

La libertad de establecimiento de la empresa desde una perspectiva argentina

José Pablo Sala Mercado*

Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene por objeto ingresar en el estudio, desde una perspectiva argentina conforme su derecho de fuente convencional y autónoma, de la libertad de establecimiento de la empresa desde un enfoque nacional y la relación de esta premisa con los derechos y deberes que nuestro régimen ha reconocido.

Desde este postulado, intentaremos brindar un análisis integrador de los derechos convergentes sobre esta cuestión y, asimismo, establecer la regla de libertad de establecimiento de la empresa frente a toda posición impeditiva en contrario, sin perjuicio de las limitaciones cuyo tratamiento resulta imperioso, pero que más allá de variar las consecuencias no niegan la personalidad por parte de nuestro derecho al ente constituido en el extranjero.

A los fines de dictaminar sobre la cuestión planteada, corresponde realizar un análisis detenido sobre la normativa imperante en la República Argentina referente al régimen de sociedades constituidas en el extranjero y personas jurídicas en general. Así, el esquema normativo está conformado por las disposiciones contenidas en nuestra fuente autónoma (Ley N° 19.550, en adelante LGS; Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCCN; etc.), fuente convencional con tratados internacionales que ostentan en algunos casos jerarquía constitucional y en otro superior a las leyes, todo por imperio del Art. 75 inc.22 ss. y cc de la Constitución Nacional (especialmente los Tratados de Montevideo de los años 1889 y 1940; la CIDIP II) y, por último, el criterio jurisprudencial dominante en la materia. Hay que tener en cuenta que, más allá de los ajustes realizados por la normativa especial para cada supuesto, debe partirse de la base sentada en el Art. 20 de la Constitución Nacional por el cual “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”[1]. Si bien el análisis que se realiza más adelante se encuentra organizado no por normativa sino por materia a tratar (capacidad y existencia, actos aislados o de carácter habitual, administración central o sede real, etc.), es pertinente señalar que la aplicación de las normas se efectúa conforme la pirámide jurídica. Es decir que, tratándose de una cuestión internacional por la existencia de un punto de conexión de ese tipo, habrá que estarse en primer término a la existencia o no de convenio entre los países de los cuales las partes son nacionales (en ese caso la jurisprudencia ha sentado el criterio de prevalencia del tratado posterior por sobre el anterior, al momento de la aplicación prioritaria de la CIDIP II por sobre los tratados de Montevideo) y, en caso de inexistencia de estos, a lo dispuesto por el régimen autónomo de Derecho Internacional Privado del país.

Por otro lado, aclaramos que abordaremos este tópico desde aquellos supuestos en los que la empresa, como concepto económico, es desarrollada por una estructura jurídica personificada que la pone en movimiento[2]. Como se ha señalado, la empresa es un sustantivo del lenguaje, pero no detenta personería jurídica[3]. No es materia de este trabajo ingresar en el estudio de la empresa como actividad económica organizada o analizar el debate en torno a si es dable reconocer la existencia de sociedad sin empresa, como tampoco referir a las distintas acepciones que pueden obtenerse del derecho patrio (Ley de contrato de trabajo, ley de fondo de comercio, ley de impuesto a las ganancias, referencias del CCCN, etc.). Es decir

que nos centraremos en el análisis del reconocimiento de la persona jurídica extranjera de carácter privado.

Libertad de establecimiento como exigencia de un mercado global [\[arriba\]](#)

La actualidad de las relaciones transfronterizas en el marco de una competitividad global no es inerte frente a las normas sobre el reconocimiento de la persona jurídica constituida en el extranjero. Mucho tiene que ver la política económica e industrial interna adoptada por un país conforme su realidad o posición en el concierto de las naciones a la hora de legislar y reglamentar sobre este punto. Si bien los gobiernos negocian los acuerdos comerciales, son las empresas las que comercian y por esa razón debe mediar una estrecha relación entre ambos sectores para alcanzar, de la mejor manera, los beneficios del sistema multilateral de comercio[4].

Es así que esa realidad constituye el primer motivo por el cual un estado adopta una postura abierta o cerrada, flexible o intervencionista, respecto de los presupuestos y efectos que impondrá al desembarco de entes ideales provenientes de otras latitudes.

Por otro lado, la competitividad global exhorta a las empresas a hacer uso de la libertad de establecimiento en aras de explorar otros territorios que representen ventajas comparativas geopolíticas como lo son los recursos naturales y los inventivos de radicación. Debe señalarse que estos eventos pueden ocurrir ya sea mediante la desconcentración de la empresa respecto de sus etapas productivas o mediante el establecimiento de un centro de explotación estableciendo representaciones permanentes o sucursales o creando filiales en el país de destino o, en su grado más agresivo, incluso mudando su principal establecimiento, centro de explotación o sede. Vale decir que puede darse la desconcentración de la empresa o su traslado y hasta incluso el traslado del empresario, en este último caso nos interesa el supuesto en que éste sea una persona jurídica como aquella que desarrolla la actividad económica organizada dirigida a la producción o intercambio de bienes o servicios[5].

No resulta ajeno a lo planteado el fundamento económico desde un debate que se centra en confrontar la idea de un mercado global eficiente frente a un proteccionismo estatal o el intervencionismo frente al *ius mercatorum*. Se ha dicho en este sentido que “demasiado mercado mata al mercado”[6], pero también que estamos transitando un camino hacia un derecho societario global[7].

Todo derecho doméstico contiene límites o barreras al reconocimiento de una persona jurídica constituida en el extranjero mediante la imposición de ciertos presupuestos en seguridad del tráfico jurídico interno, pero debe cuidarse de que dichas barreras no constituyan una discriminación en perjuicio de aquel ente ideal y, asimismo, intentar resultar un ordenamiento competitivo en la atracción del mayor número de iniciativas económicas al territorio de la competencia legislativa[8]. En este sentido, proponemos un análisis que no solo se limite al derecho internacional privado específico del asunto, sino también integrado con normativa de derechos humanos e integracionista de esta región.

Reflexión propuesta y orientadora del análisis [\[arriba\]](#)

Tal como señaláramos previamente, para un correcto análisis del objeto de estudio, es que vale abordarlo desde una perspectiva integral y de derechos humanos a más

de la mercantil. Ello en correspondencia con el hecho de que la persona del empresario puede recaer en cabeza no solo de una persona jurídica, sino también de una persona humana.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, sea uno u otro el supuesto, podría sostenerse la imposibilidad de variar los derechos a la libertad de establecimiento de la empresa o del empresario y de ejercer toda industria lícita cualquiera sea el punto geográfico político elegido ya que, el supuesto de la asociación de personas bajo una estructura jurídica generadora de un centro de imputación diferenciado, no hace mermar los derechos que a cada una le asisten como individuos a raíz de los convenios universales sobre derechos humanos[9]. Reiteramos que, más allá de los límites o presupuestos de cumplimiento previo impuestos por los estados, éste debe ser el norte al que deben apuntar los preceptos sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica otorgada por otro estado.

En este estado de las cosas, proponemos los siguientes interrogantes:

- ¿Corresponde diferenciar el tratamiento brindado a la empresa según sea el empresario persona física o jurídica?

- ¿Nos interesa la empresa como motor de la economía global y concepto económico o la persona del empresario?

- ¿Puede desconocerse a una asociación de personas que conforman una persona jurídica o el límite radica en el mayor o menor control que pueden imponer los estados al ente por sus características propias?

- ¿Qué límites existen a las regulaciones dispuestas por los estados respecto de la actuación en su territorio de las personas jurídicas constituidas en el extranjero?

- ¿Cuáles son las herramientas que ha desarrollado el derecho comparado para superar los problemas de libertad de establecimiento de la empresa?

Para brindar algún tipo de respuesta a estos puntos, entendemos se debe ingresar en un diálogo de fuentes comprensivo del derecho universal en materia de derechos humanos, el derecho internacional privado de integración y convencional, y el derecho doméstico.

Seguidamente, corresponde adentrarse en las diversas teorías que informan a los derechos de fuente autónoma y convencional respecto del reconocimiento de la persona jurídica constituida en el extranjero y la adhesión o alineación en mayor o menor medida que presentan estos respecto de cada tesis.

Reconocimiento de la persona jurídica. Relación entre el estado de constitución y la sociedad [\[arriba\]](#)

En primer término, vale decir que las sociedades no tienen nacionalidad, ya que ello supone una vinculación política como súbdito con un estado determinado y este elemento está ausente en las sociedades[10].

Para realizar un análisis acertado, debe diferenciarse claramente lo que significa el lugar de constitución de la sociedad frente al o los lugares en donde la misma desarrollará su principal actividad o detenta su sede real. A este respecto, los socios

fundadores pueden simplemente acudir a un estado a los fines de crear la persona jurídica y luego radicarla en otro sitio o que su actividad principal esté destinada a cumplirse en otro territorio. Son múltiples los motivos que pueden llevar a los fundadores a cumplir con ese cuadro graficado, tal como puede ser la flexibilidad de un país para la constitución de sociedades en los términos de su legislación corporativa, llamados peyorativamente paraísos societarios, como también la baja agresividad de la normativa tributaria para llevar a cabo tal fin. Generalmente, cuando se trata de una política de estado, ambas legislaciones van de la mano. Es decir que no solo se ofrece una normativa liberal respecto de la constitución de sociedades sin mayores presupuestos o rigorismos formales, sino que también existen incentivos fiscales que fomentan la constitución de los entes en ese territorio.

La importancia de la ley del estado elegido para la constitución del ente recae en que allí deberán cumplimentarse los formalismos dispuestos para el otorgamiento de la personalidad jurídica y que tendrán como efecto la consecuente existencia de un centro de imputación diferenciado respecto de la persona de los socios[11]. En este sentido, la constitución de un ente que no presente ninguna conexión con el estado elegido, lo que significaría una suerte de *forum legis societatis*, suele enfrentar consecuencias negativas establecidas por las legislaciones de los países en donde luego la sociedad llevará a cabo las actividades comprendidas en su objeto. A esta libertad de elección del derecho de constitución se le opondrá luego el freno del orden público internacional de los países en donde desembarque la persona jurídica. No necesariamente ese freno implica desconocimiento de la personalidad, sino que puede resultar de la imposición de ciertos requisitos necesarios de cumplimiento previo para velar por la no afectación al tráfico jurídico interno. Puede así, el estado de destino, verificar la conexión de la sociedad con lugar de constitución atendiendo a la ubicación de su sede real (los criterios suelen ser los de sede de la administración, principal establecimiento o centro de explotación).

La identificación del punto de conexión de la sociedad con un estado determinado es el mecanismo utilizado por las normas indirectas o de conflicto del derecho internacional privado para establecer cuál será la *lex societatis*. Existen ciertas materias como: la personalidad, la capacidad, el funcionamiento orgánico interno, la representación, etc., que estarán resueltas por esta ley y de allí la importancia de su identificación.

Para determinar la *lex societatis*, los estados se suelen enrolar en dos teorías, estas son: la teoría de la incorporación o lugar de constitución y la teoría de la sede real. Si bien ambas teorías son antagónicas, los derechos autónomos suelen presentar vestigios de ambas que se integran en forma complementaria. Vale decir que se trata generalmente de sistemas mixtos en donde la *lex societatis* se establece como la ley del lugar de constitución y, en algunos casos particulares, como la ley del lugar donde se encuentra la sede real del ente.

Ante estas alternativas, se puede adoptar una postura absolutista o relativizarla en mayor o menor grado, siendo el primer caso la ausencia de un sistema mixto en donde se estará siempre a lo que disponga la ley del lugar de constitución o del país en donde se encuentre la sede real y, en el segundo caso, limitar la aplicación de la ley del lugar de constitución y aplicar la teoría de la sede real para cuando la sociedad tenga ese asiento en cualquier otro país distinto del de creación o simplemente restringirla al caso en donde esa sede se encuentre en el país de destino. Este último caso es el argentino conforme la LGS (art. 124).

Teoría de la sede real [\[arriba\]](#)

Como hemos señalado, el objeto de estas teorías es la determinación del derecho rector de la sociedad para su reconocimiento. En efecto, existen ordenamientos que no permiten la constitución de las personas jurídicas si el lugar de la sede real y el estado del ordenamiento elegido no coinciden[12]. Se trata de una primacía de la realidad por sobre la autonomía de la voluntad de los socios fundadores en el fórum legis, aplicando el principio del ius soli a la persona jurídica constituida en el extranjero. En este sentido, la consecuencia negativa es la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica en los casos en que el lugar donde se encuentra la sede real y el lugar elegido para constituir el ente no se corresponden.

Desde una postura absoluta, como expresáramos, no se reconoce la personalidad a toda sociedad constituida en el extranjero cuyo lugar de constitución no coincida con aquel en el que presenta su sede real o principal centro de explotación. Esta postura se suele relativizar mediante dos esquemas limitativos, por un lado, aquel que solo desconoce la personalidad cuando la sede real de la sociedad constituida en el extranjero se encuentra en el territorio del propio estado de destino, postura adoptada por nuestra LGS (art. 124) y la Ley de Sociedades de Capital Española (art. 9.2), por ejemplo, sistemas que han incorporado esta limitación mediante normas de policía o de orden público internacional, y, por otro lado, el supuesto de legislaciones que apelan al reconocimiento previo del estado en donde la sociedad tiene su sede real como presupuesto insuperable[13]. En este sentido, resulta razonable que, si el estado supuestamente burlado en donde la sociedad detenta su sede real o principal centro de explotación reconoce la personalidad jurídica, mal podría un tercer estado no ofendido negarle tal privilegio.

Por su parte, de la exploración de nuevos horizontes a los fines de beneficiarse con la creación de una persona jurídica por características particulares que presente el estado elegido, no debe necesariamente seguirse que se actúa en fraude a la ley o bajo la protección de un “paraíso societario”. El mercado y las legislaciones ofrecen ventajas que debieran poder aprovecharse siempre que se respete el deber de no dañar como único límite.

Consecuencias de la falta de reconocimiento conforme la teoría de la sede real [\[arriba\]](#)

La falta de reconocimiento por no cumplimentar con los presupuestos exigidos por el estado de destino al presentar disidencia entre el lugar de constitución y aquel en que la sociedad ha establecido su sede real, produce ciertos efectos como: la imposibilidad de establecer una sucursal en este país al no reconocerse la personalidad jurídica de la matriz; la privación de la capacidad procesal a la sociedad constituida en el extranjero de lo que resultará la imposibilidad de accionar en este país; la imposibilidad de participar en operaciones en donde la regularidad y legalidad de la sociedad constituida en el extranjero sea controlada por el estado de destino; etc. Una solución intermedia es aquella que, aun no permitiendo a la sociedad foránea constituir sucursal en el país, sí se le acuerda legitimidad para la realización de ciertos actos por resultar estos meros actos aislados e incluso capacidad procesal para estar en juicio con motivo de estos.

Teoría de la incorporación o constitución [\[arriba\]](#)

La teoría de la constitución toma como determinante de la *lex societatis*, el lugar de constitución o incorporación. Vale decir que, la sola creación de la sociedad bajo un derecho determinado aplicable en el sitio de incorporación, le asignará la dependencia respecto de aquel para toda su vida. Es razonable que esta teoría se imponga por sobre la de la sede real, salvo supuestos especiales consagrados en normas de policía o de orden público, por cuanto la sociedad es una institución, una ficción creada por el derecho y aquella legislación que le otorga o le concede el nacimiento la cubre de todas sus prerrogativas y carencias. Desde esta perspectiva, la teoría de la sede real impuesta a ultranza podría sostenerse que resulta contra natura. Sin perjuicio de esto último, cuando el conjunto de principios que informan un determinado ordenamiento jurídico se ven contrariados o burlados por la fundación o el accionar de un ente en una situación particular, es razonable que se aplique la teoría de la sede real con el objeto de imponer la normativa imperativa de orden público internacional. Esto, en el caso del derecho argentino, ocurre con la aplicación de la teoría de la sede real en el supuesto de que la sociedad constituida en el extranjero establezca ese asiento principal en el país o su principal objeto esté destinado a cumplirse en el mismo. En todo otro caso, la sociedad foránea se regirá, en cuanto a su existencia y forma, por las leyes del lugar de constitución.

La *lex societatis* y el derecho internacional privado [\[arriba\]](#)

Según el sistema de que se trate y su adhesión en más o en menos a las teorías de la constitución o incorporación y de la sede real, éste establecerá la *lex societatis* que regirá la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución, extinción, etc.

Lo fundamental de determinar la *lex societatis*, es que ésta resolverá lo correspondiente a la vida del ente, sin perjuicio de las leyes que rijan los actos particulares que éste realice por el mundo. Opera así un desdoblamiento regulatorio que deberá observarse al calificar cada acto de la persona jurídica y, asimismo, resulta imperioso establecer las fronteras de cada regulación para dictaminar en forma coherente el sometimiento de las cuestiones a una u otra normativa. Dicho esto, se grafica el siguiente detalle ilustrativo de cómo operarán las fronteras: la relación del ente con terceros no estará alcanzada por la *lex societatis*, sino por la legislación que rija la particularidad de la relación; la responsabilidad de los administradores, hacia afuera, se regirá por el derecho aplicable a la relación de que se trate, pero hacia adentro del ente —responsabilidad frente a los accionistas y sociedad— lo será por la *lex societatis*.

Por su parte, en la práctica, las cuestiones fundamentales sobre las que se suelen detener los fundadores al tiempo de hacer el *forum legis*, suelen ser: limitación de la responsabilidad, monto del capital (Delaware y Reino Unido), flexibilidad y celeridad del trámite, garantías respecto de los socios y terceros, etc.

Integración de derechos convergentes [\[arriba\]](#)

No se trata de armonizar derechos que pueden resultar de familias jurídicas diferentes, pero sí de establecer su integración o complementariedad respecto de ciertas cuestiones, de modo que pueda llevarse a cabo una aplicación coherente de los mismos. Así las cosas, respecto de un mismo acto, la capacidad para llevarlo a cabo estará dada por la *lex societatis* y los efectos del acto por la ley que rija el acto concreto (inexistencia, ineficacia, nulidad, etc.). Esta integración supone

desmembrar el asunto en los distintos rasgos que resultan de importancia para el derecho y asignar competencia a cada legislación según corresponda.

Algunas de las cuestiones puntuales de la LGS que intentaremos ir resolviendo a lo largo del presente, nos pueden ayudar a clarificar este cuadro. Entre otras, ellas son:

- La posible aplicación, o no, de la limitación de los artículos 30, 31 y 32 de la LGS a la sociedad constituida en el extranjero.
- La posibilidad, o no, de repartir anticipadamente dividendos por la sociedad constituida en el extranjero en infracción al artículo 224 de LGS.
- La aportación al capital de acciones de una sociedad constituida en el extranjero y su valuación.
- La circulación de documentos autorizados en el extranjero y la inscripción de los mismos en el RP.

A estos puntos nos iremos refiriendo al tiempo de brindar tratamiento al régimen nacional autónomo.

El derecho argentino de fuente convencional y autónoma [\[arriba\]](#)

A lo largo del presente, se propondrá un estudio acabado de la normativa que informa el derecho argentino en lo relacionado al reconocimiento de las personas jurídicas constituidas en el extranjero, estudio que se realizará por materia (capacidad, existencia y forma, actos aislados y actos habituales, desarrollo de su principal objeto en la república, etc.).

Como premisa inicial, tal y como se referenció al comienzo, nuestra carta magna en su artículo vigésimo establece que “los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”. Este breve precepto debe de ser nuestro norte orientador al momento de interpretar cada norma general o especial aplicable en la materia, pues establece el principio de no discriminación en aras de garantizar trato igualitario a toda persona extranjera, humana o jurídica, cuando se establezca en territorio nacional. Sobre todo, constituye una guía inspiradora para resolver aquellos supuestos dudosos o en donde la legislación guarda silencio y en la práctica se le suele negar a la sociedad constituida en el extranjero una facultad que detentan las personas jurídicas autóctonas.

Dicho esto, vale destacar que nuestro régimen autónomo contaba en el código civil derogado con el artículo 34 que brindaba reconocimiento a la personalidad jurídica de sociedades constituidas en el extranjero. De este modo, lo dispuesto respecto de las personas jurídicas nacionales en el precepto anterior se extendía a las foráneas y con ello se receptaba el régimen aplicable a éstas en materia de derechos y obligaciones.

Posteriormente, con la sanción del CCCN que no encuentra un precepto similar en su nomenclatura, no se discrimina al reconocer la personalidad jurídica privada respecto de su nacionalidad o lugar de constitución. Es así que el artículo 148, en su primer inciso, establece que las sociedades son personas jurídicas privadas y que aquellas constituidas en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la sección XV de

la LGS atendiendo a lo dispuesto por el artículo 150, último apartado, del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el derecho argentino de fuente convencional está compuesto, en términos generales, por los tratados de Montevideo de 1889 y 1940; la CIDIP II; el estatuto de sociedad binacional argentino brasilera; etc. Frente a una cuestión internacional como lo es el caso de la persona jurídica constituida en el extranjero, la prelación de fuentes opera en el siguiente orden: verificación de la existencia o no de un convenio entre los países de los cuales las partes son nacionales o residentes y, para el caso de no existir convenio, el régimen autónomo argentino en materia de derecho internacional privado. Vale decir que, salvo cláusula de compatibilidad, frente a la aplicación de más de un convenio internacional por la especialidad del asunto, prima el posterior de ellos.

Al realizarse este estudio por materia, analizaremos la normativa de toda fuente respecto de cada temática, intentando establecer la complementariedad e integración del derecho en su conjunto como sistema. Así las cosas, ingresaremos en primer término, en la recepción por el derecho argentino (de toda fuente) tanto de la teoría de la incorporación o lugar de constitución, deteniéndonos en la diversidad de actos aislados o habituales que puede realizar la persona jurídica constituida en el extranjero, su contabilidad, tipología, participación o constitución de una persona jurídica en el país, régimen de responsabilidad, etc., como también finalmente ingresaremos en el estudio del supuesto excepcional en donde nuestra normativa recibe la teoría de la sede real a fin de resguardar su orden público internacional. De todo ello nos ocuparemos a continuación.

a) Recepción de la teoría de la incorporación o constitución

Argentina, en lo que respecta a su régimen general, se inspira mayormente en la teoría del lugar de constitución o de incorporación, con la sola excepción del supuesto en el que la sociedad constituida en el extranjero tenga su sede real en el país o su principal objeto esté destinado a cumplirse en el mismo.

En este sentido, el artículo 118 de la LGS establece el criterio rector de carácter general para identificar la *lex societatis*, estableciendo que “La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución...”. Se trata de una norma indirecta que establece el criterio de la incorporación remitiendo a la legislación del lugar de creación del ente como *lex societatis*. De ese cuerpo normativo habrán de obtenerse tanto lo que se entiende por constitución como también las formas establecidas en presupuesto para la obtención del beneficio de la personalidad jurídica. No necesariamente el lugar de constitución debe coincidir con el lugar de celebración del contrato o acto constitutivo, pues esto último puede resultar absolutamente circunstancial e intrascendente y de conexión remota con la relación plurilateral de organización establecida[14].

Por el lado de la fuente convencional, el Tratado de Montevideo de 1889 de Derecho Civil Internacional, aplicable según el caso en Argentina, reafirma la postura en su artículo cuarto al disponer que:

“La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las

acciones y derechos que les correspondan”, en segundo orden el Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940 en idéntico artículo afirma que "La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio. El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les corresponda. Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos. La misma regla se aplicará a las sociedades civiles." (el resaltado es del autor).

Asimismo, ello es sostenido por la Segunda Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II) en cuanto a la materia “Convención interamericana - conflictos de leyes - sociedades mercantiles”, ya que establece en sus segundo y tercer artículos que:

“la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su Constitución. Por "ley del lugar de su Constitución" se entiende la del estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades” y que “las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un estado serán reconocidas de pleno derecho en los demás estados. El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del estado para exigir comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley del lugar de su Constitución. En ningún caso, la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en este último”.

Si bien es cierto que existe la facultad del estado de destino de exigir comprobación de la existencia de la persona jurídica conforme la ley del país de constitución, el reconocimiento es de pleno derecho y ésta resulta otra premisa a tener presente más adelante al tiempo de resolver supuestos un tanto complejos, pues el reconocimiento ipso iure del ente garantiza la libertad de establecimiento.

i. Relación objeto y capacidad

La CIDIP II en el precepto antes referido dispone que “en ningún caso, la capacidad reconocida a las sociedades constituidas en un estado podrá ser mayor que la capacidad que la ley del estado de reconocimiento otorgue a las sociedades constituidas en éste último”. En el caso argentino, difícilmente disminuya la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero por aplicación de nuestro sistema, ya que ni siquiera el objeto limita la capacidad del ente. Se ha evolucionado en este sentido respecto de una doctrina clásica^[15] entendiendo que, conforme los términos del artículo 58 de LGS, el objeto no solo no limita la capacidad sino que la sociedad asume como centro de imputación diferenciado todo acto que no sea notoriamente extraño a su objeto social. Capacidad y centro de imputación son dos cuestiones independientes que incluso permiten a la sociedad asumir por su propia voluntad un acto que sea notoriamente extraño a su objeto. Un ejemplo de gabinete que suele graficar esto es el de la compra de un billete de lotería por una sociedad que no comprende en su objeto dicho acto como actividad conexas del resto y, si éste limitara la capacidad, entonces tendría como efecto su nulidad. Nada obsta a que la sociedad se beneficie con el premio de la lotería y el acto se encuentra lejos de ser nulo. Incluso, hoy, con las Sociedades por Acciones Simplificadas y su objeto múltiple, se avanza aún más en el sentido de la imputabilidad de la mayor cantidad

de actos hasta el punto tal de que se ha llegado a sostener por alguna doctrina la relativización considerable de objeto social[16].

Actualmente se reflató por algún sector este debate atento los términos del artículo 141 del CCCN, en tanto su texto encorseta la capacidad de la persona jurídica privada a su objeto y fines de creación. Más allá de su desafortunada redacción, es inútil ingresar en este debate ya zanjado, por cuanto esta norma no se aplica a las personas jurídicas constituidas en el extranjero ya que, por remisión expresa del artículo 150, último párrafo, del CCCN, estas se rigen por la LGS. Sin perjuicio de ello, la deficiencia del artículo 141 CCCN ha sido advertida y en el texto modificatorio del CCCN que recientemente en el mes de Setiembre ha sido elevado al poder ejecutivo, se propone su sustitución en concordancia con lo señalado[17].

ii. Actos aislados

Nuestro régimen autónomo como premisa genérica, por el artículo 118 de la LGS, habilita a las sociedades constituidas en el extranjero a realizar actos aislados y estar en juicio, sin necesidad de cumplir con ninguna formalidad previa en el país[18]. Es decir que la facultad está otorgada en términos generales más allá de los presupuestos que exija el acto particular de que se trate. Esta solución hospitalaria que presenta la norma es una consecuencia lógica del reconocimiento ipso iure de la persona jurídica foránea[19].

A los fines de la regulación de este apartado y luego del correspondiente a los actos habituales, la legislación ha tomado en consideración la doble capacidad del ente, genérica y específica, siendo la primera aquella que se relaciona a la capacidad que detenta el mismo como tal y, la segunda, atiende a aquellos actos destinados al cumplimiento de su objeto social. Ambas capacidades se rigen por la ley de origen, aunque resulta necesario destacar que no debe aludirse a aquella normativa en discriminación de la persona jurídica constituida en el extranjero respecto de aquellas creadas en el país. En tanto la regla es la capacidad y conforme el principio sentado por el artículo 20 de la CN, ambas capacidades no deben resultar menores a las que se conceden a las sociedades domésticas por la normativa nacional.

El criterio distintivo de ambas capacidades es cualitativo-cuantitativo en tono acumulativo, por lo que la norma toma en cuenta si el acto se corresponde con una u otra desde lo cualitativo y, además, la reiteración de los mismos o su extensión en el tiempo que permita calificarlo como habitual. Así las cosas, se ha sostenido que la adquisición de inmuebles en la república no representa un acto aislado. En el mismo sentido, tampoco constituiría un acto aislado la suscripción de reiterados mutuos hipotecarios[20], o la titularidad por la sociedad constituida en el extranjero de un derecho real de garantía, como la hipoteca y la prenda, en razón de que la anotación registral que afecta el asiento principal está destinada a perdurar un cierto tiempo y conlleva durante ese lapso los efectos registrales de publicidad, prioridad, rango, etc.

Desde esta postura adoptada por el sistema nacional se remite al derecho de nacimiento de la sociedad que rija su existencia y forma. Cumplimentado con aquél sistema de origen, la sociedad queda habilitada de pleno derecho para realizar actos aislados y estar en juicio.

Por su parte, la habilitación procesal para estar en juicio, es una consecuencia necesaria del respeto por la garantía constitucional de la defensa en juicio[21].

En otro orden, respecto de los actos aislados, el reconocimiento de pleno derecho se vio violentado en el caso de la ciudad autónoma de buenos aires por las sanciones de las resoluciones 7/2005 y su sucesora 7/2015, por las que la Inspección General de Justicia creó un registro de actos aislados. Hoy, mediante la resolución 6/2018, la cual celebramos, se ha suprimido este registro que entendemos contrariaba lo dispuesto por el artículo 118 de LGS. Es así que, lentamente, la IGJ vuelve a su función natural de contralor y reglamentación, sin alterar mediante éste último acto el espíritu de la normativa de fondo.

iii. Ejercicio habitual del objeto

Para el ejercicio de su capacidad específica en el país de manera habitual, la sociedad constituida en el extranjero deberá cumplimentar con ciertos presupuestos establecidos por la normativa de fondo y la reglamentaria correspondiente a la jurisdicción de que se trate. De este modo el artículo 118 de LGS establece que la sociedad deberá: acreditar su existencia conforme las leyes del lugar de constitución, fijar domicilio en el país cumplimentando con los consecuentes deberes de inscripción y publicación, y asimismo justificar la decisión de crear la representación permanente en el país y designar representante a tal efecto. Por su parte, cuando se trate de establecer una sucursal y por leyes especiales corresponda, deberá asignarle el capital exigido.

La realización de actividad habitual en la república implica un establecimiento o giro permanente del ente en el país a través del tipo de representación que fuere y por ello la exigencia de cumplir con algunos requerimientos insoslayables establecidos en interés del tráfico nacional[22]. Por el lado de la sucursal, cuando se trata de ciertas actividades especiales (bancaria y de seguros), la ley exige la asignación de capital. Como sabemos, es una excepción al supuesto de sucursales, ya que éstas no detentan personería jurídica diferenciada de la matriz. Sin embargo, en el caso de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero que se establezca en el país para realizar ciertas actividades especiales, deberá observar tal exigencia.

Por su parte, no desvirtúa esta afirmación el hecho de que la sucursal sea considerada sujeto fiscal a los fines de la tributación o que su patrimonio pueda ser separado del de la matriz para protección de los acreedores nacionales en caso de concurso de ésta última en país de origen o de la sucursal en nuestro país, todo conforme resuelven los artículos cuarto y segundo, inciso dos, de Ley N° 24.522, respectivamente. En ambos supuestos se mantiene la ausencia de personalidad jurídica diferenciada, más allá de que por la complejidad y el riesgo de ciertas actividades deba aportarse un capital que cumplirá una de sus funciones, la de garantía.

El capital, en este supuesto, no se presenta en sus funciones de producción ni como gráfico del esquema de participación social, sino que debe observarse como elemento de retención y equilibrio patrimonial. Esto debe verse reflejado en la contabilidad separada que respecto de la matriz debe llevar la sucursal en el país conforme veremos más adelante.

Se ha dicho que el capital ha perdido esta función de garantía conforme las nuevas nociones propuestas por alguna doctrina y que incluso contarían con el aval de alguna legislación nueva, por ejemplo, la Ley N° 27.349 de apoyo al capital emprendedor, cuerpo normativo que exige para las sociedades por acciones simplificadas un capital de dos salarios mínimos. Lo cierto es que puede haber perdido su función de producción en cuanto a que las sociedades se suelen financiar de capitales externos para cumplimentar su objeto y esto hace que la relación objeto capital también haya perdido vigencia, pero sigue conservando el capital su función de garantía hasta en la one dollar corporation. Ello tiene sustento en lo antes referido, la función de garantía no lo es por la cuantía del capital, sino por su función de equilibrio patrimonial conforme se obtiene de los artículos 94, inc. 5; 96 y 99, segundo párrafo, de la LGS. La nueva Ley N° 27.349 no modifica la función de garantía del capital social como se intenta presentar, de hecho, salvo la sociedad anónima y estas nuevas sociedades por acciones simplificadas, ninguna otra sociedad tiene por imperativo legal asignado un monto de capital mínimo y ello se mantiene desde la sanción de la LGS.

En otro orden, respecto de los presupuestos exigidos, resulta de vital importancia la fijación de un domicilio en la república para el ejercicio de la representación permanente y donde será notificada de todo acto esa sociedad foránea[23]. Entendemos también a este respecto que, si el sistema de registro lo permite, puede a más de un domicilio físico fijarse otro digital opcional o de correo electrónico en donde la sociedad constituida en el extranjero prefiera ser notificada. Lo opcional se centra en que no debe estar obligada a hacerlo en tanto pueda preferir ser notificada por medios materiales, pero nada obsta a que si lo desea pueda fijar un domicilio electrónico. Nadie mejor que quien será notificado en decidir a dónde y cómo quiere serlo. Los medios digitales se apoyan en seguridades que largamente superan a los tradicionales y de allí que las tendencias reglamentarias serán cada vez más proclives a su admisión.

Respecto de la inscripción, deberán acompañarse al registro público el contrato social y sus modificaciones, como también los instrumentos que justifiquen la decisión de crear representación permanente y de designación de representante. En su caso, deberá también inscribirse en el registro de sociedades por acciones si el tipo social se encuentra comprendido en esa categoría. Seguidamente, deberá publicarse la designación del representante como también su cesación en los términos del artículo 60 de LGS.

Por su parte, frente a la falta de cumplimiento de los presupuestos establecidos, existe cierto debate en torno a la sanción que debiera recibir la sociedad constituida en el extranjero. Algunos proponen para la sociedad la sanción de irregularidad, hoy informalidad, en los términos de los artículos 21 al 26 de LGS, encuadre que se utilizará respecto de aquella para los actos que desarrolle la sociedad en la república[24]. Esta postura fue criticada por apartarse de lo dispuesto en la propia norma respecto a que la sociedad en cuanto a su existencia y forma se rige por las leyes del país de constitución. Es decir que la regularidad o irregularidad del ente viene dada por la normativa de origen y así ha sido delegado por nuestro precepto.

Otras dos posturas centran los efectos de la falta de inscripción en materia de oponibilidad. Una de ellas, con la cual coincidimos, afirma que la inoponibilidad es relativa solo respecto de aquellos que no se han vinculado con la sociedad[25] y, otra más radical, que la inoponibilidad es absoluta respecto de toda persona más allá de que ésta haya o no conocido la existencia del ente[26]. La adhesión nuestra se sostiene en que entendemos la oponibilidad relativa se condice con los efectos

que la reforma por ley 26994 le ha otorgado a la falta de inscripción. La inscripción es constitutiva del tipo y declarativa de la existencia de sociedad, es decir que en materia de publicidad sienta el principio de cognoscibilidad y vuelve oponible la persona jurídica erga omnes.

Previo a la reforma, la no inscripción volvía inoponible el ente entre socios y respecto de terceros, pero ello ha sido modificado con el régimen dispuesto por la actual sección IV de la LGS. En franca coherencia con el deber de diligencia, la teoría de los actos propios y la buena fe que debe imperar en toda relación, no se puede negar algo que se ha consentido y validado. Vale decir que el nuevo sistema publicitario de la sección IV recepta el conocimiento por sobre la cognoscibilidad, pudiendo oponer la persona jurídica a cualquier tercero que haya conocido su existencia mediante cualquier medio probatorio que acredite tal circunstancia (arts. 22 y 23)[27]. Igual solución aplicamos al caso de la sociedad constituida en el extranjero que no se haya inscripto y que recepta el precedente de la CSJN[28]. Vale decir, en este sentido, que para oponer el clausulado del contrato social, la carga de la prueba pesa sobre la sociedad y debe ser valorada de manera estricta[29].

Asimismo, la resolución 6/2018 de la IGJ, ha venido afortunadamente a modificar la resolución 7/2015 en materia de presupuestos inscriptorios, alterando el detalle de requisitos que contenía el texto original de ésta última en esta materia, suprimiendo, por ejemplo y entre otras, la necesidad de acreditar que la actividad empresarial económicamente significativa y el centro de dirección de la misma se encuentran fuera de la República Argentina. Así es que, como se expresó previamente, hay una evolución reglamentaria en respeto de las funciones naturales del ente contralorador y que parece ir deshojando el régimen de la resolución 7/2005 que establecía la necesidad por las sociedades constituidas en el extranjero de acreditar que fuera del país que: (a) Tenían otra representación permanente o; (b) Tenían participaciones en otras sociedades que califiquen como activos no corrientes o; (c) Eran titulares de activos fijos en su lugar de origen, todo ello so pena de denegarse la inscripción a las aquellas que no cumplieran con alguno de esos extremos.

En otro orden, debe formularse una breve referencia a la sección 11 del anteproyecto del CCCN que fuera suprimida en la sanción del cuerpo y que se dedicaba a las sociedades constituidas en el extranjero. En el artículo 66 de esa sección eliminada, la comisión avocada al asunto intentó recoger los presupuestos que se encontraban dispersos entre los convenios internacionales, la LGS, las resoluciones 7/2005 y complementarias, como también de lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia, etc. Algunos apartados de la norma fueron incluidos en la resolución 7/2015 (artículo 206)[30], hoy vigente, pero retocada por su par número 6/2018 conforme lo señalado.

Sin perjuicio de no analizar cada supuesto comprendido en el precepto que nunca fuera sancionado, bien vale reparar en el apartado que refería la norma proyectada respecto a las sociedades “off shore”: “que estén constituidas, registradas o incorporadas en jurisdicciones consideradas de baja o nula tributación o categorizadas como no colaboradoras en la lucha contra “el lavado de dinero” y el crimen transnacional organizado”, estableciendo la facultad de la autoridad de contralor para apreciar con criterio riguroso el cumplimiento de los presupuestos generales establecidos y, asimismo, requerir la información adicional que considere necesaria. Al respecto, entendemos que la LGS contiene institutos para sancionar el fraude a la ley y los demás ilícitos que se presenten en el caso concreto, por lo que no coincidíamos con este texto en cuanto aparentaba encuadrar, a priori, tipos

sociales en categorías disvaliosas o patológicas, entendiendo quizás que los mismos se encontraban preferentemente predestinados al ilícito respecto de otros y que, por tanto, debía agravarse para ellos el contralor. Las ventajas comparativas, la posibilidad de control a través del levantamiento del secreto bancario en la mayoría de los países, el control cruzado que posibilita internet y los convenios suscritos entre estados, etc., nos exhortan a pensar de otra manera y no a regular desde la patología.

Seguidamente, en el derecho internacional privado argentino de fuente convencional, encontramos correlato con lo que hemos venido señalando respecto del régimen autónomo. Es así que, los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y 1940 (También art. 8 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1940), en sus respectivos artículos cuartos, suponen la delegación a las legislaciones locales de la regulación de estos actos. De este modo sostienen en idéntica forma que las sociedades extranjeras “para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos” (el resaltado es del autor). En congruencia con ello, la CIDIP II, dispone en su artículo cuarto que “para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, estas quedaran sujetas a la ley del estado donde los realizaren. La misma ley se aplicara al control que una sociedad mercantil, que ejerza el comercio en un estado, obtenga sobre una sociedad constituida en otro estado”.

Finalmente, del derecho comparado, en materia de libertad de establecimiento, podemos tomar la reconocida jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia “centros”[31]. En dicho caso, una sociedad constituida conforme el derecho inglés, integrada por un matrimonio danés, realizaba operaciones comerciales en Dinamarca y el estado de destino no le permitía registrar una sucursal por entender que los fundadores habían evitado la aplicación del derecho danés acudiendo a una *lex fori* para la constitución del ente, siendo que en realidad la actividad principal y la sede real se establecerían en Dinamarca. Esto incluso fue reconocido por los propios fundadores. Así las cosas, se acudió en consulta pre judicial al TJUE y éste entendió que, en los términos del artículo 48 del en ese momento vigente tratado constitutivo de la comunidad europea[32] (hoy sustituido por el art. 54 del tratado de funcionamiento de la unión europea, precepto que presenta la misma redacción), las sociedades cuentan con libertad de establecimiento dentro del territorio integrado, pudiendo constituirse conforme las leyes de un estado miembro y establecerse en otro. En esta sentencia, el TJUE no solo aplicó literalmente el precepto referido, sino que lo interpretó a la luz de los principios fundamentales del TFUE y sus objetivos de supresión de fronteras. Es que la integración hace a la libre circulación de personas tanto humanas como jurídicas y no se concibe la prohibición de un estado respecto de una sociedad impidiéndole radicarse en su territorio con motivo haberse constituido conforme las leyes de un país con el que no tiene conexión alguna. El tratado de funcionamiento se encuentra en una jerarquía superior a los derechos nacionales y los objetivos y preceptos del mismo deben primar en caso de contradicción con la normativa doméstica.

iv. Participación en sociedad local

Conforme el artículo 123 de la LGS, las sociedades constituidas en el extranjero que desearan constituir una sociedad en argentina, deberán: acreditar haberse constituido conforme leyes del país de origen e inscribir en el registro público y el de sociedades por acciones, en su caso, sus instrumentos constitutivos y

modificaciones, demás documentación y representantes legales. Si bien la norma se refiere al acto de constitución, el supuesto se extiende al de participar en una sociedad argentina ya constituida[33]. El precepto presenta una redacción incompleta y ello ha sido materia de revisión en los anteproyectos de reforma de la LGS y del CCCN en la sección suprimida que se dedicaba a esta materia[34]. En atención a esto último, la norma que fuera suprimida en la versión definitiva del CCCN tomaba extractos de los anteproyectos de reforma al artículo 123 de LGS y de sanción de ley de derecho internacional privado, mediante los cuales se abarcaba tanto la constitución como la participación y se proponía distinguir entre una participación activa y otra meramente especulativa por parte de la sociedad constituida en el extranjero, no solo tomando límites cuantitativos como lo son el porcentaje participativo en el capital o la incidencia política en la toma de decisiones, sino también en términos cualitativos respecto de actos que tienen por objeto la adquisición de inmuebles al ser éstos últimos fundamentales en la economía nacional. Asimismo, respecto de los representantes, la norma claramente ponía certeza a las facultades de éstos en torno al objeto del mandato conferido para el ejercicio de los derechos sociales, sin perjuicio de que pudieran existir otras representaciones que debieran estar expresamente conferidas y que no surgen de aquella manda. Finalmente, el precepto establecía un régimen sancionatorio respecto de la falta de inscripción, privando a la sociedad no inscrita del ejercicio de los derechos de socio (con algún matiz cuando la participación ha sido adquirida en el mercado de valores, permitiendo, en su caso, el ejercicio de derechos patrimoniales) o de disponer del bien inmueble adquirido.

Se ha sostenido, respecto de la participación en una sociedad ya constituida, que la sociedad constituida en el extranjero solo debe cumplimentar estos presupuestos si la adquisición de participaciones lo ha sido a los fines de desempeñar una conducta activa de socio y no la de socio minoritario que las ha adquirido con meros fines especulativos. En éste último caso, debe considerarse la adquisición como un mero acto aislado en los términos del artículo 118 de la LGS y no debiera inscribirse. Sin perjuicio de ello, la verificación de fines especulativos o de una participación activa deberá establecerse en cada caso, atento a que un mínimo de participación social asegura la facultad de ejercer reiteradamente ciertos derechos de una gravedad tal que implican un activismo interno en el ente participado, como lo son: el derecho de información comprendido en los artículos 55 y 294, inciso 6, de LGS, o la posibilidad de asegurar el ejercicio de acciones sociales o individuales de responsabilidad respecto de administradores y síndicos en los términos del artículos 275, 279 y 298, de LGS. No se trata de detentar una primera minoría para encuadrar a la participación en la categoría de activista, sino del rol que desempeña el socio en la realidad.

Si bien hemos intentado flexibilizar la postura sentada en el párrafo precedente mediante el principio de la realidad que primará en cada caso, también es cierto que la norma no distingue en un porcentaje de participación ya sea en el momento constitutivo o mediante la adquisición posterior de participaciones. Simplemente se refiere a constituir. La distinción de supuestos ha llevado a diferenciar los casos en que la mayoría de votos en la asamblea es detentada por la sociedad constituida en el extranjero no inscrita[35] y también aquellos casos en donde se somete a la prueba de la resistencia una decisión asamblearia en donde ha participado como socia una sociedad foránea no inscrita[36]. Esto último consiste en considerar el voto de la sociedad constituida en el extranjero como un voto de abstención y verificar si, aun así, la decisión se hubiese tomado válidamente.

La notificación a la sociedad constituida en el extranjero respecto de su condición de socia no se realiza en los términos del artículo 122 de la LGS dispuesto para el emplazamiento a juicio. Vale decir, con respecto a ello, que la notificación particular a la sociedad socia constituida en el extranjero no se realiza en cabeza de su apoderado o representante, sino que debe serlo en la sede social. Sin perjuicio de ello, no descartamos que pueda serlo en el domicilio constituido especialmente al efecto ya sea físico o electrónico, atento a que ello resulta de una renuncia expresa de la propia sociedad socia a ser notificada en su sede social y, tratándose de relaciones privadas, bien podría hacerlo. Ahora bien, respecto de convocatorias colectivas por medios formales dispuesta por la LGS para el caso de las Sociedades Anónimas, como pueden serlo los llamados a asambleas, no varía el modo de convocatoria respecto de socios extranjeros ya que la publicidad se realiza por medios masivos y tiene efecto erga omnes.

Por su parte, ha habido consenso en que la falta de inscripción en los casos de participación activa acarrea la sanción de suspensión de los derechos de socio, tanto políticos como patrimoniales[37], pero esta consecuencia hasta hoy reinante podría variar atento el régimen publicitario actual que adopta la LGS, en tanto la oponibilidad directa ha sido aceptada cuando surge de la relación habida el conocimiento específico por las partes de la existencia de la persona jurídica y que se ha consentido su participación. Ello atendiendo a que vale interrogarse sobre la inexorable observancia de la inscripción en el supuesto del artículo 123, ya que la registración no opera como garantía de ningún tipo en defensa de la comunidad económica argentina, sino que la garantía son la aplicación de las normas que sancionan el abuso de derecho, el fraude, etc., todos medios más efectivos que la mera registración[38].

En otro orden, cabe preguntarse si una sociedad extranjera, inscripta o no, podría constituir o participar en una sociedad informal de las que recepta la sección cuarta de la LSG. No presentamos oposición a esta opción, atento al principio de no discriminación del ente constituido en el extranjero y a una interpretación coherente con el espíritu de la reforma producida por la sanción de Ley N° 26.994. En dicho supuesto, deberá acreditarse esa situación por cualquier medio de prueba y valorarse sus efectos conforme las buenas prácticas y la buena fe (artículos 22 y 23 de LGS, y 9 del CCCN), todo en aras de consagrar la primacía de la realidad respetando lo que las partes han reconocido y acordado.

En lo que respecta a la IGJ, la resolución general 7/2015 en su texto modificado por su par 6/2018, ha flexibilizado el tratamiento del supuesto comprendido en el artículo 123 de LGS en relación con el texto anterior dispuesto por resolución general 7/2005. Es así que los arts. 245 a 257 de la res. 7/2015 están dedicados a reglamentar la inscripción para constituir o participar en sociedad y establecen los requisitos y facultades de los administradores[39], los recaudos para las inscripciones posteriores (arts. 247 a 250) y la actuación posterior (arts. 256 y 257). En cuanto a la actuación posterior, vale decir que con el dictado de la resolución 6/2018 se han derogado cinco preceptos que reglamentaban el régimen informativo en la resolución 7/2015 (arts. 251 a 255), subsistiendo solamente lo atinente a actos registrables de sociedades participadas (art. 256) y aprobación de estados contables (art. 257).

v. Los supuestos comprendidos en los artículos 1, 30, 31 y 32 de LSG

Finalmente, resta revisar los supuestos de los artículos 1, 30, 31 y 32 de LGS respecto de la sociedad unipersonal, la sociedad socia, la participación en otras sociedades y la constitución o aumento de capital por participaciones recíprocas.

Por el lado del artículo 30, el mismo impone una incapacidad a las sociedades por acciones de constituirse en socia de otra sociedad que no fuere por acciones o de responsabilidad limitada. Tratándose de una limitación a la capacidad y, siendo ella materia expresamente delegada por nuestra normativa a la *lex societatis*, entendemos que la sociedad constituida en el extranjero no es pasible de la limitación señalada[40]. El fundamento de la inaplicabilidad del artículo 30 a la sociedad constituida en el extranjero es que la naturaleza jurídica de la norma es imperativa de orden público interno, pero no de orden público internacional[41].

Algo similar ocurre respecto del artículo 31 de la LGS, por cuanto la limitación a la participación también representa una incapacidad que no es materia de nuestra normativa, sino de la ley del lugar de constitución[42]. Estas normas referidas lo son de orden público interno y en nada aplicables a la sociedad constituidas en el extranjero[43].

Contrariamente a lo señalado en relación a esos supuestos, el artículo 32 de la LGS sí aplica a las sociedades constituidas en el extranjero[44], por cuanto no se trata de una incapacidad de quien ejecuta el acto sino de que éste es nulo por sí mismo. La constitución de sociedad o aumento de capital mediando participación recíproca supone la existencia de un capital ficticio, inexistente, y la norma sanciona el acto con nulidad independientemente de que quienes participen de él sean sociedades locales o constituidas en el extranjero.

Finalmente, resta referirse respecto a si las sociedades constituidas en el extranjero son pasibles de las limitaciones comprendidas en los artículos primero de LGS y 34 de Ley 27349, respectivamente, en relación a la prohibición de que una sociedad unipersonal esté compuesta por otra sociedad unipersonal. Entendemos que, tal como lo señalamos recientemente al referirnos a los artículos 31 y 32 de LGS, estas normas no son aplicables a las sociedades constituidas en el extranjero cuya capacidad se rige por su *lex societatis*. Vale decir, en este sentido, que, si el derecho de origen permite a la sociedad foránea unipersonal del tipo que fuere la constitución de una sociedad unipersonal, pues aquí podrá hacerlo no obstante las disposiciones referidas.

vi. Sociedad de tipo desconocido

La sociedad de tipo desconocido no ofrece mayores reparos, ya que su reconocimiento opera ipso iure en los términos del artículo 118 de LGS, sin perjuicio de encomendarse al juez de registro el requerimiento de formalidades a cumplimentarse por la sociedad extranjera con sujeción al criterio de máximo rigor. En el derecho argentino, ese criterio es el que se sigue respecto de las sociedades anónimas.

La *lex societatis* es a la cual la sociedad constituida en el extranjero se somete en el acto constitutivo y ello determina tanto las formalidades a cumplirse como finalmente el reconocimiento de su existencia. Siendo así, resulta necesario concluir respecto de la sociedad de tipo desconocido, como lo ha hecho el artículo 119 de la

LGS, sin variar el criterio general, más allá de las formalidades dispuestas a cumplirse en razón de tratarse de un ente atípico.

Esta solución adoptada por el precepto pudo variar si se sancionaba la sección 11 del CCCN que incluía, en su artículo 67, una reiteración del artículo 54 del anteproyecto de código de derecho internacional privado. En este sentido, se propuso un texto algo evolutivo que superaba la visión defensiva que actualmente detenta nuestro sistema respecto de la sociedad de tipo desconocido y se proponía una mirada contemplativa de sus características propias, a fin de que ello permitiera a la autoridad de contralor ubicarla, en cuanto a formalismos a cumplimentar para el registro, en una posición de razonable analogía frente a aquellos tipos similares comprendidos en el capítulo II de la LGS[45]. Este habría sido un paso más en una tendencia que marcha hacia la no discriminación de la sociedad constituida en el extranjero, iniciativa que finalmente no obtuvo sanción pero que destacamos.

Vale decir que, aun con la vigencia del texto anterior del artículo 17 de la LGS que sancionaba con nulidad la sociedad atípica, este precepto no se aplicaba a las sociedades constituidas en el extranjero por prevalencia de la norma aquí comentada y que trata el supuesto particular. En coherencia con esta tesitura, entendemos que hoy tampoco se aplica el artículo 17 en su actual versión no obstante apartarse del anterior régimen sancionatorio y, por tanto, la sociedad extranjera de tipo desconocido no ingresa para su calificación en la sección IV de la LGS, sino que se rige a esos efectos por la legislación del lugar de constitución.

En cuanto a la reglamentación dispuesta por la IGJ, la resolución general N° 7/2015 que fuera luego modificada por N° 6/2018 y que sustituyera a la resolución N° 7/2005, dispuso como requisito para resaltar el deber de acompañar certificado emitido por la autoridad registral correspondiente que no detente una antigüedad mayor a seis meses, etc., además del deber de explicar el alcance de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales y publicitar que se trata de una sociedad de tipo desconocido con ése régimen de responsabilidad.

vii. Contabilidad separada

Tratándose de una representación permanente en el país que no encierra personería jurídica independiente, es necesario a los fines de poder regular y monitorear el funcionamiento del patrimonio afectado al giro que la sociedad constituida en el extranjero detenta en el país, un régimen de contabilidad separada respecto de la matriz. Se trata de un argumento tanto de carácter económico como jurídico ya que ello permitirá, entre otras posibilidades, evaluar la solvencia del mismo, los deberes de tributación, determinar la repatriación de capitales permitida en beneficio de la matriz, concursarse, etc. Como ya señaláramos previamente, una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero es tratada como sujeto fiscal, aunque no represente una personalidad jurídica diferenciada.

Las formas establecidas, las cuentas, partidas y asientos para llevar la contabilidad separada, surgen de la sección IX de la LGS. Sin perjuicio de ello, cabe poner de relieve que la aplicación de las formas de llevar la contabilidad y cumplimentar con obligaciones específicas, no necesariamente impone la extensión de ciertas prohibiciones que rigen para las sociedades locales como, por ejemplo, la de distribuir anticipadamente dividendos en los términos del artículo 68 de LGS, ya que

la sociedad constituida en el extranjero se rige, a esos efectos, por su *lex societatis*[46]

En cuanto a las reglas impuestas por la IGJ en el particular, la resolución 7/2015 IGJ en el artículo 231 establece la obligación de las sucursales, asientos o representaciones permanentes, de presentar los estados contables dentro de los 120 días corridos posteriores a la fecha de cierre, los que deben estar confeccionados conforme dispone la normativa técnica, encontrarse signados por el representante y acompañarse de informe de auditoría. Asimismo, la IGJ velará por el mantenimiento, en términos positivos, del patrimonio neto de esa unidad económica y la conservación del capital, en su caso (artículo 232), como también, para el supuesto de que detectare que la contabilidad arroja resultados negativos en este sentido, deberá la sociedad recomponer el patrimonio neto y acreditarla conforme certificación contable o deberá solicitarse la cancelación de la inscripción previa liquidación, bajo apercibimiento de que requerirse judicialmente (art. 233).

viii. Responsabilidades de los representantes

El artículo 121 de la LGS remite a los criterios generales de responsabilidad de los administradores según los tipos previstos y, para el caso de las sociedades de tipo desconocido, lo será el dispuesto para las sociedades anónimas. Sin perjuicio de lo dispuesto por la norma, es dable reparar en que el representante de la sociedad constituida en el extranjero puede haber sido designado mediando un contrato de mandato, supuesto en el cual se regirán las consecuencias y efectos de éste conforme lo dispuesto para ese acuerdo en el CCCN. En otro orden, ante la ausencia de esta situación y la existencia de una relación orgánica, resulta difícil imaginar la aplicación de la pauta de conducta que establece el artículo 59 de la LGS, atento a que lo es respecto del compromiso asumido por el administrador hacia el ente y ello será materia de la *lex societatis*.

Sin perjuicio de ello, entendemos que, en la práctica y, solo para los casos en que los mandatarios resultaran también administradores orgánicos del ente, lo que usualmente podrá tener lugar, según la acción de responsabilidad de que se trate, será que las relaciones contractuales intra societarias en donde se revise la responsabilidad de los administradores a instancias de una acción social propuesta por el ente ante los tribunales del país de constitución (supuesto del art. 276 LGS), se regirán por la *lex societatis* y, por otro lado, la responsabilidad de los administradores por daños a terceros locales —socios o no— causados en ejercicio de sus funciones que sea valorada a instancias de una acción individual de responsabilidad propuesta por éstos ante nuestros tribunales (supuesto del art. 279 LSG), lo será conforme la ley nacional y que incluso coincide con el lugar de ejecución de la representación[47]

Finalmente, respecto de los representantes, la IGJ en el texto de la resolución 7/2015 modificado por la resolución 6/2018, art. 223, establece que la inscripción de nuevo representante debe cumplir con los requisitos formales que establece el art. 206 inc. 3º, 4º y 5º de la misma resolución, sin perjuicio de la publicación e inscripción de la cesación del anterior representante. Por su parte, el art. 224, punto I, de esta resolución, detalla la documentación que deberá acompañarse[48] y, el punto II, establece el contenido que debe observar la renuncia[49].

ix. Emplazamiento en juicio

El emplazamiento en juicio comprendido en el artículo 122 de la LGS, presenta la distinción según se haya originado en un actuar aislado de la sociedad constituida en el extranjero o si esta cuenta con un asiento de representación permanente en el país.

En el primer caso, la notificación debe realizarse en la persona que intervino en el acto o contrato base del conflicto judicial. Por el señalamiento de que debe hacerse en la persona del apoderado, debe entenderse su domicilio o el constituido por éste en el acto de que se trata.

Respecto del segundo caso, en cuanto a la notificación en la persona del representante para el supuesto de que exista una representación permanente, dicha afirmación encierra al representante inscrito en los términos del artículo 118, 3er. párrafo, de LGS. Ahora bien, si la sociedad constituida en el extranjero no se encuentra inscrita, le es aplicable el principio del art. 152 del CCCN[50].

El anteproyecto de CCCN, en la sección 11, artículo 65, presentaba una solución a este asunto. Es así que la norma transcribe en su primer apartado el actual inciso primero del artículo 122 de LGS, pero en el segundo apartado amplía las alternativas de notificación al domicilio inscrito más allá de la persona del representante, como también si no existió acto de registro del domicilio puede notificarse tanto en la persona del representante que interviniera en el acto o contrato motivo de la contienda como en el local de la administración que el mandante detenta en el país[51]. De este modo la norma proyectada brindaba mayor claridad y abanico de posibilidades, pero no obtuvo sanción.

Finalmente, en cuanto a la reglamentación dispuesta por la IGJ, el artículo 244 de la resolución 7/2015 de la IGJ dispone que todo emplazamiento en juicio que se realice a las sociedades en la sede social inscrita por ellas con motivo de cualquier acción que éstas promuevan o en las que intervengan, será vinculante y tendrá los alcances dispuestos por el artículo 11, inc. 2, párrafo segundo, de la LGS. Resulta claro que el supuesto refiere a actos habituales y al acto de registro de la sociedad conforme el artículo 118 de LGS, no al supuesto del artículo 123 del mismo cuerpo legal, por cuanto el artículo reglamentario está ubicado en la sección cuarta del capítulo primero correspondiente al título tercero de la resolución, apartado referido a la actuación del representante, no siendo aplicable al supuesto de participar o constituir sociedad en el país y que es reglamentado en el capítulo segundo de aquella sección y título.

b) Sede real en argentina

Una vez sentado el criterio general en el que se inspiran los Arts. 118 al 123 de LGS, como también efectuadas las distinciones pertinentes en cuanto a la calidad o carácter de los actos que tiene por objeto realizar la sociedad extranjera variando así los presupuestos a observar, corresponde darle tratamiento al supuesto en que deja de ser la *lex societatis* la del lugar de constitución, para regirse la vida del ente social por la ley de su domicilio comercial, sede real o lugar en donde se encuentra su principal establecimiento.-

Conforme a ello, este supuesto tiene su regulación en los diferentes cuerpos normativos de orden autónomo y convencional que integran el derecho argentino, pero no existen diferencias sustanciales. Es así como, ya como se mencionó en un primer momento, el Art. 124 de LGS prescribe que “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” (el resaltado es del autor). La redacción de la presente norma muestra a las claras la inclinación por la teoría de la sede real frente a estos supuestos de hecho, por cuanto de tener la sociedad extranjera su sede en la República o en caso de que su principal objeto esté destinado a cumplirse en ella, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución, reforma y contralor de funcionamiento.

La IGJ, por su parte, dispuso que cuando de la documentación presentada surja la aplicación de este precepto, exigirá a la sociedad constituida en el extranjero su adecuación a la Ley N° 19.550[52], bajo apercibimiento de solicitar la cancelación de su inscripción y la liquidación de bienes que pudiere corresponder[53]. No acordamos con esta facultad de solicitar la liquidación de bienes por cuanto, de no existir fraude que conlleve a la nulidad y el consecuente deber de liquidación, la sociedad se encuadrará en la sección IV de la LGS y necesariamente conservará sus bienes.

En otro orden y sin perjuicio de este yerro de la inspección general de justicia, es rescatable la incorporación en sus normas de la aceptación de medios tecnológicos en lo que hace a la libertad probatoria de la sociedad constituida en el extranjero para acreditar actividad en otros países[54].

Retomando el artículo 124, la naturaleza de ese precepto ha sido definida como de orden público internacional o de policía[55], o como una norma que evita el fraude[56]. Lo cierto es que, más allá de la postura que se adopte, el presupuesto subjetivo que debe presentarse en el caso de fraude no siempre tendrá lugar y la aplicación de la norma se activará simplemente con el hecho de que se verifique cualquiera de las situaciones objetivas de hecho que comprende, estas son: que la sociedad constituida en el extranjero tenga su sede en la República o que su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma. Ocurrido ello, el artículo 124 desplaza el criterio general de la incorporación o lugar de constitución para aplicarse con exclusividad en resguardo del orden público internacional argentino. Puede ocurrir que, la sociedad constituida en el extranjero, no presente actividad en ningún otro tercer estado ni en su lugar de constitución, sino simplemente en la Argentina, más allá de la actividad puntual a desarrollar en el país como podría serlo, por ejemplo, la mera tenencia de participaciones societarias, la sociedad puede verse encuadrada en este precepto conforme se ha sostenido[57]. A este último respecto, decimos que de la mera tenencia de participaciones no resulta el encuadre, sino cuando ello constituye su única actividad[58].

Asimismo, no se aparta de este criterio el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1940 que en sus artículos siete y ocho establece que “El contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios; entre éstos y la sociedad; y entre la misma y terceros, se rigen por la ley del Estado en donde la sociedad tiene domicilio comercial”; y que “Las sociedades mercantiles se registrarán por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio”. Aquí puede apreciarse que, más allá de las distintas formas de redacción, las normas en cuestión clarifican que la ley que rige la vida de la sociedad (*lex societatis*) en este supuesto es la del lugar donde la sociedad tiene su domicilio comercial.

De esta forma se materializa la teoría de la sede real si tenemos en cuenta el concepto de domicilio comercial establecido por el tratado, el cual en el artículo tercero define que "Domicilio comercial es el lugar en donde el comerciante o la sociedad comercial tienen el asiento principal de sus negocios. Si constituyen, sin embargo, en otro u otros Estados, establecimientos, sucursales o agencias, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionen, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen". También se materializa idéntico criterio en el Tratado de Derecho Comercial de 1889 que dispone en su artículo cuarto que "El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que éste tiene su domicilio comercial".

En el entendimiento de los preceptos convencionales referidos, la CSJN ha señalado que el domicilio comercial en el país en estos casos es atributivo de jurisdicción en un proceso falencial por considerar a la sociedad constituida en el extranjero como sociedad autóctona. Ha expresado el máximo tribunal, a este respecto, que "...dado que la requerida tenía su sede y su principal actividad en la República Argentina, corresponde aplicar al caso el art. 124 de la Ley N° 19.550 que, ante el fraude a la ley, impone considerar a la sociedad extranjera como sociedad local"[59].

Por su parte, la CIDIP II en su artículo quinto recepta la posibilidad de los estados de optar por la teoría de la sede al disponer que "las sociedades constituidas en un estado que pretendan establecer la sede efectiva de su administración central en otro estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de éste último".

La falta de adecuación a las formas de una sociedad considerada local, salvo el caso de fraude a la ley, no trae directamente aparejada la nulidad del ente y consecuente liquidación de los bienes de la sociedad. Entendemos que el resultado debe ser su oponibilidad relativa y, ahora sí, por sociedad local, encuadrarse la misma en la sección IV en los términos del artículo 17 de la LGS.

Los procesos de integración y la libertad de establecimiento [\[arriba\]](#)

Los diferentes estadios de un proceso de integración regional oscilan a grandes rasgos entre un comienzo en donde se acuerda establecer una zona de libre comercio y hasta alcanzar el grado mayor de integración en un mercado común perfecto. Ello supone un tránsito desde unión aduanera, unión económica, unión monetaria, etc., y en cada uno de estos momentos se busca la eliminación de fronteras puertas adentro de la integración regional, las cuales son de índole política, fiscal, monetaria y demás, buscando así alcanzar el libre tránsito de personas y/o factores de producción, mercancías, servicios y capitales, como también formando una aduana común mediante el establecimiento de un arancel externo único.

Así las cosas, uno de los cimientos básicos de un proceso de integración regional es la libre circulación de personas por entre los países que la conforman, ello no sólo en torno a la libertad de tránsito o actuación aislada, sino que también atiende a la libertad de establecimiento. A este respecto, no puede sostenerse la libertad de circulación o de establecimiento de personas de existencia ideal sin antes reconocerles personalidad y es fundamental, para ello, determinar su *lex societatis*, por cuanto toda persona tiene su ley personal, incluidas las personas jurídicas. Sentado este criterio rector, resta preguntarse:

- ¿Es posible la implementación de las teorías de la sede real y de la constitución en el marco de un acuerdo de integración?

- ¿Es posible no reconocer a una persona jurídica creada conforme el derecho de un estado miembro?

En respuesta a estos interrogantes, se suelen suscribir los acuerdos de establecimiento que solucionan el conflicto de reconocimiento de la persona jurídica entre países.

Como un ejemplo ya referido al tratar la sentencia “centros” en lo que respecta a acuerdos de integración de avanzada, el Art. 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone: “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros”. Esta norma optó por asimilar a todas las sociedades constituidas conforme legislación de un estado miembro y con sede real dentro de la UE, haciéndolas por tanto titulares de los derechos de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios[60]. Del propio texto del precepto surge la equiparación, a efectos de la aplicación de la normativa comprendida en el capítulo, de las personas físicas y jurídicas. Asimismo, se ha sostenido que, en la sentencia “Centros”, el TJCE ha concluido que existe incompatibilidad entre el modelo de sede real y el Tratado CE[61].

Por su parte, mediante esa corriente normativa de aplicación directa y operativa se establece la libertad de establecimiento para las personas jurídicas en toda la UE, ya sea de carácter primario (transferir la sede a otro estado), o secundario (constituir una filial, sucursal, agencia, etc.). El precepto unifica la definición de sociedades para todo el territorio integrado, entendiendo por sociedades a todas aquellas que persigan una ventaja de naturaleza patrimonial o que realicen compra venta de bienes o prestaciones de servicios en condiciones ventajosas para sus socios.

Sin perjuicio de lo señalado, tampoco en la unión europea se solucionaron todos los problemas de reconocimiento al subsistir entendimientos dispares de los tribunales nacionales, pese a las consultas pre judiciales evacuadas por el TJUE. En este contexto, surgen la Sociedad Anónima Europea o societas europaea, la sociedad cooperativa europea y la aún pendiente de sanción sociedad privada europea como modelo de SRL para las PYMES. Estas sociedades no tienen nacionalidad, son comunitarias.

Sociedad anónima europea [\[arriba\]](#)

Por el lado de la sociedad anónima europea, se dictaron el reglamento 2157/2001 de carácter operativo y la Directiva 2001/86/CE complementaria y que se sancionara para incluir a los trabajadores en el consejo de administración o vigilancia (tal como lo dispone el sistema germánico), norma ésta última que debe ser transpuesta por los estados a diferencia del reglamento. Al año 2009, existían ya 510 de estas sociedades en 22 de los 27 países que integraban la UE[62].

Se trata de un tipo societario supra nacional creado con el objeto de sancionar un régimen mínimo que facilite la re estructuración o reorganización y concentración

empresarial a escala comunitaria; resolver cuestiones prácticas atinentes a operaciones transfronterizas de fusiones transnacionales, traslado de domicilio social a otro país de la unión, constitución de grupos económicos intracomunitarios, etc.; participación de los trabajadores en las decisiones; apartar la distinción de sociedad nacional o extranjera en la unión y acudir a esta figura confiable para terceros países generando credibilidad en el mercado; etc. Se le brinda a los empresarios del territorio europeo la posibilidad de constituir sociedades a escala comunitaria[63].

La UE, mediante la normativa unionista y las nacionales, ha creado para la SAE un sistema plurilegislativo que combina el siguiente orden de prelación: reglamento estatutario europeo de la SAE y lo dispuesto en el estatuto de la misma cuando el reglamento así lo permita; leyes nacionales previstas para aquella que a su vez transponen la directiva 2001/86/CE y, subsidiariamente, en lo no previsto o previsto en parte, las relativas a la sociedad anónima ordinaria o común.

En cuanto a las formas de constitución, estas comprenden: sociedades o subsidiarias, sucursales en diferentes estados miembros, etc.; fusión de sociedades de diferentes estados miembros (absorción o constitución de nueva SAE por dos S.A. de EEMM); como sociedad holding de un grupo societario (entre al menos dos S.A. o S.L. constituidas en EEMM o con sede o sucursal/filial desde 2 años antes); como filial común entre dos sociedades de países miembros (toda sociedad –salvo aquellas sin fin de lucro– de un EEMM o con sucursal o filial desde 2 años antes); la creación por parte de la SAE de una nueva filial (Derecho local de destino); por transformación de una sociedad nacional en una SAE (Soc. con sede en un EM y con al menos una subsidiaria o sucursal en otro EM).

En orden a la autorización por un EM, para que esta proceda, la SAE debe de tener vinculación económica con la UE (ya sea por encontrarse su administración central en la UE o por haberse constituido en un país miembro, etc.). A su vez, la inscripción es de carácter constitutivo, sanatoria y publicitaria. Vale decir que no existe la SAE irregular y que el ente surge puertas adentro del registro una vez aprobados los estatutos para luego publicitarse y resultar oponible erga omnes.

Una característica que tiene la SAE es la de constituir una opción flexible, ya que al ser una sociedad comunitaria puede variar su domicilio sin impedimentos dentro de la UE y el lugar en el que se encuentre la sede social determinará el régimen subsidiario. Para cambiar de sede debe cumplimentarse con la faz preparatoria en origen, adoptándose la decisión de aprobar el proyecto por un mínimo de dos tercios de los votos o mayor exigencia según el derecho de origen, todo para que pueda finalmente, una vez cumplimentado esto, inscribirse en el lugar de destino. Por su parte, es el estado de destino quien, por razones de interés público, establecerá el plazo que debe mediar entre la inscripción en origen del proyecto y aprobación hasta la definitiva toma de razón en destino. Ambos estados ejercen mediante sus registros el examen calificador, emitiendo un certificado de cumplimiento en origen y brindando el alta en destino.

Como nota característica la SAE debe observar al constituirse un capital social mínimo de ciento veinte mil euros (\$120.000), salvo que legislaciones nacionales prevean capitales más altos (art. 4 - Reg. 2157/2001). Dicho capital que se divide en acciones.

Finalmente, otros puntos de interés a modo de reseña, los constituyen: el deber de coincidencia necesaria entre domicilio y sede, bajo apercibimiento de disolución y

pérdida de personería si no se subsana en el plazo de 1 año una eventual disidencia; la opción por sistemas monista o dualista de administración (en caso de ser éste último estará integrado por un órgano de dirección y también un consejo de vigilancia formado por accionistas, trabajadores y representantes de otros sectores); la junta general que tiene el deber de realizar una reunión mínima cada año dentro de los 6 meses desde cierra de ejercicio, salvo disposición en contrario ley del domicilio y la sede.

La libertad de establecimiento a la luz del MERCOSUR [\[arriba\]](#)

El Tratado de Asunción, en su artículo primero, establece: “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países...”, refiriendo con ello a que debe asegurarse el reconocimiento y libertad de establecimiento de sociedades[64]. Esta afirmación se extiende también a las personas jurídicas y ello vuelve incompatible el artículo primero con toda negación de personalidad. Luego, ocurrido algún incumplimiento de formalidades, habrá que estarse a la inoponibilidad relativa antes referida, pero nunca negar la personalidad. Es dable destacar que el precepto convencional resulta de aplicación directa y puede ser opuesto por los operadores a los estados miembros[65].

Nuestro acuerdo de integración regional no ha alcanzado los albores de la UE, más allá de los esfuerzos realizados. Es así que, un caso como el de la sentencia centros del TJUE, difícilmente tendría una solución como la que dictara el alto tribunal europeo en un proceso presentado por ante los jueces nacionales. Vale decir que la eliminación de fronteras no es más que un deseo. Sin perjuicio de ello, si atendemos al artículo referido previamente y coincidimos que encierra entre los factores de producción a la persona jurídica, debe garantizarse la libre circulación y no abusar de la norma de policía de que dispone la LGS. Reiteramos que una sanción de nulidad respecto de una sociedad en los términos del artículo 124, no guarda coherencia con el artículo primero de este tratado, salvo los casos de fraude a la ley.

En otro orden, un paso semejante al de la Sociedad Anónima Europea, lo ha dado en estas latitudes el tratado bilateral para el establecimiento comprensivo del estatuto de empresas binacionales argentino-brasileñas.

Estatuto de Empresas Binacionales Argentino-Brasileñas [\[arriba\]](#)

Se trata de un tratado bilateral suscrito entre Argentina y Brasil por el que se crea el estatuto de una sociedad supranacional o de nacionalidad mixta. El objeto ha sido dotar a los empresarios de ambos mercados de una herramienta jurídica hábil de ejercer la actividad económica organizada a los dos lados de la frontera.

Se entiende que constituye un instrumento para inversores conforme su artículo primero, el cual reza:

“las personas físicas domiciliadas en cualquiera de los dos países; las personas jurídicas de derecho público de cualquiera de los dos países; y las personas jurídicas de derecho privado de cualquiera de los dos países, en las cuales la mayoría del capital social y de los votos, y el control administrativo y tecnológico efectivo, sea detentado, directa o indirectamente por los primeros dos inversores...”.

Dentro de las características propias de este tipo binacional, se puede observar que en la última parte de la norma referida se recepta la teoría del control. Esto es que

la voluntad social esté controlada por capital y votos necesarios en manos de inversores nacionales argentinos y brasileros (art. 1, ap. 2). Nótese que el cumplimiento debe presentarse en simultáneo, es decir: a) Que, por lo menos, el 80 % del capital social y de los votos pertenezca a inversores nacionales de la República Argentina y la República Federativa del Brasil, asegurándoles el control real y efectivo de la Empresa Binacional; b) Que la participación del conjunto de los inversores nacionales de cada uno de los dos países sea de, por lo menos, el 30 % del capital social de la Empresa; y c) Que el conjunto de los inversores nacionales de cada uno de los dos países tenga derecho a elegir por lo menos un miembro de cada uno de los órganos de la administración y un miembro del órgano de fiscalización interna de la Empresa.

En otro orden, el tratado recepta dos principios fundamentales para la libertad de establecimiento, como lo son el de trato nacional y no discriminación (art. 5). Esta norma garantiza la actuación de la sociedad binacional dentro de un mercado como una sociedad local en todos los extremos. Asimismo, el cuerpo normativo brinda regulación a la repatriación de capitales, permitiendo a los inversores la transferencia de utilidades una vez canceladas las obligaciones en el mercado de origen (art. 6). Finalmente, el tratado alienta el traslado de operarios de una frontera a la otra sin que se le pueda exigir a la empresa mayores formalismos (art. 7).

En relación al objeto, las actividades comprendidas podrán ser todas aquellas permitidas en el país en donde la sociedad tendrá su sede (Art. 2), normativa que también determinará la forma jurídica que deberá adoptar el ente al constituirse. Cumplimentados los requisitos constitutivos, la autoridad nacional de contralor expedirá un certificado de cumplimiento y de registro en Registro de Soc. Binacionales.

Por su parte, en cuanto al tipo social, la sociedad podrá constituirse bajo cualquiera de las estructuras previstas por el país de la sede, agregado en la denominación las siglas EBAB o EBBA. Si se opta por una sociedad por acciones, éstas serán nominativas no endosables. Finalmente, en lo a que filiales, sucursales y agencias, refiere, las normas del país de destino será el régimen rector para dichos asientos de representación permanente, debiendo por tanto al establecerse las sociedades observar particularmente lo relacionado al objeto, forma y registro.

Consideraciones finales [\[arriba\]](#)

Siguiendo con el criterio de análisis expresado al comienzo y conforme todo lo expuesto, resulta posible dictaminar que la República Argentina, al igual que la ley italiana^[66], se adscribe en mayor medida a la teoría de la constitución a la postre de su normativa y, como excepción, recepta la teoría de la sede real en su artículo 124 de LGS respaldado también en los convenios internacionales citados y en el estatuto de sociedades binacionales.

Vale decir que todo el análisis realizado se basa en la relación existente entre los artículos 118 y ss., y 124, de la LSC, a fin de determinar la situación de la sociedad constituida en el extranjero, ya que siendo de aplicación la segunda norma se excluye automáticamente la posibilidad de aplicación de la primera y siguientes. Ello no implica que, en la práctica, a fin de evitar la perpetración de “fraude a la

ley nacional” o por aplicación del precepto como norma de policía en protección del orden público, no sea de frecuente aplicación el Art. 124 de LGS.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, siendo la excepción al criterio general, la interpretación para la aplicación de esta última norma debe necesariamente guardar carácter restrictivo. Dicho esto, resulta sencillo detectar la teoría en que se inspira mayormente el sistema societario, siendo de aplicación en la universalidad de los casos la teoría de la incorporación o lugar de constitución (Arts. 118 a 123 LGS) y el reconocimiento ipso iure de la persona jurídica foránea que de allí deviene, con una única salvedad para el caso de que la sede real se encuentre en nuestro país.

Sumado a ello, es menester señalar que la inclinación por la teoría de la constitución como regla general queda cristalizada más aún si se tiene en cuenta el caso de la sociedad extranjera de tipo desconocido (art. 119) a la que no se le niega el reconocimiento, sino que se le permite actuar y se le reconoce la capacidad otorgada en origen, aunque estableciendo requisitos aplicables por cuestiones de seguridad jurídica y en defensa de intereses locales. Este señalamiento determina como consecuencia directa la inaplicabilidad de las limitaciones contenidas en los artículos 1, segundo párrafo, 30 y 31, de LGS, como también del artículo 34 de Ley N° 27.349, para los casos en que conforme a la ley de constitución la sociedad extranjera no posea dichas restricciones.

En otro orden, cabe resaltar tal y como se ha expresado, que conforme el régimen de oponibilidad relativa reforzado hoy por la reforma de ley 26994 que incluyó la sección IV y su artículo 22, la sociedad aun no encontrándose inscrita no puede ser desconocida por aquellos que se vincularon con ella ni tampoco sus órganos[67]. Asimismo, para el caso en que no exista fraude, pero se aplique el artículo 124 de la LGS y la sociedad no se adecúe a las formas, ésta no será nula, sino que quedará encuadrada como sociedad local en los términos de la sección IV conforme el artículo 17 de la LGS y permitiendo la continuación de la empresa en concordancia con el artículo 100 del mismo cuerpo. Puede ocurrir que un ente no se haya constituido con el fin de burlar el ordenamiento nacional y haya tenido tanto la sede en otro país como también ejercido su actividad en muchos sitios, pero que con el devenir de la actividad haya luego radicado su principal centro de explotación y sede en el país atento a encontrar ventajas comparativas de cualquier índole. Sería considerada como una sociedad local conforme el artículo 124 de LGS y se le aplica la normativa societaria argentina, pero no habría fraude a la ley y consecuente nulidad del ente, sino que simplemente por no tomar las formas del capítulo II de nuestra ley es que se la encuadraría en la sección cuarta de ese cuerpo legal. Resta decir que no es dable presumir el fraude, sino que éste debe de ser acreditado y para ello es necesario la probanza del elemento subjetivo[68].

Por último, resulta necesaria una última conceptualización del art. 124 como excepción a la regla, norma que por su claridad es que en la exposición de motivos de la LGS dice no necesitar explicación. De esta manera ha concluido el legislador que el motivo de que en este supuesto quede desplazada la norma de conflicto del Art. 118, para así regular aditivamente formalidades a esa constitución de la sociedad extranjera que deben ser observadas en forma obligatoria y controlar su funcionamiento, considerándola como sociedad local a dichos efectos. Todo ello evidentemente por los intereses locales comprometidos al ostentar la sede en la república y encontrarse su principal objeto destinado a cumplirse en la misma.

Por todo lo expuesto se concluye que para la legislación argentina es indiferente que una sociedad constituida conforme el derecho de un estado tenga su sede real o

administración central en otro país distinto del de constitución, pues se regirá en cuanto a su existencia y capacidad por la ley de éste último. Ello con la salvedad del único caso en que ese principal establecimiento se encuentre en la República Argentina (como se señaló, no es necesario el fraude a la ley, sino que puede actuar como norma de policía protectora del orden público), supuesto en el cual le será de aplicación la teoría de la sede real o de la realidad contenida en el artículo 124 de LGS.

Queda sentado entonces el criterio general y su excepción, pudiendo definir al sistema argentino como un sistema abierto al desembarco de las sociedades constituidas en el extranjero como todo país receptor de inversión, sin perjuicio de velar por intereses nacionales en los casos en que ello es debido.

Finalmente, vale decir que la flexibilización del sistema en materia de sociedades constituidas en el extranjero en nada restringe la aplicación de los principios generales del derecho relativos a la buena fe, el abuso del derecho, etc., como tampoco inhibe la aplicación a ultranza del deber de no dañar y extender la responsabilidad civil a todo aquél al que le quepa dicha atribución conforme la teoría general de la responsabilidad por un acto ilícito. Todas estas herramientas vigentes continúan disponibles para sancionar con severidad los supuestos negativos y así evitar la categorización de ciertas sociedades foráneas como peligrosas por se o creer que con la registración garantizaremos la disminución del daño. La falta de registración hace inoponible el ente salvo conocimiento, por lo que no podrá alegarse la personería a los acreedores involuntarios y éstos gozaran de toda la artillería en materia de acciones de responsabilidad para ir hasta las últimas consecuencias y contra todos los responsables del daño.

En este orden, es importante incluso señalar que la registración de bienes en los registros correspondientes no supe el estadio registral del registro público de sociedades y no tiene efecto publicitario del ente (inmobiliarios, automotor, fiscales, etc.), ya que los registros se encuentran estatuidos con otra finalidad y sus efectos están solamente ajustados al cumplimiento de esta.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

Abriani, N. y otros, Derecho Italiano de Sociedades, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Balbin, S., Manual de Derecho Societario, Abeledo Perrot, Bs As, 2015.

Boggiano, A., Curso de Derecho Internacional Privado, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 2003

Bottiglieri, M. G., Zavatti de Rougier, A., El derecho internacional privado argentino, ed. Lex, Córdoba, 2016.

Díaz Labrano, R., GLOBALIZACIÓN, EL DERECHO DEL MERCADO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCOSUR, en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_es_digital_XXX_l_curso_d_erecho_inter_nacional_2004_Roberto_Ruiz_Diaz_Labrano.pdf (disponible al 9-11-18).

Díaz Labrano, R., EL Mercosur, Marco Jurídico Institucional, Análisis y Perspectivas de sus normas derivadas, Ed. Continental, 1993.

Dobson, J. M., El abuso de la personalidad jurídica, ed. Depalma, Bs As, 1985.

Escuti, I. "Sociedades", Astrea, Bs As, 2006.

FARINA, Juan., Sociedades comerciales, Zeus, Rosario, 1972.

Favier Dubois, E. (h), Las sociedades constituidas en el extranjero frente a la ley 19550, ed. Errepar, Bs As.

Fernandez Rozas, J.C., Ius mercatorum, Consejo Gral. Del notariado, Madrid, 2003

Fernandez Rozas, J. C., Arenas García, R., De Miguel Asensio, P., Derecho de los Negocios Internacionales, ed. Iustel, Madrid, 2016

Ferrara, F., Empresarios y Sociedades, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.

Ferro, H. R., Legislación de la empresa, ed. Astrea, Bs As, 1979.

Garcimartín Alférez, La sentencia "centros" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios, en: [file:///C:/Users/Jose/Downloads/nota_GA_RCIAMA_RTIN_Fran_ciscoJ%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Jose/Downloads/nota_GA_RCIAMA_RTIN_Fran_ciscoJ%20(2).pdf) (disponible en internet al 9-11-18).

Garo, F., Sociedades Comerciales, La Facultad SRL, Bs As, 1949.

GOMEZ, N. A., Libertad de establecimiento de las sociedades en el marco de la integración, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2001. <https://repositorio.io.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/2201/CDS08040099.pdf?sequence=1> (disponible al 9-11-18)

Halperin, I., Sociedades Comerciales, Ed. Depalma, Bs As, 1964.

Machado de Villafañe, T., Inaplicabilidad del artículo 31 de la ley de sociedades a las sociedades extranjeras, LL, Bs As, 1995.

Manovil, R., Sociedades multinacionales: Ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento, LL, Bs As, 2005.

Mercado de Sala, M. C., Empresa y Sociedad, ed. Lerner, Córdoba, 2018

Molinari, I., La nueva resolución de la IGJ: Un paso acertado en relación a las Off Shore, elDial.com-CC384

NISSEN, Ricardo, "Curso de derecho societario", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

NISSEN, Ricardo, La situación legal de las sociedades extranjeras integrantes de sociedades argentinas en infracción a lo dispuesto por el artículo 123 de la ley 19950, IV Jornadas de institutos de derecho comercial.

Orchansky, B. K., Nuevos enfoques respecto de la actuación en nuestro país de las sociedades constituidas en el extranjero, Advocatus, Córdoba, 1996

RAMIREZ, ALEJANDRO, “El objeto social en la Sociedad por Acciones Simplificadas”, Tomo La Ley 2018-B, Bs As, fecha 18-04.2018.

Reyes Villamizar, Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea, ed. Legis, Bogotá, 2013.

Richard, E. H. y Muñio, O. M. “Derecho Societario”, Astrea, Bs As, 1997.

Richard, E. H., Escuti, I. y Romero, José. “Manual de derecho societario”, Astrea, Bs As, 1980.

Rodriguez Artigas y otros, Revista Derecho de Sociedades, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2010

Roitman, H., Aguirre, H., Chiavassa, E., cap. Las Sociedades - Proyecto de CCC-, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 2013.

Roitman, H., Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada, ed. La Ley, Bs As, 2006.

Rovira, A., Los arts. 30, 31, 32, y 33 de la ley de sociedades comerciales y su aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero, LL, Bs As, 1981.

Verón, A. V., Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, Bs As, 2007

Verón, A. V., Tratado de los conflictos societarios, LL, Bs As, 2006.

Vítolo, D. R., Manual de Sociedades, ed. Estudio, Bs As, 2016

Zaldivar, E., y Rovira, A., El artículo 123 de la Ley 19550. Una polémica concluida en torno de su alcance, Jurisprudencia anotada, Bs As, 1980.

Zunino, J. O., Régimen de Sociedades, ed. Astrea, Bs As, 2016.

Notas [\[arriba\]](#)

*JoseSalamercado@yahoo.es

[1] La CSJN ha manifestado reiteradamente que las sociedades existentes en el extranjero aquí establecidas pueden gozar de todos los derechos acordados por las leyes argentinas, conforme los artículos 33, 34 y 35 del CC (hoy derogado), análisis

- en: VITOLLO, Daniel R., Manual de Sociedades, Estudio, Bs As, 2016, p. 356.
- [2] FERRO, H. R., Legislación de la empresa, Astrea, Bs As, 1979, págs. 100 y 101.
- [3] DOBSON, J. M., El abuso de la personalidad jurídica, Depalma, Bs As, 1985, p. 72.
- [4] FERNANDEZ ROZAS, J.C., *Ius mercatorum*, Gral. del notariado, Madrid, 2003, p. 97.
- [5] FERRARA, F., *Empresarios y Sociedades*, Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 25
- [6] ALAIN TOURAINE, op. Cit. en Diario el país del 6-10-98, accesible en: https://elpais.com/diario/1998/10/06/opinion/907624805_850215.html (acceso el 5-11-18)
- [7] REYES VILLAMIZAR, F., *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Bogotá, Legis, 2013, p. 12.
- [8] ABRIANI, N. y otros, *Derecho Italiano de Sociedades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 75.
- [9] Cf. artículo 6 DUDDHH, a toda persona le corresponde el reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes. Por su parte, como un ejemplo regional, vale decir que el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, asimila las personas humanas y jurídicas a los efectos de la libertad tránsito y de establecimiento.
- [10] HALPERIN, I. Soc. Comerciales, Pte. Gen., Depalma, Bs As, 1964, p. 125.
- [11] ARENAS GARCÍA, R., Constitución de sociedades, p. 194, en FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, Madrid, 2016.
- [12] ARENAS GARCÍA, Constitución de sociedades, en FERNANDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho....*, 192.
- [13] ARENAS GARCÍA, Constitución de sociedades, en FERNANDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho....*, 194.
- [14] ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*, comentario al art. 118, T. II, La Ley, Bs As, 2006, p. 771
- [15] BOGGIANO, A., “Curso de Derecho Internacional Privado”, ed. Abeledo Perrot, Bs As, 2003, op. cit., p. 517.
- [16] RAMIREZ, A., “El objeto social en la Sociedad por Acciones Simplificadas”, Tomo La Ley 2018-B, Bs As, publicación de fecha 18-04.2018, p. 1.
- [17] Anteproyecto reforma del CCCN (Fecha Septiembre de 2018, elevado por los Dres. Julio Rivera y Daniel Pizarro). Sustitúyase el art. 141 CCYC por el siguiente: Art. 141. Definición. Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. No tienen otras incapacidades que las resultantes de su naturaleza o de una disposición legal.
- [18] La CNCRIM y CORREC., en fallo del 10-02-10, autos: “PC H. y L. R. C.”, expresó que “El texto del poder general y especial aportado por la pretensa querellante, ha adquirido autenticidad con la Apostilla (convención de La Haya 1961- Ley 23458), certificando la firma y el carácter con que actuó el signatario del documento. Desde esta óptica, no corresponde exigir que en un acto notarial celebrado en el extranjero se demuestren otros títulos que los que la ley doméstica del lugar de celebración estime suficientes para lograr su fin, creando la intervención del notario la presunción “iuris tantum” de su legalidad y del cumplimiento de las leyes del lugar, y ello basta para acreditar la personería del mandatario, de conformidad con la doctrina de la CSJN” -Fallos 48:98 y 194: 232 citados en CNCP, Sala II, causa N° 9046, reg.: 12.068, “Web Computación s/ recurso de casación”, rta.:7/7/08-”.
- [19] La CNACom., Sala C, - Expediente N° 20871.06 - Juzgado N° 20 - Secretaría N° 40, en autos: “OCTAVE-1 FUND LTD C/ PARQUE INDUSTRIAL AGUA PROFUNDA S.A.

S/ Medida Precautoria”, expresó que “Asiste razón a la agraviada. En efecto, la inscripción a la que se alude sitúa a la actora liminarmente en la primera parte del art. 118 de la ley de sociedades, en cuanto dispone que su existencia y forma están determinadas por las «leyes del lugar de su constitución». Por tanto, acorde con el criterio de hospitalidad que recepta tal previsión, corresponde reconocer carácter de sujeto de derecho a la referida sociedad, con capacidad suficiente para estar en juicio (esta Sala en autos «Deliceland S.A. c/ Cadehsur S.A. s/sumario», del 11-4-03; ídem, «Salt Card S.A. c/ Probursa Sociedad de Bolsa S.A. s/ ordinario» del 24.6.05)”.

[20] CNCom., Sala D, Fallo del 24-10-17 en autos: Contretas, Lucas y otros c/ Contreras Hermanos SAICIFA sobre incidente del art. 250 del Código Procesal”, Revista de las Sociedades y Concursos, Año 19-2018-1, Bs As, p. 254.

[21] CSJN, Fallo del 31/07/63 en autos: “Corporación El Hatillo en Potosí S.A. c. Cóccharo, Abel F.”

[22] La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II- 8/05/2001, en autos: “Fomento de Construcciones y Contratas S.A. c. Municipalidad de Avellaneda”, voto del Dr. Frondizi, expresó que “La imposición de restricciones a las sociedades extranjeras que pretendan participar en la licitación de servicios públicos -en el caso, recolección de residuos en el Municipio de Avellaneda- se adecua al principio constitucional de razonabilidad si guarda proporción con la finalidad perseguida - esto es, protección del bien común y los capitales nacionales-, y no atenta contra el principio de igualdad ante la ley y los derechos de los extranjeros -arts. 16 y 20, Constitución Nacional-“.

[23] CNAT, Sala II, “Acosta, Cintia Delia c/ Gemoe S.R.L. s/ Despido”, 3-10-18, accesible al 11-10-18 en el sitio web:

<http://www.abogados.com.ar/archivos/2018-10-11-073645-acosta-cintia-delia-c-gemoe-srl-s-despido.pdf>. En la sentencia la Cámara resolvió el rechazo de una nulidad de notificación interpuesta por la sociedad demandada, atento a que el domicilio al que cursó la notificación impugnada era el domicilio informado por la IGJ como inscrito por la sociedad y al que la ley atribuye virtualidad como tal, sin perjuicio de la existencia de otro domicilio que pudiera tener la empresa. Esta decisión del tribunal guarda coherencia con el alcance que el artículo 206, inc. d., de la Resolución 7/2015 de la IGJ le otorga a la sede inscripta, cual es idénticos efectos que los del artículo 11, inc. 2, párrafo segundo, de la LGS.

[24] VITOLO, D. R., Manual de Sociedades, ed. Estudio, Bs As, 2016, p. 366.

[25] MANOVIL, R, La consecuencia de la falta de inscripción de una sociedad extranjera que actúa en el país no es su irregularidad, Derecho societario argentino e iberoamericano, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, t. II, p. 505

[26] NISSEN, R, Curso de derecho societario, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 354.

[27] CNCom, Sala F, Fallo del 2-11-17 en autos: “GeoAllianz SRL S/ Quiebra - incidente de revisión”. En el fallo, la Cámara señala que no puede exonerar a la ejecutada de las consecuencias de la ejecución que le fue dirigida, porque ello vulneraría el principio básico de las relaciones de derecho privado (Art. 9 CCC), cuando la misma ejecutada conocía perfectamente la naturaleza de su locadora (soc. constituida en el extranjero) desde el mismo momento en que celebró el contrato.

[28] Fallo Rolyfar S.A. c. Confecciones Poza S.A.C.I.F.I., 10/08/2004, Lexis N° 4/52.701.

[29] BELMAÑA, R., Acerca de las sociedades comprendidas en la sección IV de la LGS, en MERCADO de SALA, M. C., Empresa y Sociedad, Lerner, Córdoba, 2018, p. 100

[30] Entre otros, la necesidad de acreditar que la actividad empresarial económicamente significativa y el centro de dirección de la misma se encuentran

fuera de la República Argentina (apartado suprimido del art. 206 de Res. 07/2015 por Res. 6/2018); la solución de que esa inscripción se considera suficiente para el caso de que la sociedad decida integrar o constituir una sociedad en los términos del artículo 123 de LGS (actual 214 de Res. 7/2015 modif. por Res. 6/2018).

[31] TJUE, asunto C-212/97.

[32] Artículo 48 TCCE: “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros....”

[33] ORCHANSKY, B. K., Nuevos enfoques respecto de la actuación en nuestro país de las sociedades constituidas en el extranjero, *Advocatus*, Córdoba, 1996, p. 276; ZUNINO, J. O., Régimen de Sociedades, *Astrea*, Bs As, 2016, p. 119; ZALDIVAR, E. y ROVIRA, A., El artículo 123 de la Ley 19550. Una polémica concluida en torno a su alcance, comentario al fallo de la CNCom, Sala D, Fallo Squibb SA; RICHARD, E. H. y MUIÑO, O. M., *Derecho societario*, *Astrea*, Bs As, p.853.

[34] Anteproyecto CCCN. Sección 11. Artículo 71. Constitución de sociedad y adquisición de participación: Para constituir sociedad en la República o para adquirir una participación en sociedades ya constituidas que alcance al diez por ciento (10%) del capital social, o al cinco por ciento (5%) del capital o diez por ciento (10%) de los votos cuando se trate de sociedades autorizadas a la oferta pública, así como para la adquisición de inmuebles, las sociedades constituidas en el extranjero deberán, previamente, acreditar ante la autoridad de contralor que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas, modificaciones y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, constituyendo domicilio especial al efecto en el Registro Público de Comercio o en los registros que correspondan, en su caso.

El representante designado a los fines de este artículo queda facultado además, para ejercer todos los derechos sociales que correspondan a la sociedad constituida en el extranjero dentro del ente local, sin perjuicio de la actuación de órganos sociales de aquélla o de la actuación de otros mandatarios.

La sociedad constituida en el extranjero sólo podrá ser emplazada en juicio en la persona del representante designado o en el domicilio inscripto a los fines de este artículo, respecto de actuaciones cumplidas en la constitución de la sociedad, en la adquisición de las participaciones o en el ejercicio de los derechos de socio en la sociedad participada.

En caso de incumplimiento de la inscripción aquí prevista, la sociedad constituida en el extranjero no podrá ejercer los derechos de socio en la sociedad participada, sin perjuicio de la percepción de dividendos, valores resultantes de operaciones sociales y cualquier otra acreencia, cuando la participación haya sido adquirida en los mercados de valores regulados del país. La participación de la sociedad incumplidora no será computada para la determinación del quorum y de las mayorías en las reuniones de socios o asambleas.

El incumplimiento de la inscripción para la adquisición de bienes inmuebles en el país, determinará la indisponibilidad del bien hasta tanto se produzca la inscripción de la sociedad extranjera.

[35] La CNCom., en autos: “SAAB Scania Argentina SA”, fallo del 20/07/1978, expresó que “resulta ajustada a derecho la resolución que deniega la inscripción de una reforma estatutaria de una sociedad constituida en la argentina, si la accionista mayoritaria, sociedad accionaria, no ha inscripto sus estatutos en el registro del país, toda vez que lo contrario importaría violar lo preceptuado por el Art. 123. El Art. 123 comprende tanto el caso de fundación como el de participación en la sociedad constituida. El término constituir utilizado por el

citado artículo comprende tanto “formar parte de” como participar en sociedad existente en la república y lo cierto es que, analizando la naturaleza jurídica del contrato de sociedad en términos latos tanto constituye sociedad aquel que se asocia originariamente con otro para fundar una sociedad, como aquel que se asocia a otras personas, ya socios en sociedad existente”.

[36] Resolución IGJ Nro. 433/03.

[37] CNCom, Sala B, Fallo del 12-12-2001 en autos: Rosario de Betesh, E. c/ Rosarios y cía SA y otro - Sumarísimo; Nissen, R., La situación legal de las sociedades extranjeras integrantes de sociedades argentinas en infracción a lo dispuesto por el art. 123 Ley 19550, VI Jornadas de Instituto de Derecho Comercial.

[38] ORCHANSKY, B. K., Nuevos enfoques, p. 277.

[39] Resolución 7/2015, art. 245.- Para la inscripción prescripta por el artículo 123 de la Ley N° 19.550, se debe presentar: 1. Certificado previsto en el artículo 206, inciso 1 de estas Normas. 2. Contrato o acto constitutivo de la sociedad y sus reformas en copia certificada notarialmente o por autoridad registral, en ambos casos de la jurisdicción de origen. 3. Resolución del órgano social que decidió la inscripción del estatuto al solo efecto de participar en sociedad, conforme artículo 123 de la Ley N° 19.550, conteniendo: a. La decisión de inscripción en los términos del artículo 123 de la Ley N° 19.550; b. La fecha de cierre de su ejercicio económico; c. Manifestación respecto de que la sociedad no se encuentra sometida a liquidación ni ningún otro procedimiento legal que impone restricciones sobre sus bienes o actividades. d. La sede social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fijada con exactitud (artículo 66, último párrafo)-cuya inscripción tendrá los efectos previstos en el art. 11, inciso 2, párrafo segundo, de la Ley 19.550-pudiendo facultarse expresamente al representante para fijarla. e. La designación del representante legal que debe ser persona humana, y ajustarse a lo previsto en los artículos 206 y 208 de estas Normas. 4. Escrito con firma del representante designado, con certificación notarial de firma o si fuese profesional abogado o contador con su firma y sello profesional, siendo de aplicación lo establecido en el inciso 5 del citado artículo 206. Facultades del representante. La designación del representante debe incluir el otorgamiento al mismo de poder especial para participar de la constitución de sociedades y/o adquirir participación en ellas, ejercer los derechos y cumplir las obligaciones de la sociedad del exterior propias de su calidad de socia y responder emplazamientos judiciales o extrajudiciales que en la sede social inscripta se efectúen conforme al artículo 122, inciso b), de la Ley N° 19.550 o en su caso en el domicilio especial del representante, en todo cuanto se relacionen con aquella calidad y las obligaciones y responsabilidades de ella derivadas. (Texto conforme sustitución resuelta por Resolución General IGJ N° 6/2018, BO del 29/08/18).

[40] “La incapacidad del Art. 30 de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760), no alcanza a sociedades anónimas o en comandita por acciones regidas por un derecho extranjero. Así la sociedad anónima constituida en Suiza y regida por el derecho suizo (Art. 118, 1° párr., ley 19.550), no se rige en cuanto a su capacidad de tomar parte en una sociedad de responsabilidad limitada argentina por otro derecho que el del país de su constitución y no por la ley argentina” (Inval, S. R. L - CNACom., sala C - LA LEY, 1982-D, 500, con nota de Manuel E. Malbrán - ED, 98-478);

[41] ORCHANSKY, B. K., Nuevos enfoques...., p. 275

[42] Juz. Civ. Y Com. Nro. 13 de Córdoba, Fallo del 11-04-1995 en autos: “Construcciones Argentinas SRL c. IRPC - Constitución”; MACHADO de VILLAFÁÑE, T., Inaplicabilidad del artículo 31 de LSC a las sociedades extranjeras”, nota a fallo Construcciones Argentinas SRL.

[43] MANOVIL, R., Sociedades multinacionales: ley aplicable a sus formalidades, etc., T.2005-A, Sec. Doctrina, p.1503

[44] FAVIER DUBOIS, E. (h), Las sociedades constituidas en el extranjero frente a la

ley 19550, Errepar, Bs As, p. 172.

[45] Sección 11. Sociedades constituidas en el extranjero. Artículo 67. Sociedades de tipo desconocido. El artículo precedente se aplicará a las sociedades constituidas en otro estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la república. corresponde a la autoridad de control de la inscripción determinar las formalidades a cumplirse en cada caso, con sujeción a un criterio de razonable analogía.

[46] Fallo de la CSJN del 08-10-13 en autos "White Martins Cilindros Ltda. Suc. Argentina (TF 29.993-I) c/ DGI", Expte. Nº 31.776/2009", cita: IJ-LXXI-830.

[47] ARENAS GARCÍA, R., Constitución de sociedades, en FERNANDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., de MIGUEL ASENSIO, P., "Derecho....", p. 196.

[48] Res. Gral. 7/2015, art. 224, punto I - 1. Instrumento emanado de la sociedad del cual surja la recepción de la renuncia presentada, conste o no en él que la misma fue aceptada. 2. En su defecto, escritura pública en la cual: a. Deben protocolizarse el instrumento de la notificación de la renuncia dirigida a la sociedad al domicilio que ésta indicó para recibir comunicaciones del representante conforme al inciso 4 del artículo 208 de estas Normas y la constancia de recepción de dicha notificación; b. Si la notificación no fue recibida, debe constar la declaración bajo responsabilidad del renunciante de que con posterioridad a la inscripción de su nombramiento, para sus relaciones con la sociedad, ésta no le comunicó posteriormente otro domicilio ni tampoco él lo conoció. c. Detalle de los libros rubricados y/o, en su caso, de los medios autorizados conforme a los artículos 326 y siguientes de estas Normas, indicando fecha y contenido de la última registración practicada a la fecha de la renuncia y, para los libros manuales, último folio utilizado. d. Indicación del domicilio -dentro del radio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- en el que se conservarán los libros y documentación respaldatoria para ponerlos oportunamente a disposición del nuevo representante que se designe o del tribunal competente en su caso. 3. Los estados contables pendientes de presentación -cuyo plazo estuviere vencido- a la fecha de solicitarse la inscripción. 4. La publicación del aviso correspondiente en el Boletín Oficial.

[49] Resolución 7/2015, art. 224 punto II - Recaudos de la renuncia. La renuncia debe: 1. Estar formulada en términos expresos e inequívocos, no condicionales. 2. Indicar un plazo durante el cual el renunciante continuará sus gestiones, no menor a noventa (90) días desde la fecha de la recepción ya sea en forma positiva o negativa, de su notificación, y a los fines de que dentro del mismo la sociedad designe nuevo representante y solicite su inscripción. 3. Contener referencia precisa a lo dispuesto en los artículos 226 y 273 inciso 2, en cuanto al plazo para solicitar la inscripción de nuevo representante y a las consecuencias de su incumplimiento. 4. Informar a la sociedad, en base a los estados contables y/o a certificación contable requerida al efecto, si a la fecha de la renuncia los bienes y fondos existentes son prima facie suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de la actuación de la sucursal, asiento o representación, vencidas y a vencer pagaderas en la República Argentina, estimando en caso negativo el déficit existente.

[50] El art. 152 del CCCN reza: "La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas...."

[51] Sección 11. Sociedades constituidas en el extranjero. artículo 65. emplazamiento en juicio. el emplazamiento de una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la república: a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio; b) originándose en actos realizados o hechos ocurridos en la república con intervención de una sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación inscripta en el país, en el domicilio registrado en los términos del art. 66, párrafo

tercero, inc.2) o en la persona del representante inscripto. cuando la sociedad debió registrar su establecimiento y no lo hizo, se la emplazará válidamente en el local de su administración en el país o en la persona del representante que intervino en el acto o contrato que motive el litigio.

[52] Res. Gral. IGJ 6/2018, Artículo 266.

[53] Res. Gral. IGJ 6/2018, Artículo 267.

[54] MOLINARI, I., La nueva resolución de la IGJ: Un paso acertado en relación a las Off Shore, elDial.com-CC384.

[55] VITOLLO, D.R., Manual de, p. 379.

[56] “..el art. 118 LS debiera leerse e interpretarse como un conjunto integrado con el art. 124 LS, que contempla el problema de las sociedades constituidas “in fraudem legis”. Esto es así porque aquella primera parte del art. 118 LS reconoce la existencia de la sociedad extranjera, en tanto el art. 124 LS, justamente no lo hace - en rigor la desconoce como sociedad extranjera- respecto del supuesto que legisla”. También sostiene el fallo que “que en los supuestos contemplados en el art. 124 LS, la República Argentina no reconoce la existencia del ente como sociedad extranjera, la considera sociedad local y la ley del lugar de constitución deviene inaplicable” (Boskoop SA s/ quiebra s/incidente de apelación- CNCOM - SALA A - 18/04/2006).-

[57] “En caso en que la única actividad denunciada de la soc extranjera es ser propietaria de un conjunto de acciones que le permiten el control de una sociedad argentina, no parece dudoso que la situación resulta subsumible en el supuesto de hecho del 124, debiendo aplicarse a la sociedad afectada la regulación prevista para las entidades nacionales, mucho mas cuando la offshore de que se trata no tiene otra actividad en el país donde se constituyó o en terceros países, sino que actúa exclusivamente en la argentina, lo cual puede constatararse a través de un simple examen de los estados contables de ella”(Juz. Com. 1era Inst. Nro. 16 en autos: Great Brands Inc s/concurso preventivo, 03 10 2002).

[58] CNCom., Sala C, Fallo del 27-12-2002 en autos: “Great Brands inc. s/ concurso preventivo”.

[59] CSJN en autos, caso Mihanovich, Ricardo L. Sobre pedido de Quiebra Compañía General de Negocios, 24-02-09. En su texto el fallo también afirma que “el art. 118 de la ley 19.550 regula el reconocimiento de la sociedad extranjera, en tanto ésta se ajuste a las leyes del lugar de su constitución, y el art. 124 del mismo ordenamiento -cuya aplicación solicitan los recurrentes- individualiza el supuesto en el cual la sociedad constituida en el extranjero no es reconocida como tal, sino como sociedad local. Tal supuesto se configura cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, hipótesis que impone la aplicación del ordenamiento legal nacional con el alcance establecido en la propia norma. Por consiguiente, la decisión acerca del tratamiento legal que, en el derecho interno, corresponde a la sociedad cuya quiebra se peticiona, se encuentra inescindiblemente unida a la conclusión a que se arribe acerca del lugar en que ésta desarrolló su actividad principal”; NISSEN, R., curso de, p. 361.

[60] Sentencia Centros, asunto C-121/97, TJUE.

[61] GARCIMARTIN ALFEREZ, La sentencia “centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios, p., 9, en: file:///C:/Users/Jose/Downloads/nota_GARCIMARTIN_FranciscoJ%20(2).pdf (disponible en internet al 9-11-18).

[62] RODRIGUEZ ARTIGAS y otros, Revista Derecho de Sociedades, ed. Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 635

[63] REYES VILLAMIZAR, F., Derecho societario, p. 445

[64] ALEGRIA, H., op. cit. en: GOMEZ, N. A., Libertad de establecimiento de las sociedades en el marco de la integración, VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa,

Rosario, 2001, p. 101.

[65] BOGGIANO, A., Curso de..., p. 978

[66] Art. 25 Ley 218/1995 italiana de reforma al sistema italiano de derecho internacional privado.

[67] ROITMAN, H., AGUIRRE, H., CHIAVASSA, E., cap. Las Sociedades - Proyecto de CCC-, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, 2013, p. 445.

[68] VERON, A. V., Sociedades Comerciales, Ed. Astrea, Bs As, 2007, T.I., p. 1207.