

El Derecho internacional privado de sociedades en Argentina. Interrogantes, desafíos y posibles respuestas

Candela Noelia Villegas

Sumario

Introducción. 1.Sistema argentino. 1.1 Ley General de Sociedades. 1.1.1 Actos aislados. 1.1.2 Ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social 1.1.3 Constitución de sociedad en el país. 1.1.4 Artículo 124. Norma internacionalmente imperativa. 1.2 Resoluciones de IGJ. 2. Los actos aislados en el sistema argentino. 2.1 Necesidad de su calificación. 2.2 Afectación al principio de igualdad y al orden público. 2.3 Inserción en el Derecho internacional privado interno. Conclusiones

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo analizar críticamente el esquema normativo del derecho internacional privado argentino de fuente autónoma a los fines de ensayar posibles respuestas que permitan una adecuada inserción de Argentina en el esquema global. Se comienza abordando el Derecho internacional privado de sociedades argentino, para luego profundizar en la dimensión autónoma, específicamente en las disposiciones de la Ley General de Sociedades y en las Resoluciones de Inspección General de Justicia como órgano de contralor. A partir de esta sistematización, el problema de esta investigación se centra en la Ley General de Sociedades de Argentina y la recepción del instituto actos aislados que ha generado conflictos en su hermenéutica. Se pretende arribar a una propuesta de pautas que sirvan a los fines de la calificación del supuesto.

Palabras claves

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE SOCIEDADES – LEY GENERAL DE SOCIEDADES – ACTOS AISLADOS - CALIFICACION

INTRODUCCIÓN

Al igual que las personas humanas, las sociedades aspiran a desplazarse y trasladar sus actividades societarias a otros Estados¹. Sin embargo, las personas jurídicas están condicionadas al previo reconocimiento de su personalidad, sólo podrían desplazarse y realizar actividad internacional, si se produce ese reconocimiento². De esta manera se presenta uno de los primeros problemas

¹ S. Leible, “El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento” en R. Arenas García, C. Górriz López, J. Rodríguez, *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010. pp.103-128

² R. Arenas García, “Libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia” en R. Arenas García, C. Górriz López, *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.

que se debe analizar en el Derecho internacional privado de sociedades (DIPrS), el reconocimiento de la personalidad jurídica y seguidamente, la determinación de la ley rectora de la sociedad, su *lex societatis*.

La actividad internacional de las sociedades pone de manifiesto los dos presupuestos del Derecho internacional privado (DIPr), el tráfico privado externo y la pluralidad de ordenamientos jurídicos. El tráfico privado externo se refleja en las relaciones jurídicas que entablará esta sociedad trasponiendo las fronteras. Si desarrollara toda su actividad dentro de un mismo Estado, no sería necesario un análisis desde esta óptica. La pluralidad de ordenamientos jurídicos, por su parte, se encuentra en las diferentes maneras en las que cada Estado legisla en relación a la internacionalización de las sociedades. Cada ordenamiento jurídico toma los criterios de conexión que considere más adecuados en concordancia con su propio sistema jurídico, con sus principios y valores y los criterios de justicia. La cultura y la realidad social son la base de su conformación. Si bien en el caso de materias comerciales, Dreyzin de Klor indica que por su propia naturaleza son más proclives a la uniformidad legislativa³, los Estados no coinciden en los criterios para el reconocimiento de la sociedad, para la determinación del derecho aplicable y la determinación de las exigencias para llevar a cabo actividad en el país, etc. La personalidad jurídica es conferida por cada legislador nacional como un recurso técnico según circunstancias de conveniencia o necesidad que surgen de su política legislativa⁴.

Este trabajo, que se inserta en una línea de investigación más amplia⁵, tiene como objetivo sistematizar el sistema actual que rige las sociedades constituidas en el extranjero (SCE) cuando actúan en Argentina, describiendo el marco normativo de su actuación conforme las diferentes dimensiones del DIPr. A partir de esta sistematización se pretende poner de relieve la problemática de los actos aislados, instituto recepcionado en la Ley General de Sociedades (LGS)⁶ y que ha generado conflictos en su hermenéutica para finalizar con una propuesta de pautas para la calificación del supuesto.

1. Marco normativo del Derecho internacional privado de sociedades en Argentina

Para la exposición del marco normativo del DIPrS argentino se sigue el esquema de las dimensiones del DIPr (interna, convencional, institucional y trasnacional) que responden a los diferentes ámbitos de producción jurídica. Las fuentes funcionan como presupuesto lógico y metodológico del DIPrS, ya que conocer el

³ A. Dreyzin de Klor, *El Derecho Internacional internacional privado actual*, Tomo 1. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015.

⁴ M.C. Azar, "Actividad internacional de las sociedades extranjeras" en A. Dreyzin de Klor, *El Derecho Internacional Privado Actual*, Tomo II, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2017. pp.389-433.

⁵ Proyecto de Investigación tipo Internacional radicado y financiado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 "Nuevos paradigmas en el Derecho internacional privado de sociedades. Unión Europea y Mercosur en perspectiva comparada". Directora: Dra. Candela Villegas. Vigente desde Junio 2019.

⁶ Ley General de Sociedades. Ley 19.550. Texto ordenado por el Anexo del Decreto N° 841/84 B.O. 30/03/1984. Ley General de Sociedades. Denominación del Título sustituida por punto 2.1 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014

origen de las normas es trascendental para delimitar su alcance, contenido y la futura aplicación judicial⁷.

La dimensión interna es la que primero se aborda por ser objeto principal de estudio en esta investigación, pero atendiendo a su carácter subsidiario frente a la fuente convencional, conforme lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)⁸ en su artículo 2594 y la Constitución Nacional (CN) en su artículo 75 inciso 22.

La dimensión convencional, por su parte, se encuentra conformada por el Tratado de Derecho Comercial Internacional Montevideo 1889, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940 y la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, Montevideo 1979.

En la dimensión autónoma del DIPrS se encuentra el CCyC, la LGS y la Ley de Concursos y Quiebras⁹ (LCQ). Complementariamente se incorporan las Resoluciones Generales (RG) de la Inspección General de Justicia (IGJ), que si bien es el organismo administrativo que se encarga de la reglamentación legislativa, sus RG son de tal trascendencia jurídica, que han sido incluidas en este análisis.

El CCyC, que unificó y actualizó los antiguos Código Civil de 1871 y de Comercio de 1889¹⁰, representó un avance significativo¹¹ en relación a la dispersión normativa que caracterizaba al DIPr de fuente autónoma en Argentina. Se destinó el Título IV del Libro VI a “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, pero se reguló sobre la Parte General, optándose por no incluir normativa de DIPrS. El Equipo Colaborador¹² de la Comisión de Reforma, como señala Dreyzin de Klor, “diseñó varias reglas que no fueron incluidas, principalmente las relativas al sector de reconocimiento de decisiones extranjeras y a las sociedades constituidas en el extranjero”¹³.

Surge de lo anteriormente expuesto, que la temática de las SCE queda regulada por cuerpos normativos autónomos al CCyC. En el ordenamiento jurídico argentino existen leyes específicas para regular el “nacimiento, vida y muerte (constitución, desenvolvimiento y liquidación al darse alguna causal de disolución)”¹⁴ de las sociedades y particularmente de las constituidas en el extranjero.

1.1 Ley General de Sociedades

⁷ A. Dreyzin de Klor, *El Derecho Internacional...Op.cit.*

⁸ Ley 26.994. Sancionada: Octubre 1 de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Promulgada: Octubre 7 de 2014. Entrada en vigencia: 1° de Agosto de 2016

⁹ Ley 24.522. 20 de Julio de 1995. Ley de Concursos y Quiebras.

¹⁰ Ambos con vigencia hasta el 31 de Julio de 2015.

¹¹ “El CCyC opera como instrumento de la constitucionalización del Derecho Privado- y por tanto del DIPr - nutriendose de un espíritu latinoamericanista y abrevando en las respuestas que brinda la jurisprudencia para situaciones que muchas veces carecen de respuesta normativa”, A. Dreyzin de Klor, “A propósito de los principios y las fuentes de las normas de Derecho internacional privado en el nuevo Código Civil y Comercial” *Nuestra Joven Revista Jurídica*, Vol II, N°1 serie I, 2015.

¹² Conformado por los Dres. Adriana Dreyzin de Klor, Marcelo Iniguez, María Susana Najurieta y María Elsa Uzal.

¹³ A. Dreyzin de Klor, “A propósito de los principios y las fuentes...Op.cit.

¹⁴ E. H. Richard, “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2010, 2011. pág. 37.

La LGS es la que actualmente se encarga de la regulación específica de las SCE, destinando al tema la Sección XV del Capítulo I, que comprende los artículos 118 a 124. Mientras que la LCQ regula todos aquellos aspectos relativos a la insolvencia internacional.

El ordenamiento argentino, en principio se inspira en el modelo del Estado de constitución a los fines de la determinación de la *lex societatis*. Así surge del primer párrafo del artículo 118 LGS al señalar “*la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución*”. Se dice en principio, porque tal como surge de los próximos apartados, el artículo 124 del mismo cuerpo normativo adhiere al modelo de la sede.

¿Cuándo resulta relevante para el ordenamiento jurídico argentino el modelo de la sede? Al momento de detectar que una sociedad intenta una falsificación del punto de conexión. Cuando con su accionar pretende defraudar el ordenamiento jurídico argentino.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las SCE, depende entonces del modelo al que adhiere el Estado. En Argentina, al adoptar la ley del lugar de su constitución, son reconocidas todas aquellas sociedades que se hayan constituido conforme este Derecho. Es decir, donde hayan cumplido todos los requisitos formales y sustanciales para que se le confiera la personalidad.

En el articulado de la ley, se contemplan tres supuestos de actuación en el país de SCE: a) mediante la forma de actos aislados, b) como ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente y c) constitución de sociedad en el país. Las exigencias según nos encuadremos en un supuesto legal o en el otro, varían significativamente.

1.1.1 Actos aislados

El artículo 118 2º párrafo de la LGS establece que la sociedad constituida en el extranjero “*se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio*”.

Para la realización de actos aislados, requiere demostrar la validez de su constitución y a los fines de llevar a cabo el acto, que el mismo sea realizado mediante un apoderado.

En relación a la validez de su constitución, la sociedad deberá acreditar que ha cumplido con todos los requisitos que se le exigen en el país de origen para el otorgamiento de la personalidad jurídica.

La ley del lugar de constitución además de regir la forma, rige la prueba y todas las exigencias atinentes a la inscripción y publicidad. Es importante distinguir en este punto, lugar de constitución y lugar de celebración, que no siempre coinciden. El lugar de la celebración del contrato social puede ser en un determinado Estado y luego proceder a su constitución en otro.

En relación al acto aislado se plantea la problemática de su delimitación. Ni en la LGS ni en el resto del ordenamiento jurídico argentino se encuentra un concepto de este instituto. Tampoco existen criterios legislativos para establecer una delimitación en relación al segundo de los supuestos (ejercicio habitual).

La ley no proporciona criterios o parámetros de manera clara para definir lo que se considera “actos aislados”, y a los fines de su delimitación “existen en la Argentina ciertas reglas o principios sugestivos y ejemplificativos, más que

definitorios"¹⁵. Es por ello que en la doctrina se han elaborado numerosas pautas¹⁶ para interpretar el concepto, arribando muchas veces a significados antagónicos.

En función de lo expuesto, se observa que, lo más importante es determinar si el/los actos implican desarrollo de su objeto social y si encuadra en el criterio de la habitualidad.

1.1.2 Ejercicio Habitual de actos comprendidos en su objeto social

El segundo supuesto contemplado en la LGS se encuentra en el tercer párrafo del artículo 118, "*ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente*".

En concordancia con el supuesto anteriormente tratado, para este caso, primeramente, también es necesario acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país de constitución.

La SCE debe, además, fijar un domicilio en el país (cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por la ley para las sociedades que se constituyan en la República Argentina) y adicionalmente será necesario que justifique la decisión de crear dicha representación y designar una persona a cargo. Se agrega por último que, si se tratase de una sucursal de los casos contemplados en leyes especiales, se debe determinar además el capital que se le asigne.

En relación a la habitualidad, el espíritu de este artículo es justamente diferenciar aquellos actos que son realizados con miras y teniendo como objetivo su reiteración; apunta a una consideración cuantitativa de los actos. Mientras que "actos comprendidos en su objeto social" son todos aquellos que hacen a la capacidad específica de la persona jurídica, que por sus características se realizan en cumplimiento de su fin social, plasmado en el objeto social. El objeto social se identifica con el "ámbito de actividades económicas prefijado en el contrato o acto constitutivo"¹⁷.

Surge de esta manera, que la categoría de actos para cuya realización fue constituida la sociedad, junto a su reiteración, determinará la necesidad de cumplimiento de todos los requisitos del tercer párrafo del artículo 118. Consiguientemente se plasma el criterio cuali-cuantitativo al que adhiere la LGS.

1.1.3 Constitución de sociedad en el país

¹⁵ A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 4º Ed., Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2000. p.628

¹⁶ El Dr. Ricardo Nissen resume y expone las dos grandes posturas en doctrina. Por un lado, quienes se inclinan por una interpretación restrictiva del art. 118, 2º pár., que sostienen que debe reservarse el término para aquellos actos desprovistos de signos de permanencia, y que en definitiva se caracterizan por lo esporádico y accidental. Y en sentido contrario, y enrolado en un criterio amplio, se pronuncia Boggiano y quienes luego adhieren a su posición, "para quienes en definitiva el concepto depende del caso que se presente, pero su apreciación no debe conducir a la derogación implícita del 2º pár. del art. 118, por vía de una interpretación sustancialmente extensiva del tercer párrafo del art. citado, que no se ajusta a la intención del legislador". R. A. Nissen, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada, anotada y concordada*, Tomo 1, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982. p. 332.

¹⁷ E. H. Richard, O.M. Muiño, *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007. p.131.

La LGS también considera la posibilidad de que una SCE pueda participar en la constitución de una sociedad local. El artículo 123¹⁸ LGS, inicialmente solicita la acreditación de la constitución en cumplimiento de la normativa de la *lex societatis* y la inscripción *a posteriori* conforme lo solicita la LGS, como obligación de publicidad de su contrato social, con las respectivas reformas y designación del órgano de representación. La inscripción debe realizarse en el Registro Público de Comercio y en el Registro de Sociedades por Acciones cuando así corresponda.

Este artículo adhiere a una concepción amplia de la expresión “constituir sociedad”, de lo que se sigue, que su ámbito de aplicación abarca no sólo participar del acto inicial de constitución, sino también la posibilidad de adquirir participación social en una sociedad previamente constituida. En consecuencia, constituir sociedad en la República, se refiere tanto a participar en el acto constitutivo de una nueva sociedad, como a la adquisición de acciones en una sociedad ya constituida en el país.

En doctrina y jurisprudencia se mantiene igual postura, se adhiere a una interpretación amplia del hecho constitución, el cual incluye el hecho de participar en una sociedad ya constituida.

1.1.4 Artículo 124. Norma Internacionalmente Imperativa.

El sistema se completa con una norma internacionalmente imperativa, plasmada en el artículo 124¹⁹, en la firme determinación de rechazar la actuación *in fraudem legis* al ordenamiento argentino. Contempla el supuesto de aquellas SCE, que tengan su sede real en Argentina o estén destinadas al cumplimiento de su objeto social en el país, en cuyo caso, será aplicable el derecho nacional, por ser considerada como sociedad local. Al tratarse de una norma internacionalmente imperativa²⁰, “autolimita exclusivamente la aplicación del

¹⁸ Artículo 123. - *Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez del Registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el registro Público de Comercio y en el registro Nacional de Sociedades por Acciones en su caso.*

¹⁹ Artículo 124. - *La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.*

²⁰ Se arriba a esta postura luego de ser superada la discusión en doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica de este artículo, en la que se planteaba si se trataba de una norma internacionalmente imperativa o de una norma de fraude a la ley. Para Kaller de Orchansky, esta norma “palpita la teoría del fraude a la ley en Derecho Internacional Privado. El legislador en base a signos objetivos (“sede social en la República”, “principal objeto destinado a cumplirse en la misma”) presume que la constitución en el extranjero ha obedecido al propósito de los socios de eludir las leyes argentinas; no es necesario indagar psicológicamente la existencia de una intención fraudulenta, las circunstancias están a la vista. El mecanismo del fraude a la ley consiste en la realización efectiva, pero carente de sinceridad, de un punto de conexión, a fin de someterse a un régimen fiscal y legal más ventajoso. Comprobadas las circunstancias que configuran el fraude a la ley, se deja de lado la conexión fraudulenta y se obliga a los socios a constituir sociedad en la República, con arreglo a nuestras leyes, he aquí la sanción” (B. Kaller de Orchansky, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1995. p.431). Goldschmidt y Nissen también adhieren a esta idea. Mientras que para otro sector de la doctrina, enrolados en la postura de defender la existencia de una norma internacionalmente imperativa, se encuentran, entre otros, Boggiano y Vítolo. Para Boggiano, “estamos en presencia

derecho nacional”²¹ y representa una excepción al criterio consagrado en el artículo 118 1° párrafo LGS.

Se deriva entonces de la redacción de la LGS, que Argentina adhiere en este supuesto al modelo de la sede, pero sólo cuando la sede se encuentra en la República Argentina. Si la sede estuviese en un tercer país, entonces dejaría de adherir a esta teoría y se conformaría con atender a la ley del lugar de constitución. En el mencionado artículo sólo resulta aplicable la teoría de la sede cuando se halla en territorio argentino. Se puede observar la unilateralidad de dicha normativa.

Se debe destacar que al legislador nacional sólo le ha interesado cuando el orden jurídico defraudado es el argentino, porque en el caso de que una sociedad esté constituida en un Estado y tenga su sede principal en otro, no le resulta relevante.

1.2 Resoluciones de IGJ

La IGJ²² es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que tiene, entre otras funciones, la de fiscalizar a las sociedades extranjeras que hagan ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social en la República Argentina. Tiene jurisdicción en el ámbito de Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como surge del artículo 2 de la ley 22.315²³. Sus facultades están reguladas por la Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia.

La IGJ ha sido una fuente importante de normas sustanciales. Su importancia radica en ser inspiradora de la sanción de normativa actualizada, acorde a las necesidades que surgían de la realidad.

Desde el año 2003 en adelante este organismo dicta numerosas RG cuyo destinatario de aplicación son las SCE. A partir de esa fecha, se acrecienta el activismo del organismo en relación a estas sociedades, tanto en la sanción de RG reguladoras de los diferentes aspectos de cada uno de los supuestos de actuación, como una agilización en las resoluciones de las causas administrativas que se desarrollan en dicha instancia.

La finalidad siempre ha sido combatir la constitución o utilización de SCE en fraude a la ley local. Las cargas que se les imponían, tendían siempre a favorecer la publicidad y conocimiento de las operaciones realizadas por estas sociedades y especialmente la protección de los intereses nacionales y de los terceros que podrían resultar perjudicados por un accionar inapropiado de la figura societaria. En uso de sus facultades dictó la RG 8/03, por la cual se crea el denominado “Registro de Actos Aislados” con la finalidad de controlar y fiscalizar la actuación habitual de los entes foráneos en nuestro país y evitar el “abuso del acto

de una norma de policía de D.I.Pr. argentino en virtud de la cual se defiende la aplicación del derecho argentino con todo rigor y exclusividad cuando la sede o el principal objeto social se localizan en la República” (A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, 7ª. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015).

²² Disponible en: <http://www.jus.gob.ar/igi/la-igi/institucional.aspx>. Fecha de Consulta: 15 de noviembre de 2017.

²³ Ley 22.315. Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia. 31/10/1980.

aislado”²⁴. Determinadas sociedades amparándose en el artículo 118 2° párrafo no se inscribían en los registros correspondientes evitando la publicidad que correspondería por la entidad de actos que llevan a cabo, excediendo, a consideración de la IGJ, la calidad de acto aislado.

El Registro de Actos Aislados se forma con las constancias de inscripción de actos sobre bienes inmuebles sitos en Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los que haya intervenido una SCE con la finalidad de constituir, adquirir, transmitir o cancelar derechos reales y que hayan sido realizados bajo el supuesto de actos aislados (calificación que puede haber sido unilateral o convencional). El Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción informa a la IGJ sobre las mencionadas actuaciones. En el caso de que constara que con anterioridad esa SCE participó en otra operación que fue calificada como actos aislados, el Registro de Propiedad Inmueble deberá remitirle la información sobre esa operación a IGJ.

A los fines de analizar la información suministrada por el Registro de la Propiedad Inmueble para verificar el encuadre de la actuación de la SCE en el supuesto correspondiente, el organismo toma en consideración los siguientes parámetros como: reiteración de los actos, significación económica, destino de los bienes y otras circunstancias relativas a su celebración por las sea posible advertir elementos caracterizantes de una actuación habitual o principal de parte de la SCE.

2. Los actos aislados en el sistema argentino

La ausencia de un concepto de “actos aislados” facilita en numerosas oportunidades que bajo su apariencia se pretenda realizar actividad económica en el país, y se produzca un abuso de su utilización.

Si bien numerosos doctrinarios argentinos han intentado definir este concepto, la ambigüedad sigue estando presente en nuestra legislación. Los actos aislados constituyen, pues, el punto neurálgico de la problemática que plantean en la actualidad las SCE y su actuación en la Argentina.

Desde el punto de vista doctrinario, los juristas²⁵ no se han puesto de acuerdo en su interpretación y jurisprudencialmente sólo se han brindado algunas pautas de identificación del supuesto.

Se entiende que existen numerosos intereses en juego y que tras el debate jurídico sobre el alcance de los actos aislados se esconde un debate económico y político, impregnado de componentes ideológicos, que confronta dos modelos de Derecho contrapuestos, por un lado el derecho de sociedades neoliberal o desregulado, por el otro, un modelo de sociedades intervenido y afectado por intereses públicos²⁶.

²⁴ S. Martínez, “Sociedades extranjeras y el registro de actos aislados” La Ley, 14/12/2005. LA LEY2006-A,1.

²⁵ Ver: Villegas, Candela Noelia, “Los actos aislados de las sociedades constituidas en el extranjero y la problemática de su calificación”, Anuario XV Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Córdoba, 2015.

²⁶ En este sentido: H. Muir Watt, “*Discours sur les Méthodes du Droit International Privé...op.cit.* p.34: “C’est ainsi que l’emploi de telle ou telle technique de raisonnement juridique revêt nécessairement des significations qui sont aussi bien épistémologiques que politiques le passage du syllogisme à la proportionnalité, par exemple, ou d’une lecture littérale des textes à une interprétation téléologique, implique une série de représentations du droit, de la fonction du juge, de la relation entre les branches du gouvernement, etc”

En la actualidad, resulta esencial entonces, la profundización esta problemática, otorgando argumentos relevantes, que se integren a un debate que es mucho más complejo de lo que aparenta. No se trata sólo de encontrar el límite entre un supuesto de actuación y otro, sino que sus consecuencias impactan directamente en la vida de los ciudadanos, en la seguridad jurídica del Estado y en el modo en que Argentina se presenta en el escenario internacional.

2.1 Necesidad de su calificación

En el DIPr, calificar los elementos de la relación jurídica, resulta útil para determinar la aplicación de uno u otro Derecho material interno. Establecer cuál es esa única categoría donde corresponde ubicar a la relación jurídica en cuestión, resulta imprescindible para determinar el alcance extensivo de las distintas categorías, teniendo en cuenta el cuadro de categorías del subsistema de DIPr aplicable.

Calificar a un acto como aislado, no debería quedar librado a la libertad de las partes. La autonomía de la voluntad encuentra límites en el orden público y el régimen establecido para las SCE que realizan actuaciones en el país, es una cuestión de orden público.

Tampoco se considera correcta la postura de que sean los jueces quienes se encarguen de determinar su contenido. No se trata de conceptos como la buena fe, las buenas costumbres, etc., que el legislador ha considerado conveniente dejar a criterio del juez, “las exigencias de certeza (que corresponde al valor de paz o de orden) y justicia (que corresponde al valor de igualdad) desaparecen si el intérprete puede, indistintamente, aplicar reglas contradictorias²⁷.

En función de lo expuesto, se entiende que es necesario contar con una definición concluyente y categórica de lo que debe entenderse por actos aislados. Se ha puesto de manifiesto a través del relevamiento de la doctrina y la jurisprudencia que se trata de un supuesto que genera conflictos en su entendimiento. Esos conflictos se traducen en uso incorrecto del instituto por parte de quienes alegan realizarlos

Se considera así necesario su definición, y que tal definición debería ser incorporada a la dimensión interna del DIPr argentino a través de una calificación autónoma y aplicarla mediante un correcto diálogo de fuentes²⁸.

Si bien se concuerda con la jurisprudencia que indica que *“la ley no podía precisar lo que debe entenderse por actos aislados, ya que hubiera resultado*

²⁷ A. Do Amaral Junior, “El diálogo de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo” Revista Academia sobre Enseñanza del Derecho, Año 7, N° 23, 2009.

²⁸ Se toma como técnica de aplicación del derecho el “diálogo de fuentes”, nuevo paradigma instaurado en el ordenamiento jurídico argentino a partir de la sanción del CCC. Este concepto anima a estudiar e interpretar el sistema jurídico a partir de una adecuada coordinación de fuentes provenientes de distintos foros de codificación. En palabras de Erik Jayme, “todas estas fuentes no son mutuamente excluyentes, ellas «hablan» una a la otra” (traducción de la autora). Como señala en el *Cours générale de droit international privé*: “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent. E. Jayme, “Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne”, *Recueil des cours*, tomo 251, 1995. p.259.

*imposible prever la infinidad de situaciones factibles de ser consideradas tales*²⁹, se entiende que la norma no debería expresar una definición taxativa de los supuestos, sino establecer sus condiciones de verdad.

De esta manera, los parámetros a seguir para lograr esta calificación se deberían ajustar a una *interpretación restrictiva*, al tratarse de un supuesto de excepción y se debería tomar como base las pautas brindadas por la jurisprudencia, las resoluciones de la IGJ que como organismo de fiscalización pueden aportar y los estándares de los organismos internacionales especializados

Se sabe que la utilización de los actos aislados no se agota en relaciones jurídicas que tengan como objetos bienes registrables, pero se dificulta su identificación y control en el caso bienes que no son susceptibles de registración, aunque sí sean de tributación. Es por ello que se consideran aplicables las pautas para su determinación, de manera uniforme a los actos aislados que recaigan sobre bienes registrables como aquellos que no responden a esta calidad.

Las pautas que se proponen para su determinación son:

- a). Se debe tratar de un negocio ocasional o provisto de accidentalidad;
- b). La sociedad constituida en el extranjero debe realizar esporádicamente operaciones comerciales en Argentina, sin crear otros vínculos jurídicos que aquellos que se derivan del acto celebrado;
- c). La adhesión de la LGS al criterio cuali-cuantitativo implica demostrar habitualidad en los actos, que no se corresponde con la reiteración, sino con la naturaleza jurídica del acto. No implica que deba realizarse más de un acto jurídico en el carácter de aislado, sino que manifieste habitualidad;
- d). La habitualidad viene dada por una relación que genere con el Estado vínculos de permanencia;
- e). Su aplicación debe ser con criterio realista, restrictivo y excepcional.

2.2 Afectación al principio de igualdad y al orden público

Cuando las SCE realizan ejercicio habitual en el país encubriendo su actividad bajo la apariencia de actos aislados se benefician de un supuesto que no les hubiese correspondido adoptar. El Estado no puede permitir que mediante este instituto se cristalicen desigualdades entre las SCE y las sociedades locales que deben cumplir con los requisitos de inscripción y publicación que exige la LGS. Se trata de un “fenómeno de la realidad jurídica que crea un grado de desigualdad de las personas ante la ley, deletéreo del orden normativo”³⁰.

Lo expuesto iría en contra del artículo 16 y 20 de la CN argentina. Por un lado, el artículo 16 que establece el principio de igualdad al sostener que “todos sus habitantes son iguales ante la ley”. Como afirma Bidart Campos, “la igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato” que se depara a todas las personas, humanas o jurídicas³¹. Por otro lado, el artículo 20 extiende este principio a los extranjeros por el solo hecho de situarse en el país. De la interpretación armónica entre el artículo 16 y el artículo 20 se concluye que entre ciudadanos y extranjeros no hay discriminación en materia de derechos

²⁹ IGJ c/ Frinet S.A (2007).

³⁰ Dictamen de la Fiscal de Cámara en el caso *Inspección General de Justicia / Frinet S.A.*

³¹ G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1998. p. 268.

civiles. En consecuencia, toda discriminación arbitraria entre ellos configuraría una violación o negación de la igualdad, sea tanto desde la perspectiva del nacional respecto del extranjero, como desde la óptica del extranjero frente al nacional. ¿La falta de control del Estado sobre SCE ampararía este trato desigual? Sin lugar a dudas, la respuesta es afirmativa. Una situación como la que presenta la actuación de una SCE que realiza actos aislados en el país sin control alguno mientras que a las nacionales se les exige inscribirse y dar publicidad a su actuación, constituye una discriminación arbitraria, desde que no tiene un fundamento razonable que la sustente.

Por ende, una legislación imprecisa deriva en una afectación al principio de igualdad. Y tal situación se vería agravada si se considera el supuesto de realización de actos aislados por SCE de tipo *off shore* a las cuales se les permitiría “una capacidad y legitimación para obrar de las cuales dicha sociedad carece en su propio territorio”³².

En relación al orden público, las SCE que bajo la apariencia de actos aislados realizan actividad económica en Argentina, actúan en franca violación al ordenamiento jurídico argentino. En los considerando de la Resolución 8/2003 IGJ se establece que *“en virtud del apuntado carácter de orden público del régimen de la actuación territorial de dichas sociedades, el nomen iuris de esa actuación y las consecuencias legales que le correspondan no pueden quedar exclusivamente libradas a manifestaciones de las partes en el acto de que se trate, toda vez que, en caso de que esa calificación no fuera veraz, ello importaría la frustración e ineficacia práctica del régimen legal instituido y la consagración de un tratamiento desigual respecto de los negociantes locales, en orden a la publicidad de su actuación”*³³

Del respeto al orden público establecido, a los principios subyacentes a nuestro ordenamiento jurídico y a la necesidad de protección a terceros, es que se justifica que exista además de su calificación, una norma que habilite la fiscalización y publicidad de la realización de actos aislados. El registro de actos aislados instaurado por IGJ significó un primer avance en esta línea y debería servir como experiencia para el diseño de un sistema de publicidad en concordancia con el orden público.

Frente a las numerosas críticas que se formularon hacia el registro de actos aislados, interesa destacar la postura de Batello Calderón, que indica que el registro de actos aislados no refleja un uso excesivo del orden público argentino, porque más allá de las discusiones que se plantean doctrinariamente, “no debe dejarse de ponderar que vivimos en un mundo en el que cada vez hay menos espacio para el anonimato (sea civil o mercantil), donde la actuación oculta o secreta puede servir para encubrir la actuación de delincuentes, narcotraficantes y terroristas”³⁴.

La realidad va mutando y exige a los operadores del derecho la debida intervención para restablecer el orden público cuando se vea vulnerado y genere un grave perjuicio para la comunidad. De ahí que se requiera una respuesta por parte del Estado, en uso de su poder de policía, cuyo fin no es otro que salvaguardar el bien común y la convivencia pacífica en sociedad: “en el entorno globalizado, y salvo compromiso convencional *ad hoc*, cada Estado tiene

³² Considerandos de la Resolución IGJ 2/2005.

³³ Considerandos de la Resolución IGJ 8/2003.

³⁴ S. J. Battello Calderón, “Sociedades extranjeras, fraude a la ley e integración regional”, *MJ-DOC-10739-AR* | MJD10739, 2017.

potestad para aprobar los límites que estime oportunos a la actividad de las sociedades extranjeras, y especialmente de las sociedades ficticias”³⁵ señalando el tratamiento que se le da en el derecho español³⁶.

2.3 Inserción en el Derecho internacional privado interno

Se considera que es necesario diseñar un sistema de derecho aplicable a las SCE en el ordenamiento jurídico argentino teniendo en cuenta la evolución operada en los últimos años con la globalización como escenario. En consecuencia con esta investigación se pretende demostrar la necesidad tomar las pautas que emanan de la jurisprudencia y de las RG del organismo de contralor administrativo e incorporarlas en el sistema jurídico argentino. Se trata de soluciones que son “a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de que la codificación permita captar situaciones que se presentan con una tipicidad fáctica compleja, de alto dinamismo y muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos”³⁷.

La actualizada codificación del CCyC, donde debería haberse incluido la sección relativa a las SCE, ha tenido como principal propósito “tender a la inserción global del sistema argentino y respetar la articulación con los países de la región”³⁸. Para el DIPr representó un avance significativo su inserción en un Título especial, puesto que además de sistematizarlo, actualizarlo, contribuir a disminuir la dispersión normativa, funciona como instrumento de constitucionalización del derecho privado.

Lamentablemente, en materia de DIPrS este objetivo no pudo cumplirse, puesto que la regulación que se diseñó no resultó finalmente incorporada. El DIPrS no puede continuar regulado a nivel interno por una legislación sancionada en el año 1984, resulta por lo tanto apremiante alcanzar consensos en la materia e impulsar su inserción en el código de fondo.

La inserción de la temática de los actos aislados y toda la regulación del DIPrS debería encontrarse en el Título IV del Libro VI respectivo a “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” del CCyC, como todos los aspectos internacionales de cada uno de los institutos nacionales de derecho privado. Es el DIPrS el que se encuentra en mejores condiciones de otorgar respuestas a las preguntas sobre relaciones societarias con elemento extranjero, tanto desde el punto de vista procesal como desde el derecho material aplicable³⁹. Desde el

³⁵ F. Esteban de la Rosa, “El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N°7, 2004.pp. 369-396. p. 370.

³⁶ En el Derecho español, por ejemplo, el art. 5.2 LSA, e igualmente el art. 6.2 de la LSRL, obligan a las sociedades extranjeras que posean su principal establecimiento o explotación en España, a situar su domicilio en el territorio español y, por consecuencia, a constituirse según la ley española. La LSA y la LSRL no precisan las consecuencias del incumplimiento de esta obligación. Sin embargo, la doctrina coincide en indicar que la sanción consiste en el no reconocimiento de la sociedad, lo cual lleva consigo, en aplicación de los principios generales del Derecho de sociedades, la aplicación de las normas reguladoras de la sociedad general del comercio, esto es, de la sociedad colectiva, con las graves consecuencias que esta aplicación puede comportar.

³⁷ A. Dreyzin de Klor, “A propósito de los principios y las fuentes...*op. cit*”

³⁸ A. Dreyzin de Klor, A. *El Derecho Internacional...op.cit.* p. 70

³⁹ Michinel Álvarez, Miguel-Ángel, *El derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2011. p. 93.

DIPr se pueden facilitar las soluciones apropiadas a los procesos de internacionalización de las sociedades.

Se considera, en consecuencia, que sería conveniente repensar la inserción de las normas que no fueron incorporadas al CCyC, agregando los aspectos relativos a la calificación de los actos aislados. “Las normas de los códigos son pulmones que le permiten al código respirar, abrirse, adecuarse a la realidad que trata de regular”⁴⁰

CONCLUSIONES

Todo Estado necesita reglas claras y sistematizadas de manera coherente tanto con el sistema interno como así también con los tratados internacionales que se han ratificado. En Argentina, es necesario lograr un equilibrio entre el incentivo a las inversiones extranjeras, la defensa de los intereses de quienes intervienen en el tráfico mercantil local y la necesidad de evitar el tratamiento desigual de las facultades que se le otorgan a las SCE frente a las constituidas en el país, respetando el derecho de igualdad y dotando al sistema de seguridad jurídica en las transacciones.

Con una correcta técnica legislativa, mediante una adecuada calificación del supuesto acto aislados, y un sistema de registración que permita cumplir con los fines de publicidad y protección de terceros, se evitaría que Argentina se convierta en una zona libre para la comisión de fraude.

BIBLIOGRAFÍA

R. Arenas García, “Libertad de establecimiento de las personas físicas y jurídicas en la UE: razones para una diferencia” en R. Arenas García, C. Górriz López, *Libertad de establecimiento y Derecho europeo de sociedades*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.

R. Arenas García, “El derecho internacional privado de sociedades como reflejo del derecho material de sociedades”, J.J. Forner i Delaguay, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré, *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Liber amicorum Alegría Borrás, 2013, págs. 133-146

J. Basedow, “The Effects of Globalization on Private International Law” en J. Basedow, K. Toshiyuki, *Legal Aspects of Globalization. Conflict of Laws, Internet, capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2000.

S. J. Battello Calderón, “Sociedades extranjeras, fraude a la ley e integración regional”, *MJ-DOC-10739-AR* | MJD10739, 2017.

G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo 1, Ediar, Buenos Aires, 1998.

A. Boggiano, *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*, 7ª. Edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015).

F.D Busnelli, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Guida ed., Napoli, 1984.

⁴⁰ Busnelli, Francesco D., *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Guida ed., Napoli, 1984.

- J. Carrascosa González, "Sociedades fantasma y derecho internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 27, 2014.
- A. Dreyzin de Klor, *El Derecho Internacional internacional privado actual*, Tomo 1. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015.
- F. Esteban de la Rosa, "El establecimiento de sociedades ficticias en la Unión Europea y en el entorno globalizado", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N°7, 2004.pp. 369-396. p. 370.
- J. C. Fernández Rozas, "Derecho de los Negocios Internacionales" en J.C Fernández Rozas, R. Arenas García, P. De Miguel Asensio, Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ta edición, Ed. Iustel, Madrid, 2013.
- J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Ed Civitas, Madrid, 1999.
- F.J. Garcimartín Alferez, "La Sentencia "Centros": una visión a través de los comentarios", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* N° 4, 2001.
- F.J Garcimartín Alferez, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación conflictual*, Ed.EDERSA, Madrid, 2002.
- S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, París, 2007.
- S. Leible, "El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento" en R. Arenas García, C. Górriz López, J. Rodríguez, *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2010. pp.103-128
- S. Martínez, "Sociedades extranjeras y el registro de actos aislados" *La Ley*, 14/12/2005. LA LEY2006-A,1.
- M.A. Michinel Álvarez, *El derecho internacional privado en los tiempos hipermódnos*, Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2011.
- H. Muir Watt, "Discours sur les Méthodes du Droit International Privé (des formes juridiques de l'inter-altérité)", *Recueil des cours*, Collected Courses, Tome 389, 2018.
- R. A. Nissen, *Curso de Derecho Societario*, Ed. AD-HOC, Buenos Aires, 1998.
- S. A. Sánchez Lorenzo, "El derecho europeo de sociedades y la sentencia "Centros": la relevancia de la "sede real" en el ámbito comunitario" *AEDIPR*, 2000, pp. 115-117.
- S. Prats Jané, *Obstáculos jurídicos a la internacionalización y movilidad transnacional de empresas en la unión europea*, Bosch S.L., 2015.
- L. Pereznieto Castro, "Notas sobre el Derecho Internacional Privado en América Latina" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 144, pp.1063-1081.
- C.N. Villegas, "Los actos aislados de las sociedades constituidas en el extranjero y la problemática de su calificación", *Anuario XV Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Córdoba, 2015.