en el Derecho Internacional Privado*, FCJS - UNL, 1993, págs. 52 y ss.

3.1.3. La norma de policía del art. 124 LS: exclusión del derecho del lugar de constitución por el Derecho Societario argentino

No caben dudas de que el art. 124 LS, como típica norma de policía, despiaza al art. 118, 1ª parte de la LS, cuando operan las conexiones previstas en la propia norma.

Como toda norma de policía, sus términos se interpretan restrictivamente y definen de acuerdo con la *lex fori*.⁶

Sin embargo, cabe destacar que su formulación es imprecisa, por lo que requiere de una ardua tarea interpretativa debido a las graves consecuencias que trae aparejadas su aplicación. Es menester entonces despejar cualquier tipo de dudas que se generen al respecto.

3.1.3.1. Interpretación del término "sede"

En primer lugar, es preciso aclarar este término.

El concepto de "sede" fue criticado desde la doctrina comercialista por la falta de precisión que éste implica.⁷

Así, esto nos lleva inexorablemente a una subdivisión con tres criterios civilistas:

- a) lugar donde se otorgó la autorización (art. 90 inc. 3, Código Civil);
- b) lugar donde se hallare o funcionare su dirección principal (art. 44 y 90 Inc. 3 CC);
- c) lugar donde funciona su administración principal (art. 44 CC).

Pese a la vaguedad que implica el término sede, para lograr una interpretación acorde con el sentido del texto del art. 124 LS es preciso buscar la *sede real*, esto es "el asiento principal de sus negocios",⁸ prescindiendo de la calificación del domicilio estatutario,⁹ que podría implicar la creación de un domicilio aparente por parte de las autoridades intervinientes en la constitución.¹⁰

Hay que entender el centro de administración o dirección principal de la sociedad, cualquiera sea el domicilio estatutario.¹¹

La Resolución 7/2003 de la Inspección General de Justicia pareciera inclinarse por "el centro efectivo de dirección o administración general de la sociedad".¹²

6 Boggiano, ob. cit., pág. 523.

7 Roca, E., "Orientación en el confuso campo de la Sociedad Extranjera no Inscripta", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Cuizoni, 2003-1, pág. 47; Le Pera, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, Astrea, 1979, pág. 222.

8 Confr. art. 89 CC.

9 Confr. art. 90 inc. 3 CC.

10 Boggiano, ob. cit., pág. 524; Le Pera, ob. cit., pág. 222; Polak, Federico Gabriel, *La empresa extranjera*, Abaco, 2003, pág. 110.

11 Confr. Boggiano, ob. cit.

12 Art. 5, inc. 3º, Resolución 7/2003.

No obstante, se ha destacado en la doctrina que en el caso de sociedades *holding* o *inversoras*, la titularidad de inversores extranjeros y las concretas deliberaciones celebradas por éstos hacen que la sede se aposente en el exterior.¹³

3.1.3.2. Interpretación de la expresión "principal objeto destinado a cumplirse en la República"

La conexión "principal objeto destinado a cumplirse en la República" genera muchos interrogantes interpretativos por su vaguedad e imprecisión.

El objeto de una sociedad no puede ser calificado como principal ni accesorio, sino que jurídicamente es único y delimita por igual la capacidad de la sociedad. Ahora bien, el cumplimiento del objeto –que se realiza a través de un centro de explotación– puede ser principal respecto de otro no principal o accesorio.¹⁴

Si se mantiene en el texto de la ley la palabra *principal* pueden aparecer las siguientes consecuencias negativas.

a) Se produce una *expansión* del ámbito de aplicación de la norma del art. 124 LS, que es de policía, en desmedro de la norma material del art. 118, 3ª parte, LS.¹⁵ La interpretación de las normas de policía, por las consecuencias que produce,¹⁶ es siempre restrictiva: cuando al intérprete se le genera una duda razonable sobre su aplicabilidad, se entiende que no se aplica.

Las incongruencias sistemáticas deben evitarse: frente a la existencia de una norma material de Derecho Internacional Privado, que pueda ser sofocada en su funcionamiento por una norma de policía, el intérprete debe forzarse por producir

13 Ver en este sentido las observaciones de Erize. Luis Alberto, "Las Sociedades extranjeras: nuevos requisitos para el ejercicio de los derechos de los inversores", en *Revista La Ley* del 21/10/03, pág. 3.

14 Para el desarrollo de este tema se siguen los lineamientos de Boggiano, ob. cit., págs. 524 y ss.

15 Se trata de normas con objetivos y fundadas en métodos diferentes en el Derecho Internacional Privado. La norma de policía se basa en el orden público internacional argentino, por lo que la cohesión y homogeneidad de soluciones con el Derecho del foro se imponen (ver Carrillo Saicedo, J. A., *Derecho Internacional Privado*, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1983, pág. 99. Para este autor, esta clase de normas de Derecho interno, de aplicación necesaria a los casos

iusprivaristas internacionales, deben interpretarse restrictivamente para evitar el absolutismo del foro, pág. 312). La norma material, por el contrario, parte del respeto a la internacionalidad de la situación y constituye una respuesta especial (en contraposición al Derecho común) a las exigencias y necesidades del comercio internacional; aunque, valga la aclaración, estas consideraciones se hacen desde el punto de vista del ordenamiento jurídico del foro (ver autor y ob. cit., pág. 118).

16 Además, se trata de una norma especial del sistema que remite al Derecho del foro por motivos de orden público internacional, desconociendo los elementos de extranjería que presenta el caso.

una interpretación de esta última, procurando restringir su ámbito de aplicación hasta tornar el sistema hacia la coherencia sistemática.¹⁷

b) Las consecuencias rigurosas de la aplicación de la norma de policía del art. 124 LS,¹⁸ unidas a la necesidad de investigar y probar en un litigio las explotaciones que la sociedad tenga en el extranjero para evaluar si la principal es la argentina – y sólo con el objeto de definir si se aplica el derecho del lugar de constitución o la *lex fori*– podrían arruinar la seguridad jurídica¹⁹ y lesionar o dificultar el principio de defensa en juicio (art. 18 CN).²⁰

Son dos argumentos sistemáticos de peso para sostener que el centro de explotación en el país debe ser *exclusivo* y no principal como establece la norma.

3.1.3.3. Incidencia de las resoluciones de la Inspección General de Justicia sobre las normas de Derecho Internacional Privado societario

a) La Resolución 7/2003 pareciera enrolarse en tal concepción del art. 124 LS cuando exige –para que se configure la aplicación de la misma– la circunstancia de que la sociedad constituida en el extranjero "carezca de activos en el exterior".²¹

En este sentido, también se apuntan las exigencias previstas en el art. 1º inc. 2º a, b, c, de la citada Resolución 7, que son requeridas a sociedades constituidas en el extranjero que soliciten la inscripción de acuerdo con los arts. 118 3ª parte y 123 de la LS. Deben manifestar si existen "otras agencias, sucursales o representaciones permanentes" u otras "participaciones en sociedades" o "activos fijos en el lugar de origen", todos en el exterior.

Esta exigencia ha sido criticada por constituir un exceso en la potestad reglamentaria, imponiendo requisitos no previstos en la ley sustancial.²²

17 Debemos cuidar que una norma policía no vacíe de contenido las otras normas del sistema de Derecho Internacional Privado.

18 Veremos las consecuencias que podría generarle a una sociedad encontrarse incurso en la norma del art. 124 LS.

19 En razón de lo expresado en la nota anterior, durante el tiempo que dure el proceso de conocimiento, los terceros contratantes no sabrían a ciencia cierta con quién están contratando.

20 Boggiano, ob. cit., p. 527. Tiene que probar una pesada carga probatoria, con diligencias penales a

producir en el extranjero y con resultados que pueden ser preestablecidos (como por ejemplo la contabilidad), lo que implica tiempo y costos tal vez excesivos, cuando no inútiles.

21 En el inciso 1º del art. 5º.

22 Ver críticas: Fortín, Pablo, "Las resoluciones 7 y 8 de la Inspección General de Justicia", en *Revista La Ley*, número especial "Revista sobre sociedades extranjeras. Resoluciones 7 y 8 de la I.G.J.", noviembre de 2003; Monteleone Lanfranco, Alejandro, "Breve Glosa a la resolución 7/2003 de la Inspección General de Justicia", en *LL* del 24 de diciembre de 2003, pág. 7.

Sin embargo, éstos son exigidos en las presentaciones con la finalidad de encasillar normativamente a la sociedad constituida en el extranjero. De tal modo que, si no se pueden acreditar los extremos requeridos en esta norma,²³ la sociedad se encuadraría en el art. 124 LS y su inscripción y actuación, entonces, excederían el ámbito normal de los arts. 118 3º parte y 123 LS.²⁴

b) Lo que concebimos inconveniente²⁵ es el inc. 2º del art. 5 de la citada Resolución 7/2003, que exige a la sociedad constituida en el extranjero "la adecuación de los estatutos o contratos a las disposiciones de la ley 19.550 en los términos del art. 124..." cuando "el valor de los activos no corrientes en el exterior carece comparativamente de significación respecto al valor de su participación en la sociedad o sociedades locales y/o el de los bienes existentes en el país o respecto de la magnitud de las operaciones informadas en cumplimiento de la Resolución General N° 1375 y sus complementarias de la Administración Federal de Ingresos Públicos..."

¿Cuál será esa *carencia comparativa de significación* de activos no corrientes a que hace referencia la norma?²⁶

Esta exigencia siembra inseguridad en el interpretación de la segunda de las conexiones en cuestión del art. 124 LS, lo que ha sido advertido y criticado por la doctrina.²⁷ Este aspecto de la resolución lo consideramos excesivo, y su supresión podría contribuir a una interpretación de la norma del art. 124 en su correcto ámbito, no invadiendo las otras normas del Derecho Internacional Privado societario.²⁸

Todo dependerá de una comparación²⁹ que efectuarán autoridades administrativas y, con posterioridad, también las judiciales en un proceso de conocimiento³⁰ con la incertidumbre de su resultado y las graves consecuencias que trae aparejadas la aplicación de esta norma para la sociedad constituida en el extranjero. La exigencia de seguridad jurídica se agudiza en la tarea interpretativa de esa norma de policía del Derecho Internacional Privado.

En razón de ello, se impone la *exclusividad* en la explotación para la aplicación del art. 124 LS, dejando abierto el campo de aplicación al art. 118 3º parte LS. No

23 O sea el art. 1 inc. 2, a, b, c de la citada resolución 7/2003.

24 Ver también en este sentido Díaz Robredo, Fabián, "Sociedades Extranjeras. Resoluciones 7 y 8 de la IGJ", en LL del 30 de enero de 2004, pág. 2.

25 Por apartarse de la interpretación que estimamos correcta del art. 124 LS.

26 ¿El 5, el 10, o el 15%? ¿O aun el 20 o el 30%?

27 Nos hemos ocupado en el punto anterior.

28 Que es la norma material relativa a la actuación permanente. No se debe olvidar que, por la distinta

finalidad de las normas de Derecho Internacional Privado en cuestión, la sucursal o representación permanente implica un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de la sociedad regida por el Derecho extranjero, mientras que la sociedad incurso en el art. 124 LS es virtualmente "castigada", puesto que se deja de aplicar el Derecho extranjero del lugar de constitución para dar lugar a la aplicación del Derecho argentino.

29 Sin parámetros de valores.

30 Que puede ser dilatado en el tiempo.

encuentro demasiado sentido a la amenaza de aplicación de la norma de policía argentina montada a partir de criterios vagos e indeterminados que, por otro lado, es impuesta al momento en que la sociedad extranjera solicita la inscripción a otros fines normativos o cuando ya se encuentra inscrita.

De modo que cobraría más sentido la interpretación propuesta en orden a la existencia de exclusividad del centro de explotación en la Argentina, para lo cual sólo bastaría con demostrar la existencia de activos en el exterior u otras sucursales o agencias.

Por otra parte, en este caso, si se le exige el cumplimiento del art. 118, 3ª parte LS, también existe instancia de contralor administrativo de la actividad local de la sucursal desplegada por la sociedad constituida en el extranjero, sin colapsar el sistema de normas de Derecho Internacional Privado societario.³¹

c) La exigencia en orden a informar las restricciones o prohibiciones legales para desarrollar actividades en el lugar de origen de la sociedad³² proviene de los Estados Unidos.³³ Resulta de suma importancia la publicidad de las limitaciones al ejercicio de su capacidad de actuación.³⁴ No obstante, destacamos que las incapacidades generadas por la ley del lugar donde la sociedad se constituye (*lex societatis*) siempre pueden tener efecto en el lugar donde quiera desarrollar su actividad. Además, si se trata de un país que cuenta con una norma similar a la del art. 124 LS, debería reconstituirse o adaptarse. Si cuenta con otras explotaciones en otros países distintos y la sociedad se encuentra, entonces, incurso en el art. 118, 3ª parte LS, también tendría problemas para que se le reconozca la capacidad bajo esa ley. Por lo que el efecto práctico sería que tal sociedad constituida en el extranjero siempre intente la adecuación y adquisición de la personalidad jurídica bajo la ley del lugar de actuación.

Pero si existen algunas restricciones o prohibiciones para desarrollar actividades en el lugar de origen, ello no implica que la sociedad tenga su actividad exclu-

31 Ésta es la consecuencia práctica que se encuentra a la vista: la sociedad extranjera igualmente se encuentra sometida al control administrativo de la gestión local, con total respeto de su extranjería y asegurando la aplicabilidad de las normas de policía relativas a la responsabilidad de los administradores.

32 Confr. art. 1 inc. 1º de la Resolución N° 7/2003.

33 Díaz Robredo, ob. cit., pág. 1, con cita de Vagts, Detley F., *Transnacional Business Problems University Casebook Series*, The Foundation Press inc., 1986, pág. 103; recuerda que en el Estado de Maine de los EEUU, en su artículo 13, *Maine Business Corporations Act*, en el capítulo 12 de empresas extranjeras, la

empresa extranjera no sólo debe llevar la autorización del país en que fue constituida la sociedad sino que dicha autorización en los EEUU también ha de durar hasta que la autorización del registro de origen o de constitución dé término. En dicho Estado, además, debe presentar un certificado igual que el art. 1 inc. 1 de la resolución 7.

34 Aunque para nuestro sistema de Derecho Privado Societario es bastante difícil de concebir que una sociedad que se pueda constituir legítimamente en un país, sin poder explotar la totalidad de su objeto en el lugar de constitución, deba hacerlo en el exterior.

siva en el país y se constituya en fraude a la ley argentina. Como se ha sostenido, la correcta interpretación del art. 124 LS debe hacer referencia a la *actividad exclusiva* en el país de la sociedad constituida en el extranjero.³⁵

d) Lo que genera también reparos es el art. 4º de la resolución, que obliga a cumplir con recaudos relativos a la contabilidad de la que resulte la composición de los activos en el exterior y agregando cuestiones tributarias, todo lo cual excede las exigencias de la normativa sustancial del Derecho Internacional Privado societario.³⁶

En realidad, lo que ha introducido la Resolución 7/2003 es una suerte de establecimiento de la carga probatoria con la finalidad de producir un encuadre normativo, sobre la sociedad constituida en el extranjero, que tiende a demostrar, *prima facie*, que no se encuentra incurso entre las hipótesis de aplicación del art. 124 LS. Este extremo probatorio antes pesaba sobre quien invocaba la aplicación de la citada norma; hoy, la resolución desplaza esa carga hacia la sociedad constituida en el extranjero cuando pretenda la inscripción por los arts. 123 o 118 3ª parte LS.

Además, el art. 3º de la Resolución 7/2003 exige a las sucursales, agencias o representaciones permanentes de sociedades ya inscriptas,³⁷ la presentación de certificación de activos sociales, discriminados en corrientes y no corrientes, situados fuera del país. Ello puede ser dispensado, si se acredita, por otros elementos, actividad principal de la sociedad extranjera en el exterior. Si bien este último recaudo implica una exigencia no contenida en nuestras normas de derecho Internacional Privado Societario argentino,³⁸ se ha estimado que la presentación de la certificación en cuestión es perfectamente válida frente a las atribuciones de la Inspección General de Justicia.³⁹

Ahora bien, interpretando el art. 124 LS exigiendo exclusividad a la explotación argentina, debería bastar con demostrar que la sociedad constituida en el extranjero tiene actividad en el extranjero, sin importar la calificación que pudiere establecer la Inspección General de Justicia a la misma.

Se trata, sin duda, de una desafortunada interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado argentino por parte de la autoridad de control.

3.1.3.4. Precisiones acerca de la falta de inscripción

La doctrina se ha dividido notoriamente acerca de las consecuencias de la falta de inscripción de la sociedad incurso en el art. 124 LS.

a) Sociedad irregular

Es la postura sostenida por algunos autores en el sentido de que la sociedad extranjera que no se ha inscripto en la República es irregular, sujeta al régimen de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550.⁴⁰

Naturalmente, al hablar de irregularidad tal pretensión se encuentra, en principio, circunscripta al territorio argentino.⁴¹

b) Supuesto de inoponibilidad relativa

La postura de Manóvil se basa en que la falta de sanción específica para el incumplimiento de las inscripciones hace que la única consecuencia que se puede predicar es la de todo régimen de registración no cumplido, esto es, la inoponibilidad hacia terceros de la existencia de la sociedad, salvo prueba específica producida por la misma que acredite su existencia.⁴²

c) Inoponibilidad absoluta

La postura de Nissen es que la falta de inscripción determina la ininvocabilidad de la existencia de la sociedad en la República, lo que significa la falta de legitimación para reclamar los derechos y las obligaciones de los contratos celebrados por ella.⁴³

d) Críticas

Estas posturas de la inoponibilidad han sido criticadas con razón. Este instituto apunta hacia situaciones jurídicas donde el acto es plenamente válido entre partes y deviene en ineficaz para terceros, a los que –por el principio de los efectos relativos del contrato en virtud del art. 1195 CC o por los casos que la *ley expresamente determina*– la disposición no puede alcanzar o afectar.⁴⁴ La tesis de la inoponibilidad

40 Zaldivar (editor), *Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina*, 1972, págs. 88 y ss.; Rovira, Alfredo L., "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República" LL, t. 155, pág. 64; Kaller de Orhansky, ob. cit., pág. 1.210; Boggiano, ob. cit., págs. 534-535, con algunos atenuantes: cambio de sede serio. "El artículo 124 debe ser considerado como una norma especial de cambio de estatuto e interpretado conforme a su fin de adaptación societaria. En efecto: mientras la sociedad constituida en el extranjero no cumple con las formalidades de constitución en el país sólo se le reconoce –la personalidad jurídica– a los fines de estar en juicio y realizar actos aislados, págs. 570-571.

41 Favier Dubois (h.), *Derecho Societario Registral*, pág. 208; Roca, ob. cit., pág. 56. Se trata sin duda del análisis de las posibilidades de reconocimiento y de ejecución de sentencias en el extranjero. El carácter territorial o no de la solución dependerá exclusivamente de las posibilidades que pudieran existir en tal sentido.

42 Ver "Sociedades Extranjeras en la Argentina: Algunas cuestiones", en la obra *Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, coord. Jan. Kleinheisterkamp y Gonzalo Lorenzo Iriarte, pág. 337.

43 Ver "Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República", ED, págs. 117-862.

44 Tal como sucede en los arts. 58 y 125 LS.

35 Con lo que a la norma del art. 1 inc. 1 de la citada resolución tiene más sentido conjugarla con el art. 118, 2ª y 3ª partes LS más que con la de art. 124 LS.

36 Monteleone Lanfranco, ob. cit., pág. 7.

37 Conforme al art. 118, 3ª parte, LS.

38 Que no juzga sobre el carácter que debe tener la actividad en el extranjero sino sólo en la Argentina.

39 Díaz Robredo, ob. cit., pág. 2.

ocasiona mayores perjuicios que la irregularidad, pues la sociedad irregular puede ejercer derechos emergentes de los contratos celebrados (art. 23 LS).⁴⁵

Ha sido criticada porque cualquier pretensión de que los contratos celebrados sean inejecutables violaría derechos protegidos por la Constitución Nacional.⁴⁶

Asimismo, en esta línea de críticas, ha sostenido Roca que no puede confundirse inscripción con autorización para actuar en la República: esta última es acordada por la Constitución Nacional. La sociedad extranjera puede actuar en el país en forma regular o irregular, pero no según el régimen de los arts. 21 a 26 LS sino con los efectos del régimen que distingue entre el comerciante inscripto y el no inscripto, prescrito por los arts. 1° a 7°, 25 a 32 y por todo el articulado del Título II del Código de Comercio. Con lo que el representante de la sociedad constituida en el extranjero no podrá prevalerse de las limitaciones de su responsabilidad y será responsable personalmente (arts. 21, 23, 59, 274).⁴⁷ No convencen las soluciones propiciadas por este autor. No es lo mismo la falta de inscripción prevista por el art. 124 LS que la de los artículos 123 y 118, 3ª parte LS.

Si aquélla considera a la sociedad como "local" es por que prevé –como norma de policía– el desplazamiento del art. 118, 1ª parte LS, esto es la ley del lugar de constitución, aplicando entonces la ley argentina: colocándola en la necesidad de cumplir con la registración. La falta de inscripción en el registro no puede ser otra que la de considerarla irregular de acuerdo con los arts. 21 a 26 LS.⁴⁸ Sostener lo contrario sería otorgarle un privilegio a las sociedades extranjeras incursas en el art. 124 LS, que no tienen las argentinas en las mismas condiciones,⁴⁹ violando el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Por otra parte, es preciso destacar que el art. 124 LS es una norma de policía del Derecho Internacional Privado argentino, con fundamento en el Fraude a la ley, en razón de que la sociedad busca la aplicación de la ley extranjera cuando tiene vida real en el país. La propia norma manda a aplicar el derecho argentino evadido. No se necesita recurrir a la institución del Fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado, ni al punto más arduo de su teoría, que es la prueba del mismo.

45 Benseñor, Norberto, "Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la Personalidad Jurídica y Legitimación para actuar", *Revista La Ley*, "Sociedades Extranjeras Resoluciones 7 y 8 IGJ", edición especial de noviembre de 2003, págs. 20-21.

46 Benseñor, ob. cit., pág. 19.

47 Roca, ob. cit., págs. 45-46. Respecto de la norma del art. 124 LS, cita la opinión de Boggiano, ya recordada, en el sentido de que la sociedad incursa en

esa norma debe ser interpretada como norma de adaptación. Pero esto en la hipótesis de cambio de sede el extranjero a la Argentina en forma seria y no fraudulenta.

48 Ello no depende del lugar de constitución, sino del Derecho Societario argentino, puesto que la norma de policía manda su aplicación en forma exclusiva y excluyente de todo otro Derecho.

49 Es decir no inscriptas en el Registro.

Por el contrario, sólo basta con constatar la operatividad de las conexiones contenidas en la norma de policía y aplicar la *lex fori* en consecuencia.⁵⁰

Pero el rigor de la interpretación puede atenuarse cuando la sociedad constituida en el extranjero demuestre que no existe intención fraudulenta sino un traslado de sede serio, para lo cual puede bloquear la aplicación del art. 124 LS, y obtener así continuidad en la personalidad jurídica societaria.⁵¹

e) La falta de inscripción y la resolución de Inspección General de Justicia

El art. 5° de la Resolución 7/2003 establece que la Inspección General de Justicia puede requerir la adecuación de los estatutos o contrato a las disposiciones de la ley 19.550, en los términos del art. 124 del citado ordenamiento, si resultare configurado cualquiera de los supuestos contemplados en los incisos 1, 2, 3.

A su vez, el art. 6° de la Resolución 7/2003 dispone que el no cumplimiento de lo establecido en el art. 5°, dentro de los 180 días, faculta a la Inspección General de Justicia para solicitar por vía judicial la cancelación de la inscripción de la sociedad y en su caso la liquidación que pudiere proceder (arts. 8 de la ley 22.315 y 303 de la ley 19.550).⁵²

Esta norma ha sido criticada por la doctrina a raíz de que implica un exceso en las facultades sancionatorias, que además son "autoarrogadas": las únicas sanciones que puede imponer la Inspección a las Sociedades Extranjeras son las del art. 302 LS; esto es "apercibimiento", "apercibimiento con publicación" y "multa" a la sociedad, sus directores y síndicos.⁵³

En este orden, se ha destacado que la disolución y liquidación como sanciones existen en puntuales casos: "sólo se autoriza a requerir... al juez competente cuando se hubiese verificado alguno de los supuestos de disolución automática previstos por los incisos 2º, 3º, 4º, 5º, 8º y 9º del art. 94 LS. Mas ello en modo alguno encuentra fundamento en una potestad sancionatoria amplia, que vaya más allá de los casos taxativamente enumerados por el art. 302 de la LS".⁵⁴

50 Para el Fraude a la ley, ver art. 6º de la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que dice: "No se aplicará el derecho extranjero de un Estado parte cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quecará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas".

51 Boggiano, ob. cit., pág. 570.

52 Entiéndase la liquidación de los bienes de la gestión local.

53 Monteleone Lanfranco, ob. cit., pág. 7; López Tilli, Alejandro, "Las sociedades extranjeras a la luz de las recientes resoluciones de la Inspección General de Justicia", en *ED*, t. 205, pág. 973.

54 López Tilli, ob. cit., pág. 974. "Bien vale la pena recordar –continúa este autor– que no es la Inspección ni el juez quien disuelve, sino que la disolución se produce por imperio de la ley". En el mismo sentido, analizando la carencia de facultades, Monteleone Lanfranco, ob. cit., pág. 7.

La jurisprudencia se ha expedido, en un fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala C de fecha 27 de diciembre de 2002 en la causa "Great Brands Inc. s/Concurso preventivo", revocando una sentencia de primera instancia que denegaba la posibilidad de presentarse en concurso preventivo. En la citada causa se sostuvo que: "En el marco del art. 124 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales (Adla XLIV-B, 1319) la adecuación exigible a la Sociedad Constituida en el extranjero, salvo situaciones excepcionales como las de objeto o actividad manifiestamente ilícitos, no puede derivar en una privación de la personalidad jurídica o en una constitución 'ex novo' cuando se trata de una sociedad regularmente constituida conforme la ley donde fue creada, por lo que los requerimientos de adaptación deberán acotarse a los aspectos que concretamente pueden afectar derechos de terceros o comprometer el orden público".⁵⁵

Pareciera que el fallo contempla el art. 124 LS como una norma de adaptación societaria, desde que la sociedad incurso en el mismo "tiene la obligación o carga de adecuarse o adaptarse al Derecho Societario argentino, procediendo de acuerdo con los arts. 119 y 121 *in fine* LS. No parece ni necesario ni conveniente ir más allá".⁵⁶

Estimamos acertada la decisión, en el sentido de que no se le puede privar a una sociedad constituida en el extranjero de la personalidad jurídica para estar en juicio, pues ello hace al derecho fundamental de defensa.

Pero destacamos –por el contrario– que la norma de policía es la máxima expresión del orden público internacional del foro, por lo que debe interpretarse de forma tal que no se produzca el vaciamiento de su contenido privatístico.⁵⁷

Al parecer, para justificar la decisión de la Cámara deberíamos estimar que no existía fraude a la ley por parte de la sociedad constituida en el extranjero.

Los puntos que la Cámara tuvo en cuenta para ello pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) No es posible erigir una presunción de fraude para extraer conclusiones en esta materia, pues todo razonamiento basado en la posibilidad de fraude resulta poco idóneo para establecer principios generales.⁵⁸

55 Ver LL 2003 –C–, págs. 789 y ss. Se trataba de una sociedad constituida en las Islas Gaimán, cuyo único activo era el 99% del paquete accionario de una sociedad local, Havana SA. Su constitución data de diciembre de 1997 y había cumplimentado con la inscripción del art. 123 LS en el mes de enero de 1998.

56 Ob. cit., pág. 797.

57 Ver, por ejemplo, Boggiano, ob. cit., pág. 536, cuando advierte sobre otras posibilidades interpretativas del texto del art. 124. Se produciría un vaciamiento en el caso de que se interprete que la aplicación del Derecho argentino es exclusivo, *al menos in foro argentino los efectos de control a que alude el texto de la norma.*

58 Citando antecedente caso "INVAL SRL" del 30/09/81, en LL –D–, 1982, pág. 500.

2) Destaca que "el *iter* constitutivo" no supona *prima facie* un obrar fraudulento, desde que se constituye en diciembre de 1997 y se cumplimenta con el art. 123 LS en enero de 1998, con bastante antelación a la presentación de concurso preventivo.

3) No se percibe una afectación de terceros que dé pie a una intervención oficiosa del Tribunal como para impedir el concurso preventivo.

4) No se vislumbra afectación del orden público, en razón de haber cumplido la Sociedad con la carga de la inscripción del art. 123 LS.

5) Debe existir una declaración administrativa o judicial que establezca que una sociedad se encuentra en condiciones de este artículo (124 LS) y, a partir de esto –no antes–, debe surgir para ella la obligación de constituirse según las formalidades de la ley nacional, y someterla así al contralor de funcionamiento de sus autoridades.

Es decir, que esa carga y sus consecuencias no operarían automática ni retroactivamente, sino para el futuro, y a partir de la declaración de que se dan las condiciones del artículo.⁵⁹

No caben dudas de que la norma de policía en cuestión está dirigida al Fraude a la ley por el ejercicio *directo*, por parte de la sociedad constituida en el extranjero, en el país. Ahora bien, es más difícil justificar la pretensión de extenderla también al ejercicio *indirecto* realizado exclusivamente en el país.

Sólo a partir de entender que este último –*ejercicio indirecto fraudulento*– queda afuera del ámbito de aplicación de la norma del art. 124 LS. En este caso, comenzaría a ser válido el razonamiento de la Cámara en orden al Instituto del Fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado.

En suma, entendamos que este razonamiento podría hacerse jugar sólo en el caso de una conclusión negativa en orden a la existencia de Fraude a la ley en cualquiera de las siguientes hipótesis: 1) si se entiende aplicable el art. 124 LS a la actuación indirecta fraudulenta, se genera una presunción que exige a la sociedad extranjera la demostración de la ausencia de fraude;⁶⁰ 2) si se entendiera que el art. 124 LS no se aplica a este ejercicio indirecto, al fraude debería sin más probarse cuando exista el ejercicio *indirecto* exclusivamente realizado en el país.⁶¹

59 La Pera, ob. cit., págs. 223-224. Sin duda, este último es un argumento de peso para la aplicación del artículo 124 LS, más aún en el caso del ejercicio *indirecto* y *fraudulento*.

60 En este caso, la sociedad constituida en el extranjero debe producir la prueba para evitar la aplicación del art. 124 LS. Se debería demostrar que las participaciones implican un simple negocio de inversión –

socio inversor– y no de un socio que tiene la intención de ejercer derechos sociales –socio accionista. 61 Es una consecuencia lógica de la interpretación restrictiva la no aplicación de la norma del art. 124 LS a la actuación indirecta. Pero ello no impide, desde luego, la prueba del Fraude a la ley como institución general del Derecho Internacional Privado.

Cuando exista el fraude en cualquiera de las dos modalidades,⁶² surgiría entonces la necesidad de que la sociedad constituida en el extranjero, única accionista o socia de la local, proceda a la adaptación e inscripción de acuerdo con el Derecho Societario argentino.

3.2. Constitución de sociedad en la República o tomar participación relevante en una sociedad argentina: exigencias de identificación e inscripción. La norma material del art. 123 LS

3.2.1. La norma material: constitución de sociedad (fusión o escisión)

La sociedad extranjera, en principio, regida por su ley personal, puede constituir sociedad en la República cumpliendo los recaudos materiales previstos por el art. 123 LS.

No necesita reconstituirse en el país, sino que sólo debe cumplir con recaudos para su "identificación": justificando su constitución de acuerdo a la ley extranjera vigente en ese país e inscribiendo el contrato social, reformas y documentación habilitante, como así también el poder de sus representantes, apoderados especiales para tal acto.

Tal norma material se agota en el acto constitutivo, a raíz de la publicidad de la inscripción⁶³ los terceros se encuentran en condiciones de conocer, por ejemplo, la sociedad matriz extranjera que constituyó filial en el país.

3.2.2. La norma material: participación en una sociedad argentina constituida

3.2.2.1. Precisiones sobre la aplicabilidad de la norma

Esta norma se aplica a las participaciones que adquiera la sociedad extranjera en una sociedad argentina debidamente constituida.⁶⁴

Para su adecuada aplicación es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones.

a) Prestigiosa doctrina distingue entre accionista "inversionista" y "socio",⁶⁵ quedando excluidas del ámbito del art. 123 LS las compras como mera inversión especulativa. La compra debe determinar la aplicación de los arts. 31 a 33 LS.

62 Por entender aplicable el art. 124 LS y no haber probado la sociedad constituida en el extranjero la ausencia de fraude; o por entenderlo inaplicable pero existiendo prueba del fraude a la ley.

63 En el Registro Público de Comercio y de Sociedades por Acciones en su caso.

64 Boggiano, ob. cit., pág. 564; Manóvil, ob. cit., pág. 333; causas: "Parker Hannifin Argentina SA", C.

Com. Sala B, en LL -C-, 1977, pág. 595; "Squibb SA", C. Com., Sala D, en JA III, 1979, pág. 400; "Saab-Scania SA", C. Com. Sala D, en LL -C-, 1978, pág. 523.

65 Halperín, I., *Curso de Derecho Comercial*, Depalma, 1972, pág. 300; Le Pera, ob. cit., pág. 227.

b) Deben distinguirse dos situaciones: una producida por el movimiento de capital originado en la compraventa de acciones y, otra muy distinta, la que crea la participación del accionista en la asamblea de la sociedad, con facultad decisoria sobre la actividad y desenvolvimiento social. En el segundo de los supuestos, si la sociedad integrante es extranjera, debe estar registrada en el país. Admitir lo contrario equivale a admitir que los arts. 31, 32 y 33 de la LS no regirían en caso de que la socia sea una sociedad extranjera".⁶⁶

c) "No es razonable que tal norma se aplique a la adquisición de una sola acción o de un conjunto no significativo de acciones".⁶⁷

d) La participación debe ser relevante, como para ejercer derechos en la sociedad participada.⁶⁸

En el sentido apuntado, el art. 8 de la Resolución 7/2003 de la Inspección General de Justicia exige que los votos emitidos, por sí o en concurrencia con otros participantes, hayan sido determinantes para formar la voluntad social.

3.2.2.2. La función y alcances de la norma

Se trataría de una norma de identificación societaria, pero -debemos aclararlo- podría dar lugar a otro problema, el cual es calificado como actuación indirecta. Esto es, la hipótesis de actuación posterior de la sociedad extranjera, a través de una local, constitutiva de un ejercicio "indirecto" de actos.⁶⁹

En primer lugar, que la inscripción en el registro exigida por el art. 123 LS tiene características mínimas, importando sólo a los efectos societarios la identificación del representante y el establecimiento de un domicilio a los fines de las notificaciones pertinentes en el orden societario.⁷⁰

Debemos entonces reconocer que nos encontramos frente a una sociedad extranjera, regida por su ley personal, no correspondiendo objetar la inscripción en esa instancia, por la desproporción entre el capital y el objeto o por imprecisión e indeterminación de este último.⁷¹

66 Ver los fundamentos de la jueza comercial Tatiana Schifris en la causa "Parker Hannifin Argentina SA", en *RDCO*, año 10, 1977, págs. 723 y ss.

67 Le Pera, ob. cit., pág. 227.

68 Boggiano, ob. cit., pág. 566; Manóvil, ob. cit., pág. 333.

69 En la terminología de la CIDIP de Sociedades Comerciales.

70 Confr. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, t. 3, Depalma, 1988, pág. 188, reconociendo las imprecisiones a que da lugar la norma; Roca, ob. cit., pág. 41; Erize, ob. cit., pág. 3.
71 Fabier Dubois (h.), *Derecho Societario Registral*, Cap. XV, "Sociedades extranjeras", Ad Hoc, pág. 211.

En tal línea de pensamiento, la jurisprudencia rechazó la posibilidad de exigir un balance especial a la sociedad inscrita de acuerdo con el art. 123 LS.⁷²

No obstante, parte de la doctrina estima apropiado exigir a la sociedad extranjera que sea titular de una parte significativa de las acciones de la sociedad local y que tome participación activa en el manejo de la misma, la presentación anual de su memoria y balance o un extracto de ellos con la información mínima que determine la reglamentación, en el Registro Público de Comercio.⁷³

Haciéndose eco de esta tendencia, la resolución de la Inspección General de Justicia N° 7/2003 exige la presentación de estados contables de la sociedad constituida en el extranjero o certificación suscrita por funcionario de la misma extraída de los asientos contables, rigiendo tal exigencia para los representantes de sociedades inscritas conforme al art. 123 LS (art. 4° incs. 1 y 1°).

En segundo lugar, no debe escaparse la hipótesis de que el control puede generar el ejercicio *indirecto* posterior –por parte de la controlante– sobre la sociedad local controlada, por lo que la sociedad extranjera podría quedar *incurso* en el art. 118, 3ª parte de la LS, referido al ejercicio habitual, generándose así la necesidad de una nueva inscripción con nuevos recaudos.⁷⁴

Idénticas observaciones cabrían respecto del art. 124 LS, cuando el ejercicio indirecto sea exclusivamente desarrollado en la Argentina. Aunque estimamos poco factible esta posibilidad dada la necesidad de interpretación restrictiva de tal norma de policía del Derecho Internacional Privado societario argentino.

3.2.2.3. Precisiones acerca de la falta de inscripción

Con el acto de inscripción se agota la norma material del art. 123 LS, aunque, como veremos, se podría generar la necesidad de nuevos recaudos relacionados con las diversas hipótesis de actuación internacional.

La falta de inscripción provocaría la *ineficacia del negocio y la imposibilidad de actuar en las asambleas de la participada*, como así también la *responsabilidad de los directores* de estas últimas (cfr. art. 302 LS y art. 8 Resolución 7/2003 de IGJ).

72 Ver Fallo de la CNCm. Sala C del 5 de noviembre de 1977 en la causa "Ampex Corporation", en LL -A-, 1977, págs. 473 y ss., en razón de que dicho balance nada agrega a lo ya reflejado en el balance de la sociedad de la cual es socia. La afectación de las participaciones por derechos reales o de garantía no sustenta la exigencia, puesto que, conforme a lo dispuesto por la ley 20.557 en el art. 9, y por el decreto 413/74 en el art. 11, los aportes de inversores

extranjeros deberán representarse por "acciones, cuotas o participaciones de capital nominativas y no transferibles sin el requisito de la inscripción en los libros de la sociedad".

73 O'Farrell, Ernesto y García Morillo, Pablo. "Emplazamiento en juicio de sociedades extranjeras", en LL -E-, 1997, pág. 1.316; Pciak, cb. cit., pág. 130.

74 Como por ejemplo los previstos en el art. 118, 3ª parte, LS.

Existen pronunciamientos que establecen como consecuencias de la no inscripción "la falta de legitimación de la sociedad participante"; que "no puede invocar la existencia, para el ejercicio de sus derechos de socio, ni políticos ni patrimoniales, hasta que no cumplieren con la respectiva inscripción".⁷⁵

O sea que, para esta última hipótesis, se establece claramente la falta de legitimación de la sociedad constituida en el extranjero para el ejercicio de los derechos sociales, esto es el ejercicio de las relaciones propias de la calidad de socio frente a la sociedad.⁷⁶

Pero esta falta de legitimación *no puede extenderse* a los contratos y actos jurídicos que la sociedad extranjera haya realizado, como comprar y vender acciones, o constituir derechos sobre las mismas. Para estos actos jurídicos la sociedad es capaz (de acuerdo con la ley de constitución) y la legitimación es inmediata.⁷⁷

3.2.3. La norma material: los representantes de la sociedad extranjera

Las exigencias de inscripción de los representantes legales de la sociedad constituida en el extranjero refiere a:

- a) Una representación convencional y especial; y
- b) no causa representación permanente en el sentido del art. 118, 3ª parte LS, como para que pueda ser emplazada de acuerdo con el art. 122 inc. b) LS.⁷⁸

Esto significa que sociedad extranjera sólo puede ser emplazada en la persona del apoderado, en litigios motivados en el acto o contrato de constitución de la sociedad local o adquisición de la participación de control.⁷⁹

75 Ver fallo de la CC Sala B. del 12/12/2001 en la causa "Rosarios de Betesh E. c/ Rosarios y Cia SA", ED del 5/9/2002. Como se puede observar, este fallo hace referencia, impropia, a la "existencia" de la sociedad extranjera, cuando en el ámbito material de la ley de constitución –art. 118, 1ª parte, LS. En el mismo sentido se expidió la CC Sala A, en la causa "IGJ c/ Proquifim" del 1/08/03, en ED, págs. 204-478.

76 Benseñor, ob. cit., pág. 21. Por otra parte, éste es el criterio de la Inspección de Persona Jurídica a partir de la Resolución 7/2003.

77 Benseñor, ob. cit., pág. 22.

78 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 567; Uza, María Elsa, "El emplazamiento en juicio de una sociedad

extranjera", en *RDCC*, 1989, pág. 231, comentando el caso "Brandt c/The Gates Rubber Company" de la CNCm., Sala D de 31/6/87.

79 Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, t. 3, Depalma, 1988, pág. 167. En este orden de ideas, tampoco se podría pensar que el art. 122 LS abre una posibilidad de emplazamiento de la sociedad extranjera en la persona de sus representantes –ni por consiguiente en la existencia de jurisdicción internacional– para acciones de responsabilidad por el ejercicio abusivo del control. Estas últimas no se relacionan con el acto o contrato de cesión de control, sino con el posterior ejercicio del poder de control.

Se ha destacado la *función informativa* del art. 123 LS y la necesaria distinción entre *accionista socio* y *accionista inversionista*⁸⁰ para decir que la adquisición de acciones que otorguen *el control* desencadena la aplicación de la norma citada y la consiguiente necesidad de inscripción.

Además –como hemos adelantado– no debemos olvidar que el ejercicio efectivo de los derechos sociales produce, a su vez, un *ejercicio indirecto de actos en la República*, y a partir de allí podría dejar a la sociedad constituida en el extranjero incurso, según los casos, en el art. 118, 3ª parte o, eventualmente, en el art. 124 de la LS.⁸¹ Para estas situaciones, el representante que intervino en el acto de adquisición puede ser emplazado de acuerdo con el art. 122 LS.

En suma, de todo lo expresado podemos concluir las siguientes proposiciones:

a) El art. 123 LS aparece como una norma puntual de *identificación*, que permite, según los casos, controlar si con posterioridad al cumplimiento de tales recaudos la sociedad extranjera no es un mero inversionista, sino que ejerce el comercio en forma *indirecta* en la República.

b) La falta de inscripción genera la imposibilidad de ejercer los derechos sociales por falta de legitimación y además la responsabilidad de la sociedad participada y de sus administradores en la República por cualquier omisión al respecto (59, 274, 183 LS; art. 8º de la Resolución de IGJ 7/03, que responsabiliza a los directores de acuerdo con el art. 302 ley 19.550).

c) La inscripción de la sociedad extranjera en el país podría colocarla en situación de deber de encuadrarse en el supuesto del art. 118, 3ª parte, LS. Asimismo, probando el fraude a la ley argentina –como instituto general del Derecho Internacional Privado– podríamos obligarla a cumplir con los recaudos del Derecho Privado Societario argentino.⁸²

4. Actuación de sociedades en la fuente convencional

4.1. El Tratado de Montevideo de 1889

Establece un amplio reconocimiento de la personalidad jurídica para el ejercicio de "deberes civiles" y "gestión de reconocimiento" (art. 5, Tratado de Derecho Comercial Internacional).

Sin embargo, para el "ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución" se sujetarán a las *prescripciones* del Estado en el cual intenten realizarlos. O sea, a las normas materiales de actividad que puedan existir en los Estados.

Alude al ejercicio habitual, sometiendo las sucursales y agencias a la ley y a los tribunales del lugar donde funcionan sólo respecto de las operaciones que allí se practiquen. Implica que no exceptúa la ley personal en cuanto a la capacidad de la sociedad, aunque sí un sometimiento a las normas materiales de actividad.¹

No hace referencia al acto aislado.

Contempla, asimismo, un contacto jurisdiccional a favor de tribunales locales, sobre controversias que pudieran surgir, con respecto a las operaciones que allí se practiquen (art. 7).

4.2. Reformas del Tratado de Montevideo de 1940

Además, este tratado contempla expresamente las posibilidades de:

a) realizar actos aislados, aun siendo la sociedad de "especie" o tipo desconocido en el Estado donde intente realizarlos (art. 9);

¹ Ver art. 6 del Tratado. Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 308.

⁸⁰ Ya nos hemos referido a la calificación de Halperin.

⁸¹ Esta situación fue negada por la exigencia metodológica de interpretar restrictivamente el art. 124 LS. No obstante, se podría probar el fraude a la ley argentina, esto es, cuando la sociedad se constituye en el extranjero con la finalidad de actuar exclusivamente en el país, lo que la coloca en la necesidad

de cumplir con los recaudos de nuestro Derecho Privado Societario.

⁸² Como ley que se pretendió evadir. Recordemos que se dijo que no era posible un encuadre normativo directo en el art. 124 LS debido a la necesaria interpretación restrictiva del mismo.

b) comparecer a juicio, estableciendo, además, la responsabilidad de los representantes de las sociedades domiciliadas en otro Estado para con terceros, que es la misma que la de los representantes locales (art. 8).

c) establecer un contacto jurisdiccional a favor de las autoridades locales sobre operaciones allí realizadas y que den mérito a controversias judiciales (art. 11).

4.3. Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles. CIDIP II-1979

a) La capacidad y la ley personal

La Convención reconoce la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero –de acuerdo con la ley personal– pero sin excluir la facultad de exigir comprobación de la existencia conforme a su ley personal (art. 3º).²

b) Concurrencia de la ley personal y la ley local

No obstante el reconocimiento de la capacidad de acuerdo con la ley personal, se limita la misma al máximo reconocido por la ley local (art. 3).

La ley local juega también un importante rol en los supuestos de actuación internacional de sociedades, desde que somete a la ley local el ejercicio directo e indirecto de actos y el control mismo (art. 4).

Así, la ley del lugar de realización y de la sociedad eventualmente controlada convergen en forma decisiva en la Convención, no sólo para definir sino también para regir los aspectos relativos al control y las consecuencias de la cesión del mismo.³

Establece además –como los otros textos– un contacto jurisdiccional por el ejercicio directo e indirecto de actos, a favor de los órganos locales del lugar de realización (art. 6).

4.4. Cuestiones comunes de jurisdicción internacional por la actuación en los tratados internacionales

4.4.1. Jurisdicción internacional por el ejercicio directo de actos en el territorio de otro Estado

Sin duda, los tratados analizados establecen norma de jurisdicción internacional general para demandar a las sociedades en su domicilio.

En este sentido, el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, en su art. 7 establece la jurisdicción general de los jueces del *domicilio legal* de la sociedad para controversias entre socios y entre la sociedad y terceros.

² Ídem, por ej. inc. 1º, art. 118 3º parte y 123 de la ley 19.550.

³ Boggiano, *Derecho...*, cit., t. I, págs. 665, 668 y ss.

El Tratado de Montevideo de 1940, en las reformas relativas al Derecho Comercial Terrestre, en su art. 11 establece la jurisdicción general de los jueces del *domicilio* para controversias entre socios y entre la sociedad y terceros.

Ahora bien, en los supuestos de actuación de la sociedad extranjera fuera del lugar de su domicilio, esto es, en territorios de otros Estados, se establecen *domicilios especiales* vinculados con esa actuación y a los fines jurisdiccionales (art. 7 Tratado de 1889; art. 11, Tratado de 1940).

Estas normas excepcionan el principio general de que las sociedades deban ser demandadas en su *domicilio*, estableciendo un *foro especial*.

La CIDIP II de Sociedades Mercantiles no contiene una norma de jurisdicción internacional general como los tratados citados, aunque sí cuenta con un foro especial.

Las normas de jurisdicción especial citadas de los Tratados de Montevideo no distinguen, en las hipótesis de actuación, entre actos aislados y habituales. Sólo reconoce expresamente la facultad de realizar actos aislados el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940.⁴

En todo caso, es más razonable pensar que la jurisdicción especial creada por los tratados⁵ refiera a los actos habituales y no al acto aislado, salvo que se califique tal actuación como *doméstica* y no internacional, lo que genera interrogantes de muy difícil respuesta.⁶

En materia de actos aislados, la jurisdicción de los jueces del lugar de realización sólo debería analizarse a partir del acto mismo, por los contactos suficientes que podrían tener con ese foro.

Llamamos la atención en razón de que una interpretación *no restrictiva* de tales cuestiones podría llegar a crear *jurisdicciones exorbitantes*, arruinando el principio de defensa en juicio.⁷

⁴ Que en el art. 8 dice: "...se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio".

⁵ Confr. art. 7 TM 1889 y art. 11 TM 1940.

⁶ ¿La sola representación es suficiente para calificar el acto realizado como internacional o cabe pensar que son domésticos a los fines de la jurisdicción de los jueces del lugar de realización? ¿Cómo sería posible justificar este carácter sin tener en cuenta la existencia o no de los elementos de extranjería relevantes del acto realizado?

⁷ Boggiano, *Derecho...*, cit., t. I, pág. 199, y fallos 189:306; 192:240 de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación; Uzal, ob. cit., pág. 231, comentando el caso "Brandt c/The Gates Rubber Company" de la CNCom. Sala D del 31/8/87; Toniollo, "Jurisdicción Internacional y su Proyección frente al Mercosur", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL*, 123, año 1995, pág. 157. En realidad el principio de defensa en juicio jugaría como un *correctivo funcional* de las jurisdicciones exorbitantes, generadas a partir del desconocimiento del principio de razonabilidad que debe orientar las normas de jurisdicción internacional.

En distinto plano se encuentra la actuación habitual –por sucursal, agencia, o establecimiento.

Sin duda, a estas situaciones refieren las normas de los tratados en cuestión y tienen por fundamento la necesidad de *beneficiar a los terceros contratantes*, demandantes, que no se vean obligados a interponer acciones ante un tribunal lejano del lugar donde se desarrolla la actividad del establecimiento.⁸ Se trata de una competencia especial, justificada por la necesidad de garantizar el acceso a la jurisdicción a los demandantes cuando existe un contacto suficiente con el foro.⁹

4.4.2. Jurisdicción internacional por el ejercicio indirecto de actos en el territorio de otro Estado

Respecto del ejercicio indirecto, sólo la CIDIP II-1979 de Sociedades Mercantiles contempla expresamente la participación de control como una hipótesis del posterior ejercicio habitual del comercio por parte de la sociedad controlante extranjera a través de una sociedad local controlada.

En este sentido, el art. 6º de la CIDIP 1979 establece claramente el contacto jurisdiccional de los órganos locales del lugar donde se realizare el control. En el ámbito de aplicación del tratado, siendo factible demandar en ese Estado miembro –de la sociedad controlada– a la controlante constituida en el extranjero.

Se trata de una situación satisfactoria –no reconocida en nuestra fuente interna– que facilita el acceso a la jurisdicción, del mismo modo y con el mismo fundamento que la actuación directa habitual.

4.4.3. El emplazamiento a estar en juicio

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, como así también la CIDIP II, no establecen normas de emplazamiento similares al art. 122 LS.

8 Blanco - Morales Limones, Pilar, en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de resoluciones judiciales en materia Civil y Mercantil*, edición de Alfonso Luis Calvo Caravaca, Editorial Carlos III, Madrid, 1995, pág. 141. El motivo es que el demandado ha desplegado actividades en ese mismo lugar. En este sentido, no se puede ignorar –dice la autora– que el foro del art. 5.5. garantiza valores materiales en la medida en que afectan a la manera en que las empresas de un Estado miembro organizan sus actividades en los demás Estados miembros.

9 Ver nuestro trabajo *Jurisdicción...*, cit., pág. 160. El principio de defensa en juicio tutela los intereses concurrentes de las partes en un proceso: el de la actora en orden a facilitar su acceso, y el de la demandada en orden a la tutela de su defensa material, no obligándolo a litigar en foros inconvenientes. Esta competencia especial se justifica en la necesidad de equilibrar los intereses de las partes: el de la sociedad por el hecho de actuar internacionalmente y el de los terceros contratantes por el hecho de residir en el Estado de actuación.

Sin embargo, llama la atención la norma referida a las personas jurídicas civiles en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, que establece el domicilio especial: “Los establecimientos, las sucursales o agencias, constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se considerarán domiciliados en el lugar donde funcionen, en lo concerniente a los actos que allí se practiquen” (art. 10, 2º párrafo).

Se podría considerar una norma de emplazamiento, puesto que regula los domicilios especiales de los establecimientos, sucursales o agencias.

Ahora bien, si la sucursal se encuentra en nuestro país, podría ser emplazada en los términos del art. 122 inc. b) de la LS.¹⁰

4.5. Actuación en la fuente interna

4.5.1. Reconocimiento de la actuación directa

4.5.1.1. Para estar en juicio, actos aislados y habituales

En el Derecho Internacional Privado de fuente interna, las sociedades constituidas en el extranjero pueden estar en juicio, realizar actos aislados y habituales (art. 118, 2ª y 3ª partes, LS).

Se analizarán separadamente los supuestos de actuación.

4.5.1.1.1. Para estar en juicio: el derecho de defensa

En primer lugar, es preciso aclarar que la sociedad constituida en el extranjero puede estar en juicio para defender sus derechos.

Es una norma material que proviene de la Constitución Nacional: el derecho fundamental de defensa en juicio debe ser tutelado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Potosí SA c/Cóccaro Abel F s/Recurso de Hecho el 23 de julio de 1963, le reconoció el derecho de estar en juicio a una sociedad venezolana con fundamento en la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18 CN).¹¹

No obstante, debemos traer a colación la opinión de algunos autores de que la sociedad extranjera no inscripta –incurra en los arts. 118, 123, 124 LS– *carecería de legitimación para ejercer derechos y obligaciones emergentes de los contratos que celebre*.¹²

10 Norma que también se aplica dentro del ámbito de cualquiera de los tratados en cuestión.
11 Ver Fallos 256:263. Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 559; Roca, *Sociedad Extranjera no inscripta*, Abeledo Perrot, pág. 57; Benseñor, ob. cit., pág. 18.

12 Nissen, “Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República”, en *ED*, págs. 117-862.

Esta tesis tuvo eco jurisprudencial en el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala F, del 5 de junio de 2003, causa "Rolyfar SA c/ Confecciones Poza SACIF", en el que se le negó legitimación al ejecutante –cesionario– de una sociedad constituida en el extranjero –cedente– y en razón de que la actuación de esta última en el país no era aislada (tenía varias hipotecas canceladas) e incumplía los recaudos de inscripción del art. 118 LS, por lo que se estimó que la excepción de inhabilidad de título debía prosperar.¹³

Este fallo ha recibido críticas, pues, a tal sociedad, debería considerarse irregular y no inexistente, como lo hizo el fallo, al punto de ignorar la personería jurídica y la capacidad para actuar en juicio.¹⁴

Además, la Cámara prescindió de la aptitud inmediata reconocida por el art. 118 LS de estar en juicio, por lo que se violó esta garantía, reconocida aun a las sociedades irregulares (art. 23 LS).¹⁵

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 10 de agosto de 2004, revoca el fallo, haciendo lugar al Recurso Extraordinario, mandando dictar nuevo pronunciamiento, fundada en que, "en virtud de lo previsto en el art. 544 del CPCCN, resulta improcedente evaluar con la frecuencia con la cual actuó en el país la sociedad extranjera cedente del crédito hipotecario a ejecutar, ya que ello importaría apartarse del análisis de las formas extrínsecas para inmiscuirse en el examen de la actividad comercial de aquélla, en tanto aspecto que no corresponde evaluar".¹⁶

Como hemos visto, el derecho de defensa –la legitimación para estar en juicio– no puede negarse, puesto que asisten derechos fundamentales en su reconocimiento y ejercicio.¹⁷ Por otra parte, se crearía –por vía interpretativa– una grave desigualdad¹⁸ en relación con las sociedades irregulares argentinas que gozan de tal facultad de ejercer derechos en juicio.

13 Ver Revista La Ley, "Sociedades Extranjeras. Resoluciones 7 y 8 IGIJ", de noviembre de 2003, Jurisprudencia, págs. 9, 10, 11.

14 Bollini Shaw, Carlos, "Otro golpe mortal a los principios generales del Derecho. Alcance de la inscripción de las sociedades extranjeras", en ED del 22/9/2003; agrega que es un sujeto de Derecho, con domicilio constituido y representante, al cual se le ha aceptado la representación al firmar el contrato. Además, se trata de una sociedad regular, constituida en un país extranjero, a la que el Derecho argentino solamente no le reconoce la tipicidad.

15 Benseñor, Sociedades..., cit., pág. 18.

16 Ver causa: Rolyfar SA c/Confecciones Poza SA. Revista LL del 10/09/04 y del 17/09/04, con nota aprobatoria de Monteleone Lanfranco, "Sociedades constituidas en el extranjero: el caso Rolyfar SA", pág. 3.

17 El derecho de propiedad y defensa en juicio (arts. 17 y 18 CN).

18 Que afecta garantías constitucionales en razón de que las sociedades extranjeras no inscriptas se encuentran en la misma situación de irregularidad que una argentina no inscripta (art. 16 CN).

4.5.1.1.2. Realizar actos aislados

Se trata de una norma material que reconoce la capacidad para realizar actos aislados en el país.

Tal facultad es incondicional y está sujeta a su ley personal, con las correcciones que el favor *negotiorum patriae* (art. 14 inc. 4º CC) realiza en los supuestos en que la ley local argentina considera válida la actuación *ultra vires*.¹⁹

Se puede entonces recurrir al art. 58 LS que obliga a la sociedad cuando los actos celebrados por el representante no sean *notoriamente extraños* al objeto social. Limitada la responsabilidad a los bienes sitos en el territorio argentino.²⁰

a) Concepto de acto aislado

No es sencilla la conceptualización del acto aislado y ha causado algunos problemas interpretativos.²¹

Desde la perspectiva del Derecho Privado Comarcal, Garrigues nos ha enseñado que "acto aislado y acto de comercio son términos contradictorios".²²

No obstante, en el Derecho Internacional Privado se imponen definiciones autónomas, cuyo camino de construcción se inicia a partir de los Derechos Privados internos y finaliza con la adopción de fuertes rasgos de independencia en el concepto de aquellos derechos.

Esta tarea se lleva a cabo con la finalidad de lograr un funcionamiento adecuado de normas iusprivatistas internacionales, que se encuentran encaballadas en la diversidad jurídica que presentan los sistemas de Derecho Privado internos.²³

No se debe perder de vista este sentido para comenzar el análisis del concepto del acto aislado.

b) La necesidad de un concepto autónomo de DIPR. La contraposición con la habitualidad o establecimiento

Para definir lo aislado es preciso partir del hecho de que se trata de un concepto flexible.

19 Esto implica, como se verá a continuación, una actuación más allá de lo reconocido por su ley personal y sus estatutos sociales. Ver Boggiano, *Curso...*, cit., págs. 557-558.

20 Boggiano, ob. cit., págs. 554-555.

21 Las dificultades provienen de los diversos puntos de vista para evaluar su calificación, aunque la mayoría de la doctrina dice –cuantitativamente hablando– que no es sinónimo de acto único ni excluye la posibilidad de que sean varios actos.

22 Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 207, sosteniendo que "el comercio es repetición y continuidad es profesión de vida, es organización; es lo contrario del acto aislado". Ello no deja de ser cierto, lo que complica más aún el panorama para definirlo.

23 Para el llamado problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado y las propuestas de solución; Boggiano, *Curso...*, cit., págs. 184 y ss.

1) Desde una perspectiva de la doctrina mercantilista, no existiría acto aislado comercial.

En este sentido, se ha sostenido la construcción del concepto del acto aislado a partir de la exigencia de habitualidad prevista en los arts. 5° y 6° del Código de Comercio que —en referencia directa al art. 118 LS— alcanzaría la expresión de "actos comprendidos en el objeto social". Es posible concluir, a partir de este razonamiento, que cualquier acto comprendido en el objeto de la sociedad constituida en el extranjero sería una manifestación de su capacidad específica.²⁴

Por ende, cualquier acto comprendido en el objeto de la sociedad sería habitual y, por otra parte, la habitualidad se presumiría *iuris tantum*.²⁵

Pero esta tesis tiene el inconveniente de interpretar una norma material de Derecho Internacional Privado directamente del concepto de comerciante de la *lex fori* (art. 1° Código de Comercio), lo que produciría, sin duda, el vaciamiento del contenido de la misma.

Si bien nuestra *lex fori* exige habitualidad para ser calificado como comerciante, la interpretación de los conceptos de las normas materiales de Derecho Internacional Privado que regulan la actuación internacional de sociedades extranjeras en la República debe realizarse a partir de criterios especiales; por lo que no deberían interpretarse tales facultades a la luz de aquellas reglas de la *lex fori* ²⁶ por ser inadecuadas. Además, no está en juego el carácter de comerciante sino una cuestión que es más amplia: los conceptos de actos aislados y habituales.

Desde que estas formas de actuación son reconocidas e incorporadas en sendas normas materiales —que, según el caso, adicionan o no condicionamientos—, las calificaciones apropiadas deben extraerse a partir de los propios términos de las normas.

En otras palabras, no interesa aquí que tales sociedades puedan ser calificadas o no como comerciantes, en los términos y a los fines de los arts. 1°, 5° y 6° del C. de

24 Kaller de Orchansky, "Las Sociedades...", cit., págs. 1207-1208. Esta prestigiosa autora examina las categorías de actos que puede una persona jurídica realizar extraterritorialmente: actos que manifiestan la *capacidad genérica o potencial* y actos que manifiestan su *capacidad específica*. Para ella, el acto aislado es una manifestación de la capacidad genérica de la sociedad: actuar en juicio, contratar, inscribir sus marcas y patentes, presentarse a una licitación, instalar stands de propagandas, etc. Cuando refiere a la capacidad específica, esto es "actos que tienden a alcanzar el fin u objeto para el que se ha constituido", exa-

mina los criterios para definirlos, como los "cualitativos" (basta que el acto esté comprendido o permita alcanzar el objeto) y "cualitativos-cuantitativos" (cuando se agrega la habitualidad en el ejercicio). Destaca la ventaja de que los primeros son precisos frente a los segundos, en razón de que nada es más indefinido que la habitualidad.

25 Polak, ob. cit., pág. 123; en caso de duda, debe estar a favor de la habitualidad.

26 Que tienen por finalidad considerar a una persona como comerciante y sujetarla a la jurisdicción y legislación comercial.

Com. Por el contrario, lo que interesa es lograr una interpretación congruente de las normas materiales de Derecho Internacional Privado argentino que favorezca su adecuado funcionamiento dentro del sistema.

2) Es necesario generar una interpretación desde el sistema de Derecho Internacional Privado.

Una interpretación sistemática requiere tener en cuenta la suficiente y necesaria autonomía de conceptos del Derecho Internacional Privado y que no provoque incongruencias.

Y la referencia obligada es la prevista en uno de sus tipos legales, esto es, la sucursal, establecimiento o representación permanente, como idea contrapuesta al acto aislado.

Desde luego, implica un acto de comercio realizado por comerciantes que hacen de ello su profesión habitual. Esta circunstancia no impide que en el Derecho Internacional Privado pueda hablarse de actos comerciales aislados y habituales a los fines de cumplir o no con determinados condicionamientos especiales para la actuación.

Se ha sostenido que el acto aislado es un concepto "gradual". "Por ende, es fluido el límite entre el ejercicio habitual y continuado de negocios y la celebración de actos aislados, ocasionales, que no alcanzan a ser parte sustancial de los negocios de la sociedad".²⁷

Aclara Polak²⁸ que un acto *único* puede ser aislado y también dejar de serlo para transformarse en habitual, ejemplificando sugestivamente con la compra, por parte de una empresa extranjera, de todo el acopio cosechado o a cosecharse de un determinado cereal a varias empresas y colocada en cabeza de una de ellas la comercialización.

Pero la mera reiteración de actos tampoco es lo decisivo, sino que cuentan además el *contenido económico* y la *significación social* de tal reiteración.²⁹

En este sentido, se ha sostenido que lo que caracteriza lo aislado es la contraposición al *acto cumplido por empresa*.³⁰ Significa concebir lo habitual como una frecuencia de actos, pero ligados entre sí, lo que tradicional y adecuadamente se ha llamado *el giro de la empresa*.³¹

Entonces, el criterio distintivo viene dado por la circunstancia de haber constituido o no *establecimiento*.³²

27 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 557.

28 Ver *La empresa extranjera*, Abaco, pág. 114.

29 Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª edición, Porrúa, México, 1993, pág. 293.

30 Roca, *Sociedad...*, cit., Abeledo Perrot, págs. 35-36.

31 Ver autor, ob. y lug. cit.

32 Roca, en "Demasia Registral. Sociedades Extranjeras", Suplemento de La Ley de noviembre de 2003, pág. 57.

Con lo que el ejercicio habitual supone actividad permanente, establecimiento en el sentido del viejo Código de Comercio, que coincide con el criterio dentro de un sistema que los vincula con otros actos, configurando un giro comercial único³³.

En este orden, se podría concluir que, si no existe *giro* ni *establecimiento*, nos encontramos frente a un acto aislado.³⁴

c) El acto aislado ¿es de interpretación restrictiva?

Hay autores que piensan que el acto aislado debe apreciarse e interpretarse como excepcional y con criterio restrictivo.³⁵

Otros, en cambio, piensan, con razón, que no existen motivos para interpretar el acto aislado con criterio restrictivo.³⁶

No puede ser de otro modo, pues tanto los actos aislados como los habituales son reconocidos por normas materiales de Derecho Internacional Privado que tienen un régimen de interpretación similar: restringida, dado que carecen de vocación para regir más allá de lo que expresamente contemplan sus tipos legales.³⁷

Ahora bien, interpretar restrictivamente cualquiera de las dos hipótesis implica un menoscabo mutuo de tales facultades y con incidencia recíproca: si tales normas tienen por finalidad favorecer la extranjería de la sociedad en cuanto a su personalidad y capacidad de actuar en el país, no es posible interpretar ninguna de las dos normas restrictivamente, sino que se debe cuidar de no extender irrazonablemente los supuestos contemplados en los tipos legales respectivos.

En suma, si se pretende retacear la interpretación del acto aislado, a la vez se estaría interpretando extensivamente la actuación habitual en desmedro de tal facultad, y viceversa cuando se interprete extensivamente la actuación aislada.

Ninguna de las dos formas de interpretar las normas materiales ha sido voluntad de legislador.³⁸

A partir de allí, es necesario contemplar la casuística.

33 Perciavalle, Marcelo E., en *Sociedades Extranjeras. Teoría y Práctica de su funcionamiento*. Errepar, 1998, pág. 11.

34 Por lo que la reiteración de actos no implica necesariamente la presencia de una actuación habitual.

35 Rovira, ob. cit., pág. 983; Nissen, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*. Comentada, anotada y concordada, t. 2, Ábaco, pág. 318; del mismo autor: "Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República", en *ED* N° 177, pág. 862; CNCivil Sala F. causa "Roiyar SA c/Con-

fecciones Poza SACIF", en Suplemento especial: Sociedades Comerciales de noviembre de 2003, Sección Jurisprudencia, págs. 9 y ss.

36 Boggiano, *Curso...*, pág. 557; para este autor el criterio de interpretación debe ser flexible y de acuerdo con la *lex fori*; Roca, *Sociedad...* cit., págs. 35 y ss.; Monteione Lanfranco, "Sociedades Constituidas en el Extranjero y Orden Público", en Suplemento *La Ley* citado de noviembre de 2003, pág. 29.

37 Boggiano, *Curso...* cit., pág. 76.

38 Ídem, pág. 557.

d) Licitaciones

La doctrina estima que la presentación a licitación pública o a concurso puede ser calificada como acto aislado.³⁹

No obstante, se ha sostenido que la presentación a licitación implica "una tarea de organización empresarial, en la cual los diversos factores tradicionales que hacen a la producción o a los servicios se ponen en funcionamiento para el cumplimiento de "actos comprendidos en el objeto social", con lo que tales actos preparatorios implicarían habitualidad.⁴⁰

Por el contrario, la doctrina ha interpretado que el encuadre en la actividad habitual tiene lugar cuando la empresa resultare adjudicataria de la licitación.⁴¹

Esta última opinión también ha sido criticada —acertadamente, según nuestro parecer— en razón de que se debería atender a la naturaleza de la licitación adjudicada, pues no parece razonable una interpretación extensiva de dicha norma de modo que se aplique a actividades que no representen un cierto grado de permanencia y habitualidad, a juzgar por los términos de la norma en cuestión.⁴²

e) Adquisición de inmuebles

La adquisición de inmuebles en el país no fue juzgada acto aislado.⁴³

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que la adquisición de un inmueble por parte de la sociedad constituida en el extranjero con fines de inversión es un acto aislado, más aún si su actividad está alejada de ese ramo.⁴⁴

La adquisición de un inmueble con fines de inversión no puede ser juzgada como acto habitual, por lo que dependerá de otros indicios que nos conduzcan a una evidencia sobre la existencia de giro o establecimiento.

Ello podría constituir el punto de partida, *first landing*, de cualquier futuro establecimiento.

39 Ídem, pág. 557; Nissen, ob. cit., pág. 118; Perciavalle, ob. cit., pág. 11; Zaldivar, ob. cit., pág. 84; Rovira, ob. cit., pág. 984.

40 Polak, ob. cit., págs. 116-117. Este autor sin duda tiene un criterio que restringe el acto aislado por partir de la calificación de la *lex fori* y además establecer presunciones a favor del acto habitual. Si bien no estamos de acuerdo con este discutible criterio, no se puede llegar al extremo de considerarlo habituales a los actos preparatorios de una futura actuación.

41 Nissen, ob. cit.; Perciavalle, ob. cit.; Zaldivar, ob. cit.; Rovira, ob. cit.

42 Boggiano, ob. cit., pág. 557, quien sostiene, con razón, que se trata de una norma material cuya interpretación no debe conducir a la derogación implícita de la facultad de realizar actos aislados por una interpretación extensiva del tercer párrafo del art. 118. De ahí que, para cuando fuere necesario despejar dudas, incorporaron una disposición especial —art. 123.

43 Ver Plenario de la Cámara Nacional Civil del 30/10/1920, en *JA*, t. 6, pág. 46.

44 Polak, ob. cit., pág. 118.

f) La creación del registro de actos aislados: Resolución 8/2003 de la IGJ

La resolución en cuestión dispone la creación, en el ámbito de la Inspección General de Justicia, del "registro de actos aislados" (art. 1°).

1) La inscripción e información de los actos aislados

La resolución en cuestión dispone la inscripción de actos jurídicos cuyo objeto sea la constitución, adquisición, transmisión o cancelación de derechos reales sobre inmuebles sitos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además, establece un sistema de información e intercambio de datos que se obtienen por la vía de *informes* a la Inspección General de Justicia, los que el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción mencionada sustanciará, y serán comprensivos de todos los actos realizados bajo la calificación de "aislados".

Dispone una suerte de *coordinación* entre el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia para diseñar estrategias y seguir los pasos necesarios para el suministro de información.

Además, la Inspección General de Justicia podrá requerir información complementaria a los *representantes* que hayan intervenido en el acto, pudiéndoles exigir la información de los incs. 1 y 2 del art. 1° de la Resolución 7/2003, si a criterio del organismo de contralor el domicilio de origen de la sociedad se encuentra en un país de baja o nula tributación y/o la importancia económica del acto o destino de los bienes y/o la reiteración de actos permiten presumir fundadamente la probable configuración de cualquiera de los supuestos contemplados por los arts. 118, 3ª parte, y 124 de la ley 19.550. El silencio puede ser calificado como manifestación de voluntad en los términos del art. 919 del CC.

También se le podrá *requerir* información al "escribano interviniente, a los vendedores de los bienes o deudores de la obligación con garantía hipotecaria, a los cedentes de derechos hipotecarios, a la AFIP, a la administración del consorcio de copropietarios". La Inspección General de Justicia podrá, además, coordinar con otros organismos *inspecciones sobre inmuebles* para establecer el destino del mismo o el lugar de su *sede* (art. 3°).

2) Pautas y procedimiento a seguir para el encuadre normativo de la Sociedad Constituida en el Extranjero

Se fijan las *pautas* para considerar a la sociedad eventualmente comprendida en el art. 118, 3ª parte, y 124 LS: a) la reiteración de actos; b) su significación económica; c) el domicilio de la sociedad sito en país de baja tributación; d) destino, utilización o explotación económica del bien; e) modo de haberse ejercido la representación.

Además, establece el procedimiento a seguir:

• La Inspección General de Justicia cursará en su caso la intimación a cumplir con las inscripciones; y en el caso del art. 124 LS a adaptar su estatuto o contrato a las normas de la ley 19.550, bajo apercibimiento de solicitar judicialmente la disolución y liquidación.

• Notificará por cédula al representante que intervino en el acto –o al último si existiese pluralidad– y en la forma prevista en el art. 122 inc. a) LS. Subsidiariamente, si no fueren habidos representantes, lo hará por edictos (art. 42 decreto 1883/91).

3) Apreciaciones críticas

Vitolo apoya la decisión de crear tal registro sosteniendo que "se despejarían dudas acerca de la cantidad y calificación de los actos cumplidos por sociedades que no desean realizar actividad habitual en nuestro país, participar de sociedades locales ni eludir controles legales nacionales, pero se sienten inclinadas a practicar algunos actos aislados".⁴⁵

No obstante, ha recibido numerosas críticas.⁴⁶

La necesidad de registro de actos aislados es novedosa en el Derecho argentino y, si bien procura fines valiosos, esta resolución contiene normas que implican un exceso en las competencias administrativas, que avanzan por sobre el Derecho sustancial societario. No sólo por insistir en las sanciones "autoarrogadas" de disolución de la sociedad y liquidación de las operaciones locales, sino por el hecho de que el acto aislado es admitido por ley sustancial *sin condicionamientos*.

Además, la resolución establece un sistema de coordinación para obtener información de un Registro Inmobiliario cuya función o competencia no es fiscalizar las actividades de las sociedades.⁴⁷

Asimismo, con relación a las normas de los arts. 118 y 124 de la ley de sociedades, incorpora *nuevos recaudos o pautas* que no se condicen con el texto legal de la norma sustancial. En tal sentido, se *habla de domicilio o sede en país de baja tributación*, cuando el punto de conexión que establece el art. 118 LS –como principio del Derecho Internacional Privado argentino– es la ley de lugar de constitución. Lo que debe interesar a tales fines no es la sede, sino el lugar de constitución, pues puede estar constituida en el mundo anglosajón y tener su sede en un país de baja tributación, no siendo aplicable el art. 124 LS.

¿En qué hipótesis normativa del Derecho Internacional Privado argentino puede encontrarse encuadrada dicha sociedad?

45 Vitolo, Roque Daniel, "Sociedad constituida en el extranjero, realización de actos aislados y capacidad para estar en juicio", en LL del 9/9/04, pág. 3.

46 Roca, "Demasia...", cit., pág. 57; Díaz Robredo, ob. cit., pág. 1.

47 Benseñor, "Sociedades...", cit., pág. 25. Este autor, además, estima "impertinente" el criterio del Registro de la Propiedad de la Capital Federal en orden a exigir a toda sociedad constituida en el extranjero, que no se encuentre inscrita en el país,

la manifestación de que el acto es aislado, por no encontrarse plasmada en ninguna de las disposiciones de la ley registral 17.801. Compara, asimismo, los requisitos exigidos por el art. 52 de la ley 20.094 para la inscripción de un buque en la República, la exigencia de que si se trata de una sociedad constituida en el extranjero debe tener en la República sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente de acuerdo a lo dispuesto por la ley respectiva –inc. c). Ello no tiene correlato en el Registro Inmobiliario.

La respuesta es sencilla: el domicilio o sede que interesa a los fines legales es el argentino —cuando se desencadena la aplicación del art. 124 LS— y no el extranjero, puesto que lo último no se aplica a esta hipótesis. De otro modo, este razonamiento puede ser entendido como un pretensión de bilateralización (?) de una norma de policía, lo que desde el punto de vista metodológico del Derecho Internacional Privado es inadmisibile.

Pero supongamos que tenga el centro de explotación exclusivo en la Argentina: *tampoco la información requerida respecto del domicilio o sede es de utilidad*, pues lo que juega en la citada norma es el lugar de constitución en el extranjero.

En otro orden de ideas, se ha sostenido también que esta norma administrativa afecta "la planificación fiscal internacional para eludir la verificación del hecho gravado impositivamente. Ello forma parte de la estrategia comercial del negocio, pues el Fisco —en calidad de organismo recaudador— sabrá delimitar con toda precisión los supuestos cuya gravabilidad persiga. Evitar quedar comprendido en tales supuestos no implica evadir el pago de un tributo".⁴⁸

Por último, luce inapropiada la sanción de disolución y liquidación de la sociedad en la hipótesis del art. 124 LS. No sólo por "no tener sustento en la ley y afectar por ello el principio de reserva" (art. 19 CN),⁴⁹ sino por el hecho de que cualquier decisión en tal sentido sería de muy difícil posibilidad de reconocimiento y ejecución donde la sociedad se encuentre constituida. Lo más razonable sería hablar en ambos supuestos (arts. 118 y 124 LS) de la liquidación de los bienes y operaciones *locales*.⁵⁰

Según la opinión mayoritaria, se trata de una extralimitación de funciones otorgadas a tales organismos con relación al contenido de algunos preceptos de la ley de sociedades comerciales.⁵¹

Aunque no sólo en este aspecto, porque, además, se han marcado críticas más profundas en orden a resaltar que al *régimen de extranjería de nuestra ley de sociedades* se vincula *indirectamente* con la política económica internacional —comprometiendo intereses del Estado y su relación con el mundo—, por lo que no puede quedar librada la reglamentación del mismo a una autoridad administrativa con competencia territorial local.⁵²

48 López Tili, ob. cit., pág. 973.

49 Ídem, pág. 981, convirtiendo en letra muerta el art. 1.037 CC.

50 Aunque ello no purga la crítica destacada anteriormente.

51 Así, ver las conclusiones de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Internacional Privado, 27 y 28 de agosto de 2004. "Sociedades Multina-

cionales: ley aplicable a sus formalidades de constitución y funcionamiento".

52 López Tili, ob. cit., pág. 981. Este autor celebra y adhiere a todo intento moralizador de la vida empresaria y del Derecho, agregando: "Sin embargo estimo que en esta nueva era revisionista que nos toca vivir a los argentinos, se corre el riesgo de exacerbar el celo por el replanteo de los insti-

g) El emplazamiento de la sociedad extranjera en controversias originadas en un acto aislado [122 inc. a) LS]

1) Fundamentos

Se trata de un instrumento para facilitar la efectividad del orden jurídico argentino, obviando la necesidad de efectuar el emplazamiento en el extranjero.⁵³

2) Necesidad de intervención del representante en el acto

La exposición de motivos refiere a *la intervención en la negociación*.

Esto significa que la intervención puede tener lugar en las tratativas y relaciones previas a la celebración del acto o contrato, como así también en este último acto como representante en la declaración de voluntad del negocio.⁵⁴

Si el acto es unilateral, el apoderado debe expresar su voluntad y, si la expresa, el tercero debe ser el receptor de la declaración.⁵⁵

3) Relación necesaria entre el litigio, el acto y la persona emplazada

Por otro lado, es importante destacar que el régimen del emplazamiento exige que la resolución que lo ordene verse sobre un *litigio motivado* por el acto o contrato en el que intervino la persona emplazada.⁵⁶

4) Emplazamiento no implica una norma de jurisdicción internacional

Se ha sostenido —con acierto— que el emplazamiento no conduce a la jurisdicción internacional de los jueces argentinos; se necesita evaluar la jurisdicción a partir de las normas propias del sistema (art. 1 CPCCN, 1.215, 1.216 CC).⁵⁷

tutos del pasado sin llegar a separarse con claridad lo bueno de lo malo. Es saludable y deseable la persecución del evasor local que recurre a la estructura de las sociedades *off shore* como vehículo de evasión, pero debemos reglamentarla de tal manera que no termine dificultando el acceso del inversor legítimo".

53 O'Farrell E. y García Morcillo, P., "El emplazamiento en juicio de Sociedades Extranjeras" en LL -D-, 1997, pág. 1.316, evitando así recurrir a los instrumentos de cooperación jurídica internacional; Cabanellas, Guillermo, "Aspectos Procesales de las Sociedades Extranjeras", en RDCO, 1999, págs. 20-21; aunque se trata de una expansión en las posibilidades normales de emplazamiento, que son efectivizadas siempre en el domicilio de la sociedad y aquí, en virtud del art. 122 LS se identifica una persona, esto es la del apoderado de la misma.

54 Boggiano, *Derecho...*, cit., pág. 156; para este autor, el art. 122 LS se basa en la responsabilidad por apariencia: puesto que se ha actuado por un representante se deben asumir los efectos que produce esta apariencia. La interpretación más segura —afirma— requiere que el apoderado haya emitido alguna declaración negociada en el acto, ya que si no lo hubiera hecho existiría una intervención directa de la sociedad extranjera; ver también Freire Aurich, Juan Francisco, "Emplazamiento en juicio de la sociedad constituida en el extranjero", en LL -D-, 1998, pág. 1.134.

55 Boggiano, *Derecho...*, cit., pág. 159.

56 Cabanellas, ob. cit., pág. 20; la "motivación" implica relación causal entre el acto o contrato de la persona emplazada con el litigio.

57 Rovira, "Reflexiones...", cit.; Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 558; Uzal, "El emplazamiento en juicio de la sociedad extranjera", en RDCO, 1989, pp. 231 y ss.

Ahora bien, vimos que en el ámbito convencional societario los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 7), de 1940 (art. 11), y de la CIDIP II-1979 (art. 6°) establecen claramente normas de jurisdicción internacional en la hipótesis de actuación habitual.⁵⁸

No sucede lo mismo en el ámbito de nuestra fuente interna, donde la jurisdicción debe extraerse de las normas relativas a los actos realizados por la sociedad.

No obstante, conviene destacar que la utilidad de la norma de emplazamiento por el acto aislado cuenta con mayor justificación cuando existe también jurisdicción internacional de los jueces argentinos.⁵⁹ En otras palabras, si el actor se encuentra obligado a litigar ante los jueces del domicilio o sede extranjeros, el emplazamiento es razonable que se realice en el domicilio o sede.

Pero, como veremos, el problema no es sencillo, pues en la hipótesis de contratos en los que existe prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros –y en los que el actor deduzca un planteo de nulidad de una cláusula de prórroga– la cuestión del emplazamiento no concurrente con la jurisdicción “pactada”, cuya nulificación se persigue, volvería a cobrar sentido.⁶⁰

Se ha señalado una suerte de “independencia”⁶¹ entre la jurisdicción y el emplazamiento que puede determinar las siguientes hipótesis:

- Que exista jurisdicción internacional pero no emplazamiento válido.

Ésta se da cuando existe jurisdicción internacional en el contrato (art. 1° CPCC o arts. 1.215 y 1.216 CC) pero el representante argentino es ajeno al mismo. Un ejemplo puede ser clarificador: un comprador argentino adquiere mercadería de un vendedor extranjero a través de un representante de éste en Argentina y se pacta la prórroga de jurisdicción en los jueces argentinos. Con posterioridad, el comprador argentino gestiona y suscribe con la sociedad, en el extranjero, un contrato de distribución exclusiva del producto en el país. El representante en el país no puede ser emplazado por litigios motivados por tal contrato de distribución.

En algunos casos la ley establece la jurisdicción internacional y la posibilidad de emplazamiento de la sociedad constituida en el extranjero. En este sentido, pode-

mos citar la ley de marcas 22.362, que establece que el *domicilio especial* (del art. 10) fijado por la sociedad constituida en el extranjero es válido para establecer *jurisdicción internacional argentina* y *notificar allí* las demandas judiciales de nulidad, reivindicación o caducidad de esa marca (art. 11 de la ley 22.362).⁶²

- Que exista emplazamiento válido pero no jurisdicción internacional argentina.

Esto se daría en el ejemplo anterior cuando en el primer contrato de compraventa se pacte la prórroga en el domicilio del vendedor extranjero y el litigio se motive en tal contrato (como, por ejemplo, defectos ocultos en la mercadería).

Naturalmente, cualquier planteo acerca de la validez del emplazamiento en el país debe ser juzgado por los jueces extranjeros que hayan asumido jurisdicción o al que se le pida el reconocimiento y la ejecución de la sentencia.

- 5) La función del emplazamiento y el derecho de defensa en juicio

En realidad, el emplazamiento es un acto de cooperación para hacer efectiva la jurisdicción.⁶³

Ahora bien, se ha sostenido que el art. 122 LS es fruto de la “modernización en todos los sentidos de las formas tradicionales de traer una sociedad constituida en el extranjero a juicio en nuestro país... frente al formidable avance de las comunicaciones al punto de permitir dar a conocer (o hacer saber a las partes) el contenido de las resoluciones judiciales en tiempo real; esto es, al momento en que se dictan, si el tribunal así lo dispusiese”.⁶⁴

Así lo avizoraba el maestro Goldschmidt al comentar un caso muy citado: “Ceteramente la sentencia opina que se dan las condiciones óptimas a la demanda si se litiga en Brasil. Pero de ello no se infiere que se produce indefensión si el juicio transcurre en Buenos Aires. *Télex y avión son medios eficaces de acortar distancias*”. El tribunal debió analizar, además, en la opinión del comentarista, si la demanda meramente declarativa era viable en Brasil y si los jueces de aquel lugar aceptaban su competencia.⁶⁵

62 Existe aquí jurisdicción internacional argentina y la posibilidad de emplazar la sociedad constituida en el extranjero en el domicilio especial en los litigios mencionados en el texto de la citada ley.

63 Boggiano, “Sociedades y Grupos multinacionales”, Buenos Aires, 1985, págs. 218-219; Freire Aurich, Juan Francisco, “Emplazamiento en juicio de la sociedad constituida en el extranjero”, en *LL -D-*, 1998, pág. 1.133; Cabanellas, Guillermo, “Aspectos Procesales de las Sociedades Extranjeras”, en *RDCO*, 1999, pág. 19.

64 Polak, ob. cit., pág. 134.

65 Ver fallo: “Icesa Industria de componentes electrónicos SA c/Bravos, SA Industria e Comercio Electrónico”, en *ED*, t. 108, pág. 602. Se trataba de una acción tendiente a declarar que las letras en cuestión no instrumentaban obligaciones a cargo de Icesa, siendo su circulación y empleo ejecutivo indebidos. La demanda se instaura en Buenos Aires y se emplaza a la demandada con domicilio en Brasil, en el representante argentino que intervino en el curso del contrato y no en la iniciación de las negociaciones (art. 122 LS). Se interpone la nulidad de la notificación y del emplazamiento y la incompeten-

58 Aunque no son normas de emplazamiento.
59 ¿Qué sentido tiene emplazar por el 122 inc. a) LS si no existe jurisdicción de los tribunales argentinos?

60 Desde que los jueces con jurisdicción subsidiaria podrían conocer las demandas de nulidad de las cláusulas de prórroga, es preciso reconocer que se puede emplazar en la persona del representante que intervino en el acto. Ver nuestros trabajos: “La jurisdicción internacional...”, cit., pág. 170; “Reflexiones acerca de la función jurisdiccio-

nal en el Mercosur” en obra coordinada por Ciro Caldaní, Miguel A., *Del Mercosur*, Ciudad Argentina, 1996, pág. 248; “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual”, en libro de ponencias del Congreso *El Derecho Procesal frente al Mercosur*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNL, pág. 674.

61 Boggiano, *Derecho...*, cit., págs. 149 y ss. Este autor destaca la independencia entre la jurisdicción y el emplazamiento, y cita jurisprudencia al respecto.

Estos argumentos, basados en el derecho de defensa en juicio, según el cual el representante constituido, a otros fines distintos de aquellos en que la *litis* se encuentra motivada, y a la cual fuera llamado, sería llevado o traído a un proceso cuyo contenido fáctico *no dominaría, no resistiría* –para algunos autores– *el cotejo con la realidad del mundo de las comunicaciones.*⁶⁵

El esfuerzo de la doctrina se motiva, precisamente, en que tal regla de emplazamiento no contiene una norma de jurisdicción internacional, pero ello no debe conducir a pensar que para el emplazamiento no rige el milenar principio de defensa en juicio fundante de la jurisdicción.

Sea cual fuere el avance de las comunicaciones, hoy por hoy el emplazamiento en el apoderado que intervino en el acto aislado deba ser objeto de cuidadosa interpretación por encontrarse en juego el principio de defensa en juicio. El domicilio o sede social no puede ser sacrificado en función del avance de la tecnología en las comunicaciones.⁶⁷ La proximidad del caso con el foro es razón suficiente para la atribución de jurisdicción, y el emplazamiento debe ser visto como una posibilidad de notificar a una sociedad extranjera, evitando las dilaciones y gastos que genera la cooperación jurídica internacional. Las limitaciones relativas a la necesidad de que el apoderado haya intervenido en el acto que motiva la *litis* son razonables y hacen a la tutela del derecho sustancial de defensa.⁶⁸ Pero debe quedar claro que, aun cuando existan contactos suficientes para fundar la competencia internacional de los jueces argentinos, ello no debe conducir a pensar que se puede emplazar a la sociedad constituida en el extranjero sin las limitaciones mencionadas.⁶⁹ Desde el punto de vista práctico, no existe suficiente razón para emplazar en el país cuando son competentes los jueces extranjeros del domicilio de la demandada. Más

cia de los tribunales argentinos. En primera instancia se hace lugar a la demanda. En segunda instancia se declara la nulidad de la notificación y del emplazamiento, con fundamentos en el principio de defensa en juicio: "grave dificultad" y "sustancial privación" de defensa en juicio, desde que no se pudo razonablemente prever la demanda en Buenos Aires. Confr. Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, págs. 60-61 y fallos de la Corte Suprema allí citados, 1978)

66 Polak, ob. cit., pág. 141, autor muy crítico a la jurisprudencia que impone tal exigencia de vinculación del acto con el representante.

67 Si bien ello no puede ser desconocido, el principio de defensa en juicio se plasma en el fuero general del domicilio. Por lo tanto este contac-

to debe ser preservado tanto a los fines de la jurisdicción internacional como del emplazamiento.

68 Quien intervino en negocio jurídico cuenta normalmente con los antecedentes y facultades para organizar adecuadamente la defensa de la sociedad demandada. Caso contrario, no existiría suficiente justificación por sí para sostener el emplazamiento, aun cuando existan contactos suficientes para fundar la jurisdicción internacional en esos jueces.

69 El hecho de que exista competencia no conduce necesariamente a la posibilidad de emplazar válidamente. Recíprocamente, el hecho que se pueda emplazar no implica atribución de jurisdicción internacional.

justificado sería en el caso de que sean competentes los de un tercer país y se decida emplazar aquí.⁷⁰ Pero, de todos modos, se debe aclarar que su validez siempre va a depender del contexto jurisdiccional de los jueces con competencia internacional para entender en la controversia. La casuística puede ser muy variada y rica, pero las normas de emplazamiento y jurisdicción no pueden afectar el principio de defensa en juicio.

La jurisprudencia se ha encargado de interpretar la norma en el sentido antes indicado.⁷¹

4.5.1.1.3. Sucursales, establecimiento o cualquier tipo de representación permanente (art. 118, 3ª parte, LS)

Se trata de una norma material de Derecho Internacional Privado que establece condiciones para que una sociedad constituida en el extranjero, sin personalidad jurídica argentina, realice el ejercicio habitual de su objeto en el país.⁷²

Como se ha señalado acertadamente, la enumeración del art. 118 no es taxativa, pudiendo la sociedad extranjera actuar mediante contratos de concesión, agencia o *franchising*. También destaca que lo importante para el juego de esta norma es el asiento físico y jurídico permanente de la sociedad extranjera en nuestro país, que se evidencia a través de instalaciones inmobiliarias (oficinas, negocios a la calle, taller de manufacturas) y atributos jurídicos que no sería dable atribuir a quien realizare uno o más actos *desconectados* entre sí en nuestro país (marca registrada, utilización de papel con membrete, e indicación de la sede en nuestro país).⁷³

La sucursal es una hipótesis de descentralización empresarial que cuenta con las siguientes características:⁷⁴

- a) Es una simple extensión de la empresa a la que está subordinada y tiene su mismo objeto;
- b) tiene una instalación material distinta de la del establecimiento principal;
- c) está a cargo de un factor o agente dotado de cierta amplitud y libertad de acción, si bien subordinado a las directivas impuestas por la administración central;

70 Por ejemplo, por razones de proximidad geográfica.

71 Ver caso ya citado, CNCom., Sala A del 5/8/83 en la causa "Icesa industria de componentes electrónicos SA c/Bravos, SA Industria e Comercio Electrónico", en ED, t. 108, pág. 602; también en este sentido: CNCom., Sala B del 23/12/86 en la causa: "A. G. Cordero y C. A. Cordero c/ Cirafin SA y otros", en ED, t. 125, pág. 637; se

excluyó la aplicación del art. 122 inc. a) por no haber tenido el representante intervención directa en el conflicto en litigio.

72 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 560.

73 Monteleone Lanfranco, ob. cit., LL del 11 de febrero de 2002, pág. 4.

74 Se ha seguido a Fontanarrosa, *Derecho Comercial Argentino*, t. I, Zavalla, 1999, pág. 204.

d) tiene una clientela, por lo común, distinta de la del establecimiento principal.

La noción de establecimiento tiene que ver con todos los elementos necesarios para el desarrollo del giro comercial⁷⁵ y ha sido definida como el acto de comercio ejecutado con profesionalidad, reiteración y dentro de un sistema que lo vincula a otros actos, configurando un giro comercial único.⁷⁶

En cuanto a la representación permanente, debe existir poder para actuar en el país durante un lapso más o menos prolongado o indeterminado.⁷⁷

Es necesario poner énfasis en que la hipótesis de representación permanente implica un reconocimiento de la personalidad jurídica extranjera⁷⁸ y, además, parcial y especialmente regida por normas materiales y de policía de Derecho Internacional Privado, fuera de las cuales la ley personal de la sociedad conserva toda su vocación para regirla.

A) Requisitos

- La sociedad debe acreditar su existencia con arreglo a las leyes de su país. Se trata de una comprobación documental, por lo que se debe cumplir con las reglas de cooperación que regulan el tratamiento del documento extranjero para dotarlo de autenticidad.⁷⁹

- Fijar domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República. Esta exigencia sólo se satisface con la indicación de la jurisdicción, pero autorizando al representante a precisar la calle, el número y oficina (si existiera) en donde funcionará la administración social.⁸⁰

- Justificar la decisión de crear dicha representación y designar a la persona a cuyo cargo estará. Se debe acompañar la documentación que justifique la creación de la representación, esto es, las actas de los órganos de gobierno y de administración, y, asimismo, la documentación que acredite la designación del representante.⁸¹

- Determinar el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales.⁸²

Cumplidos los requisitos, no se requiere autorización administrativa para el funcionamiento de la sucursal.⁸³

75 Monteleone Lanfranco, ob. cit., pág. 4.

76 Roca, *Sociedades...*, cit., pág. 53.

77 Monteleone Lanfranco, ob. cit., pág. 4.

78 Sujeta a un Derecho extranjero.

79 Con la legalización o certificación por parte de las autoridades extranjeras pertinentes.

80 Polak, ob. cit., pág. 122.

81 Ídem.

82 Rovira ha puntualizado que tal asignación no implica limitación de responsabilidad de la casa matriz. Ver *Sociedades...*, cit., pág. 62.

83 Ver en este sentido el interesante fallo del Juzgado de Primera Instancia Comercial de la Capital, en la causa "American Express Internacional Inc" del 14 de agosto de 1980; en *ED*, t. 91, pág. 449; ver también Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 561.

B) La capacidad de actuación

La capacidad de actuación de la sociedad constituida en el extranjero –a través de una sucursal o representación permanente– es regida por la ley del lugar de constitución.

Pero la actuación *ultra vires* tiene la peculiaridad de desencadenar la aplicación de la norma de policía societaria, que manda a aplicar la ley argentina, a la responsabilidad de los administradores de la sociedad constituida en el extranjero (art. 121 LS).

Se puede, entonces, recurrir al art. 58 LS, que obliga a la sociedad cuando los actos celebrados por el representante no sean *notoriamente extraños* al objeto social, limitada la responsabilidad a los bienes sitos en el territorio argentino.⁸⁴ Es una aplicación especial del favor *negotiorum patriae* (art. 14 inc. 4 CC).

C) La contabilidad separada

Se trata de una norma material de Derecho Internacional Privado que impone especialmente a la sociedad constituida en el extranjero llevar contabilidad separada de su gestión local (art. 120 LS).⁸⁵

La exigencia de contabilidad separada se encuentra relacionada con el ejercicio del control de la sociedad, que de esta forma se ejerce efectivamente y no como un mero trámite administrativo.⁸⁶

Asimismo, adquiere mayor relevancia en consideración no sólo de la sociedad y terceros acreedores, sino del interés general representado por el Estado para el supuesto de que sea necesario reconstruir la actuación del comerciante para el ejercicio de su poder de policía o para el caso de quiebra; y también para determinar el resultado de esa actividad en lo referido a la percepción de impuestos.⁸⁷

D) Normas de policía aplicables a las sucursales

1) Tipo desconocido (art. 119 LS)

La norma del art. 119 LS regula la sociedad constituida en el extranjero de tipo desconocido para nuestra ley de sociedades; correspondiendo a la autoridad de contralor la determinación de las formalidades a cumplir en cada caso, con criterio de *máximo rigor* previsto en la ley de sociedades.

Los autores discrepan acerca de cuáles son las formalidades que se le deben exigir a estas sociedades.

84 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 562.

85 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 560.

86 Polak, ob. cit., pág. 130.

87 Halperin, Isaac, *Curso...*, cit., pág. 180;

Nissen, *Ley de Sociedades...*, cit., pág. 325;

Polak, ob. cit., pág. 131.

La gran mayoría se inclina por las reglas de las sociedades anónimas.⁸⁸ Otros disienten con esta postura porque la propia ley nada ha sostenido al respecto cuando la norma del art. 121 LS expresamente remite al régimen de las sociedades anónimas, y la propia letra de la norma en cuestión ordena "determinar las formalidades a cumplir en cada caso", mandando a la autoridad a que estudie y decida "con sujeción al criterio de máximo rigor".⁸⁹

En verdad, pienso que esta norma resuelve un problema que en el Derecho Internacional Privado se ha denominado "de la determinación del concepto prejudicial o sustitución".⁹⁰ Opera cuando es preciso determinar el régimen de formalidades del foro a una sociedad constituida en el extranjero de tipo desconocido, buscando el equivalente en la *lex fori*.

Esto implicaría imponer formalidades a cada solicitud de inscripción, no obstante que "el mayor rigor, a que se refiere el art. 119 LS, se limita exclusivamente a la publicación de edictos prevista en el art. 10 de dicho ordenamiento legal".⁹¹

En tal sentido, un fallo de la CNCom., Sala E. en la causa "Lloyd Aéreo Boliviano SA c/ Interjets (empresa de viaje y turismo de Horacio Zambonini)",⁹² resolvió que "si una sociedad constituida en el extranjero es de tipo desconocido en el país no puede asimilarse a una sociedad anónima cuando no concurre la hipótesis del art. 124 LS, por lo que no puede pretenderse que la designación del representante a que alude el 118, 3ª parte, LS, deba realizarse conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas".⁹³

Como no puede ser de otro modo, es preciso interpretar restrictivamente la norma de policía del art. 119 LS, en su adecuada y razonable relación con los arts. 118, 3ª parte, y 124 LS.

2) Sometimiento al control

La norma de policía contenida en el art. 120 LS debe ser objeto de una interpretación restrictiva debido a aparecer con un ámbito de aplicación tan exorbitante como rayano con el absurdo.

88 Perciavalle, *Sociedades...*, cit., pág. 15; Nissen, *Ley de Sociedades...*, cit., pág. 324; Verón, *Sociedades...*, cit., pág. 507; Rovira, "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República", LL, t. 155, pág. 992.

89 Polak, ob. cit., pág. 127.

90 Lipstein, Kurt, "The General Principles of Private International Law", en *RCDI*, 1972, t. v. 132, pág. 207; Rigaux, François, *Derecho Internacional Privado*. Parte General, Civitas, pág. 365.

91 Nissen, ob. cit., pág. 324; Perciavalle, ob. cit., pág. 15.

92 Ver *ED*, t. 136, págs. 171 y ss. con nota de Radzymisky: "Nuevos problemas de Derecho Internacional Privado Societario".

93 Al parecer, la Cámara —con acierto— distingue la aplicación del art. 119 LS según se enfrenta a los ámbitos de aplicación de las normas del art. 118, 3ª parte LS por un lado, y del art. 124 LS por el otro.

La doctrina insinuó tal problema al señalar que debería entenderse que el artículo hace referencia a las representaciones permanentes en el país; y que "sorprende" que en la Exposición de Motivos este aspecto de la norma no haya sido motivo de comentario, aun cuando el texto, claramente, hace referencia a "la sociedad".⁹⁴

La correcta interpretación de la norma debe ser dada siguiendo los pasos de Le Pera, en el sentido de que el control debería circunscribirse a la representación argentina, cualquiera sea su especie, en sus representantes, negocios y bienes vinculados a ella. La razón es simple: la autoridad administrativa argentina carece de competencia para controlar la sede o centros de explotación extranjeros.⁹⁵

Aquí, la competencia de la autoridad administrativa argentina tiene una función limitante de la norma de policía, haciendo "depender la aplicación de esta última de la existencia de aquella, con lo que el ámbito de aplicación indeterminado y exorbitante se corrige con el contacto jurisdiccional suficiente, lo que torna la norma de policía más razonable".⁹⁶

3) Responsabilidad de los representantes (art. 121 LS)

El art. 121 LS es una norma de policía de Derecho Internacional Privado argentino que manda aplicar la *lex fori* a la responsabilidad de los representantes de la sociedad constituida en el extranjero.

La remisión es, en primer lugar, al régimen de responsabilidad en general (art. 59 LS) y de imputación de la actuación al ente, cuando los actos no sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58 LS).

En segundo lugar, también se refiere a las reglas de responsabilidad por acciones individuales y sociales (arts. 275, 276, 277, 278, 279 y concordantes de la LS).

En tercer lugar, también responden por la quiebra de la sociedad (art. 173, 19.561 y modificatorias).

Naturalmente, la norma de policía se encuentra limitada por la jurisdicción internacional argentina para entender en las acciones de responsabilidad.⁹⁷

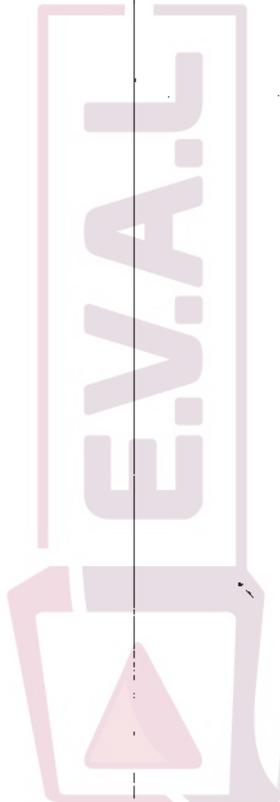
En esta línea de pensamiento, el art. 121 LS será aplicable cuando exista jurisdicción internacional de los jueces argentinos, pudiendo delinear las siguientes hipótesis, a saber: a) existe jurisdicción argentina para las cuestiones societarias o concursales en el caso de que la sociedad se encuentre incurso en el art. 124 LS; b) en acciones individuales de terceros y accionistas contra los representantes del art. 118, 3ª parte, LS, por su actuación en el territorio del país, y en razón de los efectos que generen responsabilidad de los mismos;

94 Le Pera, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Astrea, pág. 226.

95 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 562.

96 Ver nuestro trabajo "Jurisdicción Internacional...", cit., pág. 165.

97 Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 556, advirtiendo este autor la dudosa razonabilidad de la norma del art. 121 fuera de la hipótesis del art. 124 LS; ver nuestro trabajo "Jurisdicción...", cit., pág. 165.



c) en acciones de responsabilidad previstas por las normas concursales (arts. 173 y concordantes de la ley 19.551) cuando exista jurisdicción internacional argentina para declarar la quiebra de la sociedad constituida en el extranjero y su eventual extensión. Esto es, siempre que existan bienes en el país: el foro del patrimonio (art. 3° inc. 5 de la ley 19.551). Se trata de una competencia por conexidad a favor del juez que entiende en la quiebra (art. 176 de la citada ley).

E) El emplazamiento de la sociedad constituida en el extranjero por el ejercicio habitual de actos en el país (art. 122 inc. b LS) y las cuestiones de jurisdicción internacional

La norma consagra una posibilidad de emplazamiento con la misma finalidad perseguida para el acto aislado.

La doctrina ha exigido una vinculación razonable entre la sucursal y el acto objeto del litigio, esto es, no debe ser la actuación ajena a la sucursal.⁹⁸

No existe razón plausible para abandonar este criterio con el solo argumento de que no es exigido por la letra de la ley. Asimismo, debemos tener en cuenta el domicilio legal "especial" (art. 90 inc. 4° CC) relativo a "las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad".⁹⁹

Los tratados de Montevideo y la CIDIP II-1979 en este punto van más allá y establecen la jurisdicción internacional basada en las sucursales. No contienen norma de emplazamiento, salvo el Tratado de Derecho Civil de 1940, que establece un domicilio "especial" para las personas jurídicas en el lugar donde funcionen los establecimientos, sucursales, agencias en "lo concerniente a las operaciones que allí se practiquen" (art. 10). Este domicilio especial podría entenderse como lugar de emplazamiento para las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero.

En la Unión Europea existe también jurisdicción basada en las sucursales (ver art. 5 inc. 5° que regula las *competencias especiales*, del Reglamento 44/2001 de Bruselas, en el que se establece que las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: "...si se tratare de litigios

98 Boggiano, *Derecho...*, cit., pág. 155. Rovira, *Sociedades...*, cit., pág. 88; Nissen, *Ley de Sociedades...*, cit., pág. 327; Freire Aurich, ob. cit., págs. 1.136-1.137. En contra: Cabanellas, ob. cit., pág. 26; Polak, ob. cit., pág. 141. Aunque no son argumentos convincentes, pues no existen mayores diferencias entre el representante del inc. a) y el del inc. b) a los fines de evaluar al indefensión. La exigencia de haber intervenido en el acto es exigida pacíficamente por nuestra jurisprudencia, aun en el caso de la jurisdicción

interna: Las demandas instauradas en el domicilio de las sucursales de las Sociedades de Seguro han sido admitidas cuando el contrato de seguros se haya celebrado en las mismas: ver la competencia fundada en el art. 118 de la ley 17.418.

99 Este último punto no debe ser desconocido, pues hacer negocios en el territorio de otro país no implica que sean justificados los emplazamientos motivados en negocios ajenos al país de actuación.

relativos a la explotación de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento, ante el tribunal del lugar en que se hallaren sitios" (art. 5°, inc. 5° del citado Reglamento).

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la causa N° 33/78 del 22 de noviembre de 1978, "Somafer c/ Saar Ferngas", ha sostenido respecto del 5.5. del CB: "...ha creado un foro especial justificado por el vínculo de unión particularmente estrecho entre un litigio y la jurisdicción que puede ser llamada a conocer de él, en función de la organización útil del proceso... y comprende:

"1. Litigios concernientes a derechos y obligaciones contractuales y no contractuales relativos a la gestión propiamente dicha de la agencia, de la sucursal o del establecimiento propiamente dicho, tales como el alquiler de locales, donde se establecen estas entidades o la contratación la plaza del personal que trabajará en ellas.

"2. Litigios relacionados con la actividad exterior del establecimiento, relativos a los compromisos contraídos en el centro de operaciones... en nombre de la casa matriz y que deben ser ejecutados en el Estado contratante donde el centro de operaciones está establecido".

Como se ha aclarado atinadamente, este lugar de ejecución no debe necesariamente coincidir con el Derecho aplicable al contrato objeto del litigio.¹⁰⁰

"3. Litigios relativos a obligaciones no contractuales que tienen su origen en actividades que la agencia, sucursal o establecimiento han asumido en el lugar de su situación por cuenta de la matriz".¹⁰¹

La justificación del foro del artículo 5.5. reside en la proximidad del juez para con el litigio caracterizada por una vinculación objetiva y particular que garantiza una organización útil del proceso.¹⁰²

El establecimiento de una norma de jurisdicción internacional se trata sin duda de un acierto, desde que se tiene en cuenta el interés de los terceros con los que se relaciona la sucursal.

¿Podría elaborarse por analogía una norma de jurisdicción internacional en el Derecho Societario argentino de fuente interna basada en el art. 6° de la CIDIP 1979 de Sociedades Mercantiles?

100 Blanco - Morales Limones, ob. cit., pág. 146, nota 37.

101 Ver la sentencia en "Competencia Judicial Internacional y Reconocimiento de Resoluciones Judiciales Extranjeras: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia", a cargo de Virgós Soriano, Miguel y Rodríguez Pineau, Elena, McGraw Hill, 1999, pág. 60.

102 Blanco - Morales Limones, ob. cit., pág. 141. Esta autora sostiene que se garantiza el interés del demandante, que no se ve obligado a litigar en un tribunal lejos del lugar donde se desarrolla la actividad del establecimiento.

Similar solución –como hemos visto– contempla el art. 90 inc. 4º CC al establecer el domicilio especial de las sucursales y establecimientos solamente para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales. Cuando el domicilio se inscribe conforme el art. 118, 3ª parte, LS, tal domicilio especial podría servir de base para la competencia.¹⁰³

Ahora bien, por tratarse de una norma especial de competencia, que exceptúa la general del domicilio o sede, nunca fue partidario de extenderla a cuestiones relativas a sociedades comerciales cuando la ley de sociedades no la establecía expresamente con supuesto. Tampoco lo hace el art. 5 inc. 11 del CPCCN, que establece la competencia interna de los jueces del domicilio social inscripto. La especialidad de la jurisdicción internacional en materia de sucursales o establecimientos nos conducía, sin más, a una interpretación restrictiva de los supuestos especiales.¹⁰⁴

Aunque la cuestión es distinta si contamos con expreso reconocimiento en tratados internacionales incorporados a nuestro Derecho Internacional Privado.¹⁰⁵

Sin duda, la respuesta en orden a la posibilidad de integrar análogicamente la solución del art. 6º de la CIDIP II-1979 de Sociedades Mercantiles¹⁰⁶ debe ser positiva.

No obstante, para despejar cualquier interrogante, es de esperar que una futura reforma incorpore –expresamente– la jurisdicción especial a nuestro sistema de Derecho Internacional Privado Societario de fuente interna.¹⁰⁷

103 Ver argumento en Cabanellas, *Aspectos Procesales...*, cit., pág. 5; Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, Buenos Aires, 1995, pág. 641.

104 Ver el principio en Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, 10ª edic., 1991, pág. 247.

105 La posibilidad de aplicación analógica de la norma contenida en el art. 6º de la CIDIP II-1979 para suplir lagunas en la fuente interna es inobjetable.

106 Que reconoce la competencia de los jueces del lugar de actuación habitual de la sociedad extranjera.

107 Si bien el procedimiento de construcción de normas de jurisdicción internacional es legítimo.

el reconocimiento expreso no dejaría lugar a dudas, más aún teniendo en cuenta la importancia de brindar un acceso seguro que hace al derecho de defensa en juicio. Para la construcción de normas de jurisdicción internacional consultar Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 150. Este autor sienta dos reglas: "1) Ante la carencia de norma de jurisdicción en la fuente interna, se debe recurrir a las reglas de jurisdicción existente en tratados internacionales vigentes, que cuenten con mayor proximidad analógica. 2) Ante la carencia de reglas específicas de jurisdicción internacional se debe recurrir a las normas nacionales de competencia interna y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborada para las cuestiones de competencia...".

4.5.2. Necesidad de regulación de la actuación indirecta

4.5.2.1. Quid "de la sociedad constituida en el extranjero que constituye sociedad en el país o adquiere participación de control sobre la sociedad local"

En su oportunidad, se analizó el ejercicio indirecto de actos previsto por el art. 6º de la CIDIP 1979 de Sociedades Mercantiles, adonde nos remitimos.

Vimos también, en la fuente interna, que la compra de acciones que otorgue una participación de control en una sociedad local obliga a la sociedad constituida en el extranjero a cumplir con los requisitos del art. 123 LS.¹⁰⁸ Cumplidos los mismos, se estima agotada la función de la citada norma.

No se puede afirmar que la norma en cuestión regule la actuación indirecta.

Destacamos la resolución de la Inspección General de Justicia, N° 6396, que establece: "Los poderes a conferirse a los representantes de la sociedades extranjeras a los efectos del cumplimiento del art. 123 de la ley 19.550 deben ser de tal amplitud que los faculte a recibir y contestar emplazamientos o notificaciones administrativas o judiciales que sean consecuencia de la participación en la sociedad local (art. 1).

La imprecisión de la norma puede dar lugar a interpretaciones equivocadas.

Sin embargo, se ha afirmado con énfasis que la participación de una sociedad extranjera en una local se ha regulado en forma autónoma, por lo que no puede dar lugar a los efectos previstos en el art. 122 LS por no encuadrar ni en la hipótesis de actuación aislada ni en la habitual.¹⁰⁹

En esta línea argumental, la jurisprudencia ha sostenido que "la inscripción, a los efectos de participar en una sociedad local, no coloca a la sociedad así inscripta en la situación del art. 122 inc. b) LS, ni permite citar e absolver posiciones por medio del representante inscripto respecto de tal participación".¹¹⁰

Tal inscripción tampoco autoriza a efectuar la notificación de la demanda por medio de ese representante cuando la demanda entablada contra la sociedad extranjera no verse sobre un tema relacionado con el carácter de accionista en una sociedad local.¹¹¹

108 Destacamos que tal norma desempeña función informativa, y que los requisitos a cumplir eran: la acreditación de su constitución de acuerdo con su ley personal; la inscripción del contrato social, sus reformas, etc. y la documentación habilitante; como así también la relativa a sus representantes legales.

109 Boggiano, *Sociedades...*, cit., págs. 236 y 237; Freire Aurich, ob. cit., pág. 1.143; Cabanellas, ob. cit., pág. 30.

110 Ver fallo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Comercial N° 7, del 22/8/88, en la causa "Velsicol Chemical Corp. c/Gylor SA", en ED, t. 130, pág. 527, con nota de Radzyminski, A. P.: "Problemas de Derecho Internacional Privado Societario".

111 Ver fallo del Juzgado Federal N° 1 de Bahía Blanca, del 25/11/96, citado por O'Farrell y García Morillo, ob. cit., pág. 1.320.

4.5.2.2. Carencia de normas de jurisdicción internacional y de encuadre normativo para la actuación indirecta

En materia de actuación indirecta se generan numerosos interrogantes que deberían ser respondidos y luego regulados expresamente por ley.

Boggiano nos llamó la atención sobre tal problema, sosteniendo como razonable y de *lege ferenda* "requerir de una sociedad constituida en el extranjero que adquiera, por cualquier medio (art. 33, LS reformada por la ley 22.903), el control de una sociedad local, la constitución de domicilio en el país, ante el cual la sociedad extranjera podrá ser demandada y emplazada, por acciones derivadas de su carácter de controlante".¹¹²

Es curioso que la doctrina internacionalista no haya propuesto traer por analogía la sorprendente norma de jurisdicción internacional prevista por la CIDIP II-1979 de Sociedades Mercantiles para el ejercicio indirecto de actos en el territorio de otro Estado (art. 6º).¹¹³

Las divergentes opiniones en torno a la citada norma nos conducen a una situación de necesidad de intervención legislativa que dotaría de mayor seguridad al contacto jurisdiccional. El recurso a la analogía formal y material con la fuente convencional¹¹⁴ es la única posibilidad que asiste ante la laguna en la fuente interna.

Pero aun así, a pesar de contar con norma de jurisdicción estructurada por analogía, se generan serias dudas en cuanto a cuál es el encuadre normativo de Derecho Internacional Privado a exigirse.¹¹⁵

En suma, podríamos suplir la laguna jurisdiccional con el Tratado de Montevideo de 1979 - CIDIP II de Sociedades Mercantiles, pero sólo para las cuestiones generadas por el ejercicio de control. Y ello no resuelve aún el punto decisivo: el eventual encuadre en la fuente interna¹¹⁶ para exigirles el cumplimiento de los recaudos pertinentes derivados de la actuación indirecta.

Para despejar incertidumbres, por la naturaleza de las normas en juego, en una futura reforma, debería exigirse la constitución de domicilio especial para el emplazamiento y el establecimiento de jurisdicción internacional argentina en estos supuestos como así también los requisitos puntuales que se les exigirán a las mismas.

112 Ver Boggiano, *Derecho...*, cit., t. 3, págs. 165 y 168.

113 No obstante, recordamos que no contamos con la posibilidad del emplazamiento para esta hipótesis.

114 Del art. 6º de la CIDIP II-1979 de Sociedades Mercantiles.

115 El sometimiento a la ley del Estado donde se realice el ejercicio indirecto implica la necesidad de regular en nuestra fuente interna cuál es el encuadre normativo de tal sociedad. La intervención legislativa también es necesaria en este punto.

4.5.3. Actuación directa fraudulenta

4.5.3.1. De la sociedad constituida en el extranjero

1) Remisión

La actuación fraudulenta se castiga con rigor e imprecisión.¹¹⁷

La sociedad constituida en el extranjero se encuentra incurso en el art. 124 LS cuando se encuentren "inequívocamente" radicados en la República cualquiera de las conexiones siguientes: la "sede real y efectiva" o "el centro de explotación exclusivo".¹¹⁸

Esta norma desplaza a la norma de conflicto del art. 118, primera parte, LS.

Es preciso distinguir el Fraude como problema de la parte general del Derecho Internacional Privado -que requiere un proceso probatorio del mismo-¹¹⁹ de la norma de policía del Derecho Internacional Privado argentino -que sólo requiere un proceso probatorio de que sus conexiones se localizan en el país.

La situación es notoriamente diferente¹²⁰ respecto de las soluciones posibles, a saber:

a) Probado que una sociedad se encuentra incurso en la norma del art. 124 LS, ésta puede demostrar su falta de intención fraudulenta para evitar las consecuencias de su aplicación.¹²¹

b) Probado que una sociedad no se encuentra incurso en el art. 124 LS,¹²² siempre se exige la prueba inequívoca del Fraude a la ley,¹²³ en razón del principio de que la buena fe se presume.

Destacamos, asimismo, la necesidad de interpretar restrictivamente el art. 124 LS, de modo que no avasalle el régimen de Sucursales (art. 118, 3º parte), y éste, a su vez, que no vacíe de contenido el régimen del acto aislado (art. 118, 2º parte).

2) La jurisdicción internacional argentina no es exclusiva.

Existe el contacto jurisdiccional argentino, deducido a partir de la aplicación del Derecho argentino,¹²⁴ aunque no es exclusivo.¹²⁵

116 Art. 118 3º parte o en el art. 124 LS.

117 Hemos analizado la norma del art. 124 LS.

118 Ver interpretación de Boggiano, *Curso...*, cit., págs. 523-536.

119 Fundamentalmente la prueba de la existencia de normas que se pretenden evadir y de la intención fraudulenta de las partes para evitar las consecuencias de aquéllas.

120 Aunque en los dos casos las consecuencias son las mismas, esto es, se aplicaría el Derecho Comercial argentino que se pretendía evadir.

121 Por ejemplo, en el caso del traslado serio de la sede al país, para la adaptación al Derecho argentino.

122 Esto es cuando no se operan las conexiones de las normas.

123 Como instituto de la parte general del Derecho Internacional Privado.

124 Procedimiento que se deduce a partir del *forum causae*. Ver nuestro trabajo "Jurisdicción...", cit., pág. 161.

125 Esta tesis fue fundada en el mismo trabajo citado, *idem*, pág. 164.

Necesitamos partir de una distinción que es fundamental, pues se trata de dos tipos de normas en el sistema de Derecho Internacional Privado: las normas de jurisdicción internacional tienen naturaleza procesal y las normas de policía tienen naturaleza sustancial.

Cuando hablamos de exclusividad de aplicación de la *lex fori*, lo hacemos en razón de que la norma de policía es la máxima expresión del orden público sustancial internacional argentino.

Igualmente, cuando hablamos de jurisdicción exclusiva es porque tal norma expresa un principio de orden público procesal internacional argentino.

En este orden de ideas, podríamos sostener que el orden público en que se asienta la norma de policía es sustancial frente al aquel en el que se asienta la norma de jurisdicción exclusiva, que es procesal.

Ahora bien, la jurisdicción argentina exista a partir de la norma de policía con fundamento en el *forum causae*.¹²⁶ Tal deducción del Derecho aplicable, garantiza el contacto jurisdiccional suficiente, que exige al principio de razonabilidad en la jurisdicción internacional.¹²⁷

Pero de esta sola circunstancia no se puede concluir que existen también razones de orden público internacional procesal para fundar la norma de jurisdicción exclusiva.¹²⁸

Es principio de orden público procesal de defensa en juicio, que puede presentar un aspecto positivo (derecho de acceso a la jurisdicción) y negativo (garantía de organizar adecuadamente la defensa de sus derechos).

Las razones que podríamos esgrimir son las siguientes:

a) La exclusividad de jurisdicción en el Derecho Internacional Privado no es la regla.¹²⁹ El ejercicio de la soberanía efectiva por parte de una pluralidad de Estados

de defensa en juicio, en su aspecto positivo, esto es, el acceso a la jurisdicción, o negativo, es decir el derecho de defensa, juegan un rol importante para determinar la jurisdicción internacional argentina. No obstante ello, por lo que representa e implica la exclusividad de jurisdicción, es preciso una decisión legislativa en el campo procesal para el establecimiento de la misma. No debemos olvidar que la exclusividad puede beneficiar a una parte y perjudicar a la otra, rompiendo el equilibrio de las mismas en el proceso. La intervención legislativa es requerida cuando se trata de una parte débil, como por ejemplo el consumidor.

129 El principio es que las normas de jurisdicción internacional son siempre concurrentes.

126 Que genera en principio jurisdicción concurrente con otras posibles. El *forum causae* implica jurisdicción deducida del Derecho aplicable: art. 56 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Tal foro es siempre concurrente con el domicilio del demandado.

127 Ver nuestro trabajo "Jurisdicción...", cit., pág. 161. El contacto razonable exigido en el método de elección a los fines del Derecho aplicable debe ser estrecho, el más próximo. Para la jurisdicción internacional sólo basta un contacto mínimo suficiente del caso con el foro.

128 No son en principio automáticamente transmisibles los principios de orden público internacional sustancial al campo procesal. El principio

hace que cada uno deba admitir una autolimitación en la competencia de los propios órganos.¹³⁰ El reconocimiento del ejercicio de jurisdicciones concurrentes hace funcionar la efectividad de las soluciones.¹³¹ Esta afirmación, a su vez, se sustenta en el principio de defensa en juicio en su aspecto positivo, visto como la necesidad de garantizar el acceso a la jurisdicción.

b) De otro modo, se podría sofocar¹³² el funcionamiento de normas que garantizan el acceso a la jurisdicción como derecho fundamental.

c) Luego, la exclusividad de jurisdicción debe ser establecida en forma expresa por el legislador. No sólo por lo manifestado en los puntos a) y b), sino también porque las normas de jurisdicción exclusiva –basadas en el orden público internacional procesal– deben ser interpretadas restrictivamente al igual que las normas de policía –basadas en el orden público internacional sustancial. La similitud de situaciones hace que sea necesario considerar un cierto paralelismo entre una y otra. Las funciones que desempeñan en el Derecho Internacional Privado y el peligro que genera una interpretación sumamente laxa amenazan con sofocar el funcionamiento de otras normas de jurisdicción concurrentes (no exclusivas) denegando la posibilidad de otros foros extranjeros próximos. Es acertado metodológicamente sostener que la exclusividad de la jurisdicción debe depender de una decisión legislativa expresa.¹³³

d) La exclusividad de jurisdicción basada en la norma de policía no impediría que los jueces extranjeros asuman competencia. Y si así lo hacen, por cuestiones de efectividad, siempre van a tener que aplicar la norma de policía argentina, por las escasas posibilidades de reconocimiento de la sentencia en el foro. ¿Cuál es la razón práctica para la exclusividad?¹³⁴ Sólo quedaría en pie un fundamento surgido a partir de una transparencia de principios sustanciales al ámbito procesal. Se trataría, entonces, de una cuestión "puramente competencial", que a su vez veda –únicamente para el foro argentino– el acceso a jurisdicciones concurrentes extranjeras. Al no verse violentado ningún principio de Derecho Internacional Privado de índole procesal, el hecho de que jueces extranjeros puedan asumir jurisdicción con contactos razonables no se vislumbra motivo para negar la competencia de los mismos.¹³⁵

130 Rigaux, *Derecho...*, cit., pág. 58.

131 La exclusividad de la jurisdicción internacional obstaculizaría la cooperación jurídica internacional, vedando así el reconocimiento y la ejecución de las decisiones.

132 Por vía interpretativa.

133 Como se sostuvo con las normas de policía de Derecho Internacional Privado.

134 Si asumen competencia y cumplen con las previsiones de la norma de policía argentina.

135 Por ejemplo, la acción de responsabilidad de los socios suscriptores accionistas contra los representantes y fundadores extranjeros de una sociedad constituida en fraude al Derecho argentino, por las consecuencias que trae aparejada la aplicación de nuestro sistema jurídico a tal sociedad. Se partiría, entonces, de la aplicación estricta de nuestro Derecho Privado. ¿Qué principio jurisdiccional se vería afectado?

e) Estos trasplantes de principios sustanciales hacia el ámbito procesal podrían conducir a encerrar al Derecho Internacional Privado en un *unilateralismo* no deseable, bloqueando –por una simple cuestión de incompetencia– el reconocimiento de sentencias extranjeras con criterios rigurosos de orden público de protección superiores que los del foro.¹³⁶

f) La consideración de la sociedad como "local", del art. 124, merece algunas observaciones. Estimo que no constituye un argumento del todo concluyente para negar la competencia concurrente de los jueces extranjeros del lugar de *constitución* o de la *sede*. Pero debemos aclarar que tampoco son convincentes los argumentos de algunos autores, como Cabanellas, para sostener la no exclusividad *solamente* por esta consideración.¹³⁷ Veamos tal argumento. Este autor sostiene la no exclusividad a raíz de que la consideración legal de la sociedad extranjera como "local" no la hace más local que las constituidas en el país, para las que cabe la prórroga de jurisdicción internacional. No es posible comprender tal afirmación, dada la exigencia del carácter internacional de la controversia, para la existencia de prórroga (art. 1 CPCCN). En este sentido, cabe tener presente el elemento de extranjería que el legislador societario ha tenido en cuenta –tanto en la fuente interna como en la internacional– es el lugar de constitución de la sociedad.¹³⁸ Si bien podríamos considerar otras tesis más amplias respecto de la internacionalidad,¹³⁹ la solución en cuanto a la *imposibilidad* de concebir la prórroga es invariable. No cabe otra conclusión: si se encuentra constituida en el país y no en el extranjero se rige por la ley argentina y es en principio una sociedad considerada como local, con la *imposibilidad de prorrogar en jueces o árbitros extranjeros en esa hipótesis*.¹⁴⁰

136 Siempre recordamos las enseñanzas del maestro Werner Goldschmidt acerca del razonamiento unilateral del profeta Oman al quemar la biblioteca de Alejandría.

137 Cabanellas Guillermo, "Cuestiones Procesales de las Sociedades Constituidas en el Extranjero", en *ADCO* N° 185, 1999, págs. 11 y ss.

138 Entendido en sentido amplio: también comprende el Registro, la sede social, y en algunos casos la existencia de patrimonio de la sociedad. Boggiano, *Derecho Internacional...* cit., pág. 143-144. Respecto de la necesidad de que el elemento extranjero sea objetivo y jurídicamente relevante ver también Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Tecnos, 1983, págs. 39 y ss., quien recuerda el magnífico curso de Maury, J., "Régimes Générales des conflits de lois", en *RCDI*, v. 57 III, 1936 págs. 329 y 375.

139 Ver otros autores que son más amplios en la consideración del elemento extranjero, sosteniendo que la internacionalidad del elemento puede ser objetiva o subjetiva, presentando diferentes grados de relevancia para el legislador, pero siempre estas situaciones forman parte del objeto del Derecho Internacional Privado, cualquiera sea su relevancia –principal o accidental. González Campos, J. D. *Derecho Internacional Privado*, Introducción, UAM, Madrid, 1984, págs. 2 y ss.; Fernández Rozas, José C. y Sánchez Lorenzo Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, 1995, pág. 51.

140 La incurso en el art. 124 LS *debería* estar adaptada al Derecho argentino, pero no lo está. No obstante, los argumentos de la improrrogabilidad en este caso son otros, y oportunamente se esgrimirán.

Nótese que los elementos de extranjería considerados en la norma de policía argentina sufren una suerte de restricción que produce la domesticación de la sociedad.¹⁴¹ No obstante, la norma de policía debe ser interpretada restrictivamente: la consideración de la sociedad como "local" que desconoce otros elementos de extranjería, que el mismo legislador consideró previamente relevantes en la norma de conflicto, importa sólo a los *finés del derecho aplicable* y para someter la sociedad a la *lex fori*. Pero aclaramos que su aplicación es solamente a los finés de su constitución, reforma y control de funcionamiento, y no es lícito extender la norma de Derecho aplicable también para sostener la exclusividad de la jurisdicción de los jueces argentinos, que es otra cuestión diferente.

En esta línea de pensamiento, estimamos que –aún en este caso– se debe sostener la improrrogabilidad de la competencia.¹⁴² En tal sentido, la prórroga no debe permitirse –no en razón de la consideración de la sociedad como local– sino por la finalidad misma del art. 124 LS, que es *castigar el Fraude a la ley argentina*. La prórroga permitiría a quienes constituyeron una sociedad en Fraude a la ley argentina establecer una *jurisdicción exclusiva extranjera distinta, para evadir también las consecuencias –no sólo en jurisdicción argentina, sino también en jurisdicción extranjera del lugar de su sede o constitución. Ello implicaría, lisa y llanamente, una interpretación que conduciría al absurdo (!)*. La consideración de la sociedad como local es a los fines de castigar el Fraude a la ley, por lo que habría que examinar si la prórroga priva a los actores de los jueces con jurisdicción para entender en las acciones relativas a controversias societarias.

En suma, el castigo al Fraude no sólo debe admitirse como posible a partir de la aplicación de la ley y en jurisdicción argentina, sino también por la aplicación de la ley argentina en jurisdicción extranjera, que puede resultar más favorable a los actores por contemplar consecuencias que no tiene en cuenta la ley argentina.¹⁴³

Ello puede concebirse a partir de entender que no hay jurisdicción exclusiva –ni argentina ni extranjera– reservando el control de orden público para una etapa posterior, esto es, en ocasión del reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera.

3) La resolución 12/2003 de la Inspección General de Justicia

Esta resolución establece el régimen de adaptación de la sociedad incurso en el art. 124 LS al Derecho Societario Argentino, conteniendo una larga enumeración de requisitos para la misma.

141 Ya no importa otro lugar que la constitución en el extranjero y la sede o centro de explotación exclusivo en el país. Éste es el concreto supuesto relevante considerado por el legislador, que conduce a la aplicación del Derecho argentino.

142 Por otro argumento diferente.

143 Por ejemplo, el régimen de responsabilidad previsto en el extranjero puede ser más riguroso que el argentino y favorecer a los actores.

a) La escritura de adecuación.

Deberán presentar la escritura de adecuación y sujeción a la ley argentina otorgada por los socios actuales, por sí o por apoderados con facultades especiales, donde se identifiquen los socios, con la exhibición de los títulos que acrediten tal calidad y participación de cada socio en la sociedad.

Tiene que contener la declaración expresa de adopción de uno de los tipos previstos en la ley 19.550, certificación o constancia de inscripción de la sociedad en el extranjero y su cancelación de inscripción (o justificarla y acompañarla, en el plazo de 90 días, en la hipótesis de que no pueda conseguirse inmediatamente la cancelación).

Debe fijar domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; denunciar la existencia en otras jurisdicciones de las inscripciones que existieren¹⁴⁴; proceder a la individualización de bienes o derechos registrables que tuviera la sociedad en registros de la República.¹⁴⁵

b) Debe acompañar balanza espacial de regularización, cerrado en una fecha que no exceda los tres meses anteriores a la declaración de voluntad de los socios de adecuación o regularización.¹⁴⁶

c) Publicar los edictos del art. 10 LS en su caso.¹⁴⁷

d) Si se tratare de un *documento extranjero*, deberán cumplimentarse las normas de traducción, autenticación, legalización y en su caso el apostillado aplicable a la documentación de tal origen.¹⁴⁸

Respecto de esta exigencia, es preciso tener en cuenta la solución propiciada por otras normas sustanciales en torno a los requisitos formales.¹⁴⁹

Ello exige distinguir la ley que impone la formalidad –siempre debe ser entendida en sentido amplio para dar cabida a otros actos jurídicos celebrados en el extranjero que, sin ser estrictamente escritura pública, pueden constituir un instrumento público. Con lo que la *calificación y regulación* de la formalidad siempre se rige por la *lex loci celebrationis*, interpretando de la manera más amplia posible la ley que la impone.¹⁵⁰

e) Cancelación simultánea de las inscripciones existentes.

Dispone, además, que con la inscripción del art. 2º, la Inspección General de Justicia cancelará simultáneamente, si las hubiere, las inscripciones afectuadas conforme a los artículos 118, párrafo tercero y 123 de la ley 19.550, y el artículo 26

del decreto 1.493/82. Asimismo, se cancelarán a solicitud de la sociedad, la que deberá acreditar su cumplimiento dentro de los noventa (90) días corridos de inscripta, suspendiendo durante ese lapso la inscripción de cualquier acto que se le requiera.¹⁵¹

Ahora bien, dentro de los noventa (90) días de inscripta deberá rubricar los libros, transcribir el balance de regularización y demás documentación contable; además tendrá que depositar en la sede social los libros y documentación correspondientes a la actuación anterior a la fecha de la escritura de adecuación, debidamente traducidos, y todo lo que debe constar en acta notarial.¹⁵²

4.5.3.2. De la sociedad constituida en la Argentina

Debemos sostener que también se castiga el Fraude a la ley extranjera, es decir, la del lugar adonde se localice la sede o explotación exclusiva.

No por aplicación analógica del art. 124 LS¹⁵³ sino por recurso a la norma del art. 1.208 CC.

Como se sostuvo en varias ocasiones, la norma de policía no puede ser objeto de aplicación analógica ni de bilateralización. Por lo que estimamos más adecuado el recurso a la norma del art. 1.208 CC.

Para el funcionamiento correcto de esta última norma, lo que se torna decisivo es la constatación, acerca de si la ley del lugar de la sede o de la explotación exclusiva extranjera reclamen su propia aplicación. Sólo a partir de una respuesta positiva es posible la existencia de Fraude a esa ley extranjera que se ha pretendido evadir.¹⁵⁴

En suma, las normas de policía extranjeras son aplicables cuando presentan un vínculo suficiente con el acto. En este caso, como se trata de una sociedad constituida en Argentina con vida real en el extranjero, se justifica plenamente la aplicación de las reglas del lugar de la sede o centro exclusivo de explotación extranjera cuando en estos lugares se reclama la aplicación al caso de su propia *lex fori*.

Las consecuencias de tal actuación serán determinadas por aquella ley.

144 A los fines de los arts. 118, 3ª parte y 123 LS.

145 Confr. el inc. 4º del art. 2º de la Resolución 12/2003.

146 Confr. el inc. 5º del art. 2º de la norma citada.

147 Confr. el inc. 8º del art. 2º de la norma citada.

148 Confr. el art. 3º de la norma citada.

149 Como por ejemplo el art. 1.211 CC.

150 Ver Vélez Sarsfield, en la nota al pie del art. 1.211 CC. Con ello se resguarda el principio de

la *lex loci celebrationis* de los arts. 12 y 950 CC; ver Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 617.

151 Confr. art. 4º de la norma citada.

152 Confr. art. 6º de la norma citada.

153 Como propone Boggiano en *Curso...*, cit., pág. 537.

154 Ver para el tema de la aplicación de las normas de policía extranjeras, en Boggiano, *Curso...*, cit., pág. 257; especialmente págs. 600-602

4.5.4. La actuación indirecta fraudulenta

4.5.4.1. *Quid* "de la sociedad constituida en el extranjero que constituye sociedad en el país o adquiere participación de control sobre la sociedad local"

En su oportunidad,¹⁵⁵ se analizó el ejercicio indirecto de actos previsto por el art. 6º de la CIDIP 1979 de Sociedades Mercantiles, adonde nos remitimos.

Estimamos posible, dentro de la fuente convencional, hablar de un ejercicio indirecto exclusivo, pero ello dependerá del tratamiento que le dé la ley local.

En el propio sistema Interamericano de Derecho Internacional Privado es posible recurrir a la institución del Fraude a la ley.¹⁵⁶

Pero, ¿es posible en nuestra fuente interna pensar también en una actuación indirecta fraudulenta? La respuesta positiva se impone.

La jurisprudencia lo ha estimado posible.¹⁵⁷ No obstante, es atinado hacer algunas aclaraciones.

Si bien la actuación indirecta fraudulenta es posible, lo que es imposible es encasillarla normativamente en el artículo 124 de la LS. La interpretación de la norma de policía debe ser restrictiva.

Aunque esta circunstancia no impide la aplicación del instituto del Fraude a la ley como aspecto negativo en el funcionamiento de la norma de conflicto.

Las diferencias fueron destacadas y vale la pena reiterarlas: la norma de policía sólo requiere probar que sus conexiones se localizan en el territorio argentino. Luego, el Fraude se presume, salvo prueba en contrario, para exigir la adaptación de la sociedad extranjera al Derecho Comercial argentino.

En el caso del Fraude a la ley, la intención fraudulenta no se presume, debe probarse. Lo que se presume aquí es la buena fe: esta presunción puede ser destruida por *presunciones hominis*, pero siempre teniendo en cuenta que la evidencia debe ser tal que conduzca a destruir aquel principio.

Se analizó también la imprecisión de la norma del art. 123 LS, las críticas relativas a la carencia de norma que establezca la posibilidad de emplazar y dotar de jurisdicción internacional a los jueces argentinos frente al ejercicio de control.¹⁵⁸

Podría también llenarse tal laguna en la fuente interna por la vía de la analogía, con la norma de jurisdicción internacional de la CIDIP II de Sociedades Mercantiles ya citada, lo que resolvería un problema que no es menor.

¹⁵⁵ Es preciso tener en cuenta lo que se ha manifestado en el punto 4.5.2. relativo a la actuación indirecta habitual.

¹⁵⁶ Ver art. 6º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que establece la posibilidad de combatir el Fraude cuando las partes "artificiosamen-

te" hayan evadido principios fundamentales de la ley de otro Estado parte (CIDIP II-1979).

¹⁵⁷ Ver caso *Great Brands Inc. s/ Concurso*, en LL -C-, 2003, pág. 789, citado en el punto 3.1.3.4.

¹⁵⁸ Ver Boggiano, *Derecho...*, cit., págs. 165 y 168.

Pero el principal, que sigue en pie, es la falta de una norma expresa que produzca la tipificación o el encasillamiento normativo de la actuación indirecta fraudulenta.¹⁵⁹

Por lo que reiteramos que, para disipar dudas, debería establecerse en una futura reforma, la exigencia de la constitución de domicilio especial para el emplazamiento y el establecimiento de jurisdicción internacional argentina en estos supuestos. Como así también la normativa sustancial expresa de tipificación normativa de Derecho Internacional Privado en el sentido antes expuesto.

4.6. Jurisdicción internacional en materia societaria

Es preciso distinguir entre conflictos societarios y entre la sociedad y terceros.

4.6.1. Conflictos societarios en la fuente interna

Se trata de conflictos entre socios, socios y representantes, sociedad y socios.

Han sido calificados como societarios, por Boggiano, cuando la causa de las pretensiones y defensas, como las normas que invocan, se refieren a Derecho Societario.¹⁶⁰

4.6.1.1. Prórroga de jurisdicción internacional

Habíamos examinado que cabía la prórroga de jurisdicción internacional (art. 1 CPCCN) salvo que la sociedad extranjera se haya constituido en fraude a la ley argentina en las condiciones examinadas (art. 124 LS).¹⁶¹

4.6.1.2. Jurisdicción internacional subsidiaria:

lugar de constitución y de la sede

Como se ha sostenido, el primer contacto jurisdiccional que aparece como posible es el *forum causae*. Esto implica otorgar competencia a los jueces del lugar de constitución, que, con un criterio flexible, podría ser también el de la sede social, y son concurrentes.¹⁶²

¹⁵⁹ Como por ejemplo en el art. 124 de LS.

¹⁶⁰ Ver en Boggiano, *Derecho...*, cit., págs. 145-146, agregando que, si bien "la invocación de normas no vincula la fundamentación normativa de la sentencia, si desempeña un papel relevante para determinar el objeto del proceso".

¹⁶¹ Ver punto 4.5.3.1.

¹⁶² Esta posibilidad se ha examinado con anterioridad en cuanto a su fundamento y razonabilidad.

Cabría también aplicar la competencia por el domicilio o sede social de la sociedad.¹⁶³

Esta jurisdicción igualmente rige para las acciones de responsabilidad de los directores o de los socios mayoritarios.

4.6.2. Conflictos extra societarios en la fuente interna

4.6.2.1. Foro general

Se trata de conflictos entre la sociedad y terceros ajenos.

Aquí debemos tener en cuenta que la sociedad pueda ser demandada en su domicilio o sede social o en el lugar de constitución como norma general de jurisdicción.

No obstante, es preciso decir que también dependerá de las normas de jurisdicción internacional que rijan la materia objeto del proceso.¹⁶⁴

4.6.2.2. Jurisdicción especial por la actuación habitual en la fuente interna. Remisión

Se ha dado tratamiento a este tema cuando desarrollamos las diversas hipótesis de actuación internacional.¹⁶⁵

4.6.3. Jurisdicción internacional en materia societaria en la fuente internacional

Los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 7) y de 1940 (art. 11) contienen norma de jurisdicción internacional basada en el domicilio de la sociedad, tanto para conflictos societarios como para los de la sociedad con terceros. Cabe también la prórroga *post litem natam*.¹⁶⁶

Como hemos visto en su oportunidad, los tratados contienen normas especiales de jurisdicción basadas en las sucursales o establecimientos con respecto a las operaciones que allí se practiquen.

La Convención sobre Sociedades Mercantiles de la CIDIP II-1979 no contiene norma de jurisdicción general, sino, por el contrario, normas especiales que otorgan jurisdicción para los casos de actividad habitual directa e indirecta.¹⁶⁷

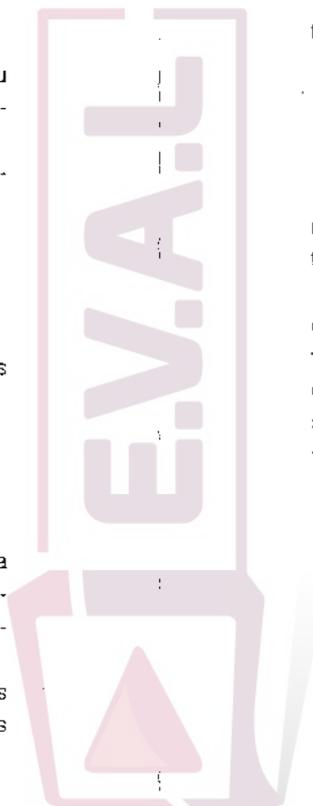
4.6.4. Cuestiones relativas a la posibilidad de emplazamiento de sociedades constituidas en el extranjero. Remisión.

El tema fue desarrollado cuando se dio tratamiento a la actuación internacional tanto aislada como habitual.¹⁶⁸

4.6.5. Competencia de la inspección de persona jurídica para controlar sociedades constituidas en el extranjero

Este tema ha sido desarrollado cuando se examinó la norma de policía que somete a control la sociedad constituida en el extranjero¹⁶⁹ y en los supuestos de actuación aislada¹⁷⁰ y fraudulenta.¹⁷¹

Se ubicó sistemáticamente en la actuación habitual, en razón de que la Inspección General de Justicia, como órgano administrativo del Estado, limita su competencia al territorio argentino, en el que desarrolla funciones.¹⁷² La ley 22.315 así lo ha establecido (arts. 3 y 8). Cabe aclarar que en el marco de nuestro orden jurídico ello se aplica a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a territorios nacionales, conservando las provincias su propio sistema de control.



163 Solución que también propician los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 65) y de 1940 (art. 62) a los que se puede recurrir por analogía. Además, con acuerdo con el art. 5 inc. 11 del CPCN. Pese a tratarse de una norma de competencia interna, puede ser a la vez norma de jurisdicción internacional. Ver Boggiano, *Derecho...*, cit., pág. 147; Cabanellas, *Aspectos...*, cit., pág. 6.

164 Esto es, en materia de contratos, títulos, valores, quiebras, hechos ilícitos, etc.

165 Nos remitimos al punto 4.5.1.1.3. E).

166 En virtud del art. 56 del Tratado de Montevideo de 1940.

167 Nos remitimos al capítulo pertinente, punto 4.4.

168 Ver especialmente punto 4.4.3.

169 Ver punto 3.1.3.4.

170 Ver punto 4.5.1.1.2. F).

171 Ver punto 4.5.3.1. 3).

172 Ver 4.5.1.1.3. D). 2).