



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho/ Licenciatura en Abogacía

**La nacionalidad de las sociedades en
el derecho local e internacional**

Autor: Santiago Linares Luque

Legajo: 29227

Director de la Tesis: Guillermo Cabanellas de las Cuevas

San Fernando, Provincia de Buenos Aires, 29 de julio de 2022

La nacionalidad de las sociedades es un concepto complejo, tanto teórica como prácticamente. En la teoría, la doctrina nacional e internacional difiere en su definición, en sus implicancias, e incluso en su existencia misma. En la práctica, como herramienta jurídica debe analizarse puntualmente en las distintas jurisdicciones. Rodea cuestiones de política legislativa e ideológicas, en particular con la forma de tratar a las sociedades y a las inversiones.

En el Derecho Argentino, aun cuando se encuentran diferentes menciones que parecen sugerir lo contrario, la nacionalidad no es un elemento atribuido a las sociedades. Por el contrario, se utilizan diferentes puntos de contacto para el establecimiento de conexiones específicas, con objetivos y consecuencias puntuales.

En el Derecho Internacional de las Inversiones, la necesidad de la identificación de nacionales de un país lleva a la adopción del término. A partir de las particularidades del sistema, y de la escritura del Convenio CIADI y los tratados, su determinación enfrenta diversas problemáticas. Los tribunales arbitrales que analizaron la cuestión debieron ponderar los distintos intereses involucrados, manteniendo la integridad y los objetivos del sistema de protección de inversiones internacionales. En definitiva, estableciendo el límite para la configuración de su jurisdicción, y la consecuente exclusión del Derecho nacional en la materia.

Introducción

El concepto de nacionalidad se encuentra fácil y claramente asociado a las personas físicas, y sencillamente se lo relaciona con las consecuencias jurídicas que de él derivan. De igual modo, las formas societarias cuentan con este atributo de la personalidad: de él surgen consecuencias jurídicas disímiles a las relacionadas a las personas físicas, sumamente relevantes para la determinación de la ley aplicable para las sociedades, tanto a nivel local como a nivel internacional.

Las estructuras jurídicas y económicas de las empresas multinacionales modernas hacen que la determinación de este atributo, tan básico en las personas físicas, esté sujeta a complejos mecanismos. Puesto que de este atributo pueden surgir importantes consecuencias jurídicas, tanto los países, como las propias sociedades, están interesados en la determinación de su nacionalidad. En consecuencia, se han desarrollado argumentos y teorías, que se encuentran plasmadas en legislaciones locales y tratados internacionales, para establecer un régimen que regule con claridad este atributo. Sin embargo, y como resultado de los importantes efectos asociados, el tema ha sido largamente debatido en los distintos ámbitos del derecho.

En este marco, es de prever que los países tendrán como objetivo atraer a la mayor cantidad de sociedades a su esfera de control regulatorio. Por el contrario, las sociedades estarán comprometidas a encontrar la posibilidad de posicionarse con flexibilidad en la esfera de nacionalidad que les provea la mayor ventaja competitiva posible. Ahora bien, este último concepto es, a su vez, de cierta complejidad producto de las diferentes ventajas competitivas que una u otra legislación les puede brindar.

Sin embargo, gran parte de la doctrina, y de los ordenamientos jurídicos, rechaza la calificación de una sociedad bajo cierta nacionalidad. Por distintas razones, se ha considerado que la utilización del concepto traería resultados indeseados. No obstante, ello no impide que comúnmente se diferencie a las sociedades “locales” de las “extranjeras”. Aun cuando pueda parecer contradictorio, esto responde a la clasificación mediante métodos alternativos.

En síntesis, es posible afirmar que, al implementarlo en las sociedades, el sencillo atributo de la nacionalidad trae grandes discrepancias y complejidades, con

importantes efectos jurídicos y económicos. En razón de ello, es que el tema presenta una relevancia crucial y continúa generando profundos debates.

Objetivo

La finalidad de la investigación será el estudio de la nacionalidad de las sociedades, y su aplicación en el derecho nacional e internacional. Se buscará presentar las particularidades que lo rodean, y los problemas que han surgido a partir de la utilización, o no, del concepto.

A su vez, en complemento con el análisis antedicho, se buscará indagar en los distintos puntos de contacto que pueden ser utilizados para vincular a una sociedad con un Estado. Los Estados pueden optar por la utilización de uno, o varios, de estos mecanismos por diversas razones, y las consecuencias y los efectos que desencadenará este contacto variarán según el modelo que se utilice.

De aquí es donde se destaca la importancia del estudio del tema: la estructuración societaria es una práctica que tiene importantes consecuencias jurídicas y económicas, y para que pueda ser utilizada con resultados positivos, debe realizarse cuidadosamente, y teniendo en cuenta los efectos que desencadena. En consecuencia, las distintas aristas que se presentan deben ser reconocidas, analizadas, y aplicadas adecuadamente.

Metodología

El presente trabajo se abocará al estudio de la nacionalidad como concepto aplicable a las personas jurídicas. Se tratarán con especial consideración los mecanismos con los que se busca determinar la nacionalidad adecuada, y los efectos prácticos que dicha determinación conlleva.

En primer lugar, se indagará en el concepto de nacionalidad de las sociedades en sentido amplio. Las teorías al respecto, los puntos de contacto que se utilizan, y los efectos prácticos generales más importantes que pueden ser distinguidos.

En segundo lugar, se estudiará la legislación argentina con respecto al tema: las normas que lo regulan y las consideraciones que deben considerarse para tratar la materia. La intención de los legisladores en este tipo de normas es de crucial importancia, y se ve reflejada en la letra de la norma. Se buscará determinar qué

consecuencias trajo la regulación argentina y qué efectos deben ser considerados por las sociedades. Para ello, se estudiará el abordaje de la legislación argentina a través de las distintas fuentes relevantes, desde las distintas leyes y tratados aplicables, hasta la Ley General de Sociedades.

En tercer lugar, se estudiará la aplicación de este principio en el Derecho Internacional de las inversiones. La nacionalidad de las sociedades es un concepto incluido en los tratados bilaterales de inversión, largamente debatido, y con consecuencias directas y significativas. Se estudiará cuáles son los principales conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales CIADI¹, y qué principios resultaron de dichos conflictos.



¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. El CIADI es la institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales.

Índice

- I. Análisis conceptual de nacionalidad de las personas jurídicas
 - A. Introducción
 - B. Concepto
 - C. Teorías negatorias
 - D. Puntos de contacto: posibles criterios
 - 1. Teoría de la Sede
 - 2. Teoría de la Constitución
 - 3. Teoría de la Autonomía de las Partes
 - 4. Criterios alternativos
- II. Derecho argentino
 - A. Cuestiones generales del derecho argentino
 - 1. Introducción
 - 2. Leyes especiales en el Derecho argentino
 - 3. Leyes de jurisdicción federal
 - 4. Tratados internacionales suscritos por Argentina
 - B. Ley General de Sociedades
 - 1. Artículo 118: primeros acercamientos a la sociedad constituida en el exterior
 - a. Actos aislados
 - b. Ejercicio habitual de actos
 - 2. Artículo 124: norma de policía amplia
 - 3. Artículo 123: excepción explícita
- III. Derecho Internacional de las Inversiones
 - A. Introducción
 - B. Conflictos sobre nacionalidad societaria
 - 1. Disputas en relación al criterio relevante
 - 2. Disputas en relación a inversiones realizadas mediante sociedades intermedias
 - 3. Cláusula de denegación de beneficios
- IV. Conclusiones
- V. Bibliografía

I. Análisis conceptual de la nacionalidad de las personas jurídicas

A. Introducción

La teoría de la nacionalidad de las sociedades implica que las personas jurídicas, al igual que las físicas, gozan de una nacionalidad que las vincula a un país determinado. Esta supuesta vinculación entre el país y la sociedad no produciría exactamente los mismos efectos que con las personas físicas, ni tendría el mismo significado simbólico. Aun así, dicha vinculación resulta crucial a los fines del desarrollo de la sociedad, y para la determinación de los marcos normativos que resultarán aplicables.

Sin embargo, la innegable y necesaria vinculación, con uno o varios países, no implica que las sociedades tengan una nacionalidad. Las sociedades, en su formación y en su actuación, pueden presentar distintos elementos regidos por una pluralidad de regímenes jurídicos², lo cual puede ser asimilado de cierta forma a la nacionalidad de una persona física. Una sociedad creada en Argentina, que opera sustancialmente en el país, es comúnmente llamada una sociedad argentina. Por el contrario, una sociedad que opera en el país, pero que ha sido creada y desarrollada en los Estados Unidos, como lo pueden ser Apple o Microsoft, son comúnmente llamadas sociedades -o empresas- estadounidenses. No obstante, la recepción jurídica del término requiere de un análisis más exhaustivo, para poder determinar si dicha nacionalidad existe o no.

Esta pluralidad de elementos que caracteriza a las sociedades dificultan la tarea jurídica de vinculación. La sociedad se configura como un contrato asociativo, y a la vez, como un ente resultante de dicho contrato. Por un lado, el contrato asociativo debe ser regido por una legislación, preferentemente única³, llamada *lex societatis*. Al mismo tiempo, el ente será regulado por distintas legislaciones, según su conformación y particularidades, teniendo en cuenta sus elementos característicos.

Podría sostenerse, que al referirse tan repetidamente a las sociedades como “locales”, “nacionales” o “extranjeras”, el derecho implícitamente acepta que las

² Cabanellas de las Cuevas, G., *Derecho Societario. Parte general: sociedades extranjeras y multinacionales*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005), p. 11

³ Cabanellas de las Cuevas, G. (Ob. Cit., p. 169) explica que la aplicación de distintos sistemas jurídicos al contrato de sociedad, conduciría, en la generalidad de los casos, a contradicciones insuperables, a vacíos, y a una tarea de conciliación y coordinación de las normas aplicables.

personas jurídicas están sujetas a este atributo. Sin embargo, dado que múltiples ordenamientos jurídicos rechazan que la aplicación de la nacionalidad, cabe preguntarse: ¿Qué mecanismos de clasificación y distinción utilizan?

B. Concepto

La nacionalidad de las personas jurídicas es un concepto que surge desde la extensión del relacionado a las personas físicas, y de la necesidad de los Estados de aplicar ciertas consecuencias jurídicas mediante un método determinado. Los Estados se encuentran ante la necesidad de establecer un contacto con la sociedad, a fin de imputar su vinculación con los ordenamientos jurídicos nacionales⁴. Como se verá, esta vinculación se manifiesta en distintos aspectos de la vida societaria, y la técnica jurídica utilizada debe dar una respuesta adecuada a esta realidad.

Según la teoría clásica de la nacionalidad de las sociedades, “como una sociedad es persona, debe tener una nacionalidad que la vincule a un Estado determinado”⁵. La justificación para dotar a la sociedad de una personalidad jurídica propia se encuentra en que ésta goza de una entidad propia, separada de la de sus miembros, y ésta es capaz de administrar un patrimonio propio, además de celebrar sus propios actos. En consecuencia, la imputación de una nacionalidad no debería confundirse con la de sus miembros, dado que estos atributos del ente exigen que tenga una nacionalidad propia, y que los consecuentes efectos jurídicos surjan de las características propias de la sociedad.

En cuanto a la forma de atribución de esta nacionalidad, se advierten dos modos: por el país de destino, en donde se puede considerar a una sociedad como “extranjera” por cumplir con ciertos parámetros, y por ello la somete a un régimen legal determinado; y por el país de origen, en donde cada Estado determinará cuando una sociedad es nacional o extranjera, en base a distintos criterios de seguridad, o de protección de ciertas actividades esenciales⁶.

⁴ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit, p. 60

⁵ Levy, L. (*La nationalité des sociétés*, París, 1980), p. 29. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 60

⁶ Miño, N. (2021), *¿Pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar servicios de transporte aéreo interno en la Argentina?*, p. 27

En las palabras del francés Mazeaud⁷, una sociedad nace bajo las leyes de un país y bajo ellas normalmente “vive”. Por lo tanto, el hecho de su creación, y de su sumisión como ente jurídico ante un país determinado, es requisito suficiente para otorgarle una protección, y una identificación, que, en definitiva, forman una nacionalidad.

Sin embargo, el concepto de nacionalidad, al ser aplicado a las sociedades, no es uno unísonamente aceptado y reconocido, sino que, por el contrario, enfrenta un amplio rechazo a ser aplicado como instrumento jurídico por los ordenamientos. Como explica Cabanellas de las Cuevas, pretender aplicar un único derecho societario es una suerte de imperialismo jurídico que la práctica internacional ha dejado de lado⁸. En un análisis de las distintas visiones de los doctrinarios sobre el tema, el autor expone la complejidad del asunto:

Comienza rescatando la visión de Le Pera⁹, quien entiende que el concepto de nacionalidad es un instrumento para atribuir ciertas consecuencias normativas a determinados hechos. Destaca que, no ve como un problema la asimilación del concepto a las personas jurídicas, y que, en todo caso, la dificultad puede surgir del mismo modo en las personas físicas. Sin embargo, y en razón de que los criterios definitorios no son los mismos, afirma que las sociedades no tienen una nacionalidad, sino eventualmente varias simultáneas.

En la línea similar, Rovira¹⁰ señala que “es aceptable referirnos al concepto de nacionalidad, partiendo de la premisa de que la nacionalidad de las sociedades no es idéntica a la de las personas físicas, ni produce las derivaciones correspondientes a la caracterización clásica de tal vocablo”.

Por otro lado, la evaluación de Hadari¹¹ explica el concepto desde su utilidad, al escribir que sirve como base para sujetar a una sociedad, o a algunas de sus

⁷ Mazeaud, H., *De la Nacionalité des Sociétés* (*Journal du Droit Interacional*, 1920), 30. Extraído de Perezniето Castro, L., *La nacionalidad de las Sociedades*, p. 86

⁸ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 30

⁹ Cuestiones de derecho comercial moderno, pp. 181 y ss. Extraído de Cabanellas de las Cuevas (2005), Ob. Cit., p. 62.

¹⁰ *Sociedades extranjeras*, pp. 11 y ss. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 62

¹¹ Hadari, Y (*The choice of national law applicable to the multinational Enterprise and the nationality of such enterprises*), en *Duke Law Journal*, 1974, pp. 3 y 4. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit. P 63

actividades económicas, a leyes nacionales, y a los poderes económicos y tributarios ejercidos por un Estado.

Cabanellas de las Cuevas¹² recoge estas definiciones y concluye: “En términos generales, ese concepto implica una vinculación entre una sociedad y un conjunto de normas o consecuencias jurídicas correspondientes al sistema legal de un Estado determinado. Esas normas o consecuencias pueden ser de muy distinta naturaleza, y los antecedentes fácticos en base a los cuales se le imputa la nacionalidad y las consecuencias jurídicas que ésta entraña pueden variar no solo de país a país, y en el tiempo, sino también dentro de un mismo sistema jurídico, de modo que bajo éste una sociedad tenga cierta nacionalidad a determinados fines y otra nacionalidad para distintos propósitos”.

Esta conclusión del autor sintetiza la problemática, ya que representa los distintos matices de la cuestión. Aceptar o no la existencia de una nacionalidad societaria requiere de un análisis profundo, para, en primer lugar, definir el preciso significado del concepto, y, en segundo lugar, definir con exactitud el método y las consecuencias que de él se desprenderán. En este sentido, los distintos Estados debieron tomar distintas decisiones legislativas, con el fin de regular a las sociedades de acuerdo a sus necesidades e intereses particulares.

C. Teorías negatorias

La doctrina jurídica, además de disentir sobre el significado específico del término, disiente sobre la existencia misma de la nacionalidad de las sociedades. Los autores que han rechazado su aplicación, han encontrado en él diferentes razones para considerarlo inadecuado como método jurídico, y en consecuencia negar que las sociedades tengan nacionalidad. Con múltiples razonamientos, se ha considerado que este atributo de la personalidad es exclusivo para las personas físicas, y no puede pretenderse que las sociedades sean consideradas como miembros integrantes de un país, o que se vinculen bajo ese término con un país determinado.

¹² Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit, p. 64

En un primer término, el autor Niboyet¹³ entendía que las sociedades no gozan en realidad más que de una “seudo nacionalidad”, o “nacionalidad disfrazada”. El autor explicaba que, teniendo en cuenta que su personalidad jurídica constituye una mera ficción, la idea de nacionalidad es admisible con tantas limitaciones, que no es en definitiva nacionalidad en el sentido propio.

Desde un análisis funcional, Romero del Prado¹⁴ se pregunta cuál sería la justificación de su nacionalidad. Explica que, si lo que se procura es señalarles un dominio legal y jurídico de sumisión, ello se halla ya determinado por la radicación que el mismo domicilio indica. Por ende, sería adecuado referirse a las sociedades como “locales” y “constituidas en el exterior”, en base a su domicilio.

Entre otros argumentos que se esgrimen, se destacan: la inaplicabilidad del término, por ser un vínculo político exclusivo de las personas físicas¹⁵; la inconveniencia de su aplicación, por crear un régimen de vaguedad y confusión jurídica¹⁶; e incluso por considerar que existe una incompatibilidad insuperable entre el significado del término, y las características y los elementos esenciales de las sociedades. A su vez, en la doctrina argentina, se han desarrollado importantes teorías que niegan la nacionalidad de las sociedades, por ser esta inexistente, o bien carecer de efectos. De gran influencia, las denominadas doctrinas Irigoyen, Calvo y Drago han mediado en el desarrollo doctrinario y legislativo argentino¹⁷.

En primer lugar, la doctrina Irigoyen argumenta que la sociedad no puede ser asociada al país de la nacionalidad de sus socios, pues desnaturalizaría la esencia de la sociedad anónima. Con origen en una disputa entre Argentina y el Banco de

¹³ Niboyet, P. (1928): *Droit International Privé*. Citado por Estoup, L. A. (2003), “*El fin de la Teoría de Bernardo de Irigoyen. Aparecen las sociedades argentinas*”, pp. 199- 200

¹⁴ Romero del Prado, V. N.: *Derecho Internacional Privado*, t. II, Assandri, Córdoba, 1961, pp. 140 a 146 y 148-149. Extraído de Calderón Vico de Della Savia, L. M., *Nacionalidad de las sociedades*, p. 482

¹⁵ Kaller de Orchansky sostiene que el término suscita graves dificultades jurídicas, al ser concebido esencialmente para las personas físicas, no pudiendo ser trasladada sin una adaptación previa. (Las Sociedades comerciales en el *Derecho Internacional Privado argentino*, cit., p. 1202). Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (Ob. Cit., p.65).

¹⁶ Cabanellas de las Cuevas (Ob. Cit., p. 70) entiende que la utilización del concepto de nacionalidad en los ordenamientos jurídicos, si bien no encierra una contradicción, o es de imposible aplicación, da lugar a una idea errada sobre la unidad de calificación nacional de las entidades societarias.

¹⁷ Cabanellas de las Cuevas (Ob. Cit., p. 69) entiende que no es casualidad que las mencionadas doctrinas se hayan originado en el país, ya que el conjunto de sus implicancias, sumado la posición constitucional, tiende a crear un esquema que posibilita el ingreso de capitales extranjeros, sin crear un peligro de interferencia de los Estados extranjeros en la vida económica nacional.

Londres, Irigoyen explica que una persona jurídica sólo existe con fines determinados, y que debe su existencia al país que la autoriza. Por ello, no habría en ella nacionales ni extranjeros, porque no hay individuos de existencia material, sino socios, los cuales pueden perder su calidad de tales debido a la naturaleza circulatoria de las acciones¹⁸.

Luego, la doctrina Calvo¹⁹ complementó argumentando que, debido a que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales, en caso de pleitos y reclamos, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales, sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Entiende que, al someterse a las leyes argentinas, los nacionales ingleses no podían pretender mayor protección que la ofrecida a los nacionales. Si bien no está destinada a negar el concepto de nacionalidad societaria, tiende a privarlo de efecto²⁰. Posteriormente, la doctrina Drago sostuvo que los principios fundamentales de Derecho Internacional imposibilitan el cobro compulsivo, por parte de un país, en defensa de una sociedad nacional, pretendiendo disfrazar la conquista en intervención financiera²¹.

Todos estos argumentos negatorios han sido receptados por el ordenamiento jurídico argentino, el cual, como se verá, ha decidido descartar la utilización del término. En efecto, se ha optado por la utilización de herramientas jurídicas alternativas para la imputación de marcos normativos, los cuales se limitan a circunstancias y efectos específicos. Ello ha llevado a que, en plano jurídico argentino, las sociedades no tengan un vínculo de nacionalidad, sino que la posible utilización del término es, más bien, “una comodidad verbal”²².

D. Puntos de contacto: posibles criterios

Al momento de establecer el vínculo entre una sociedad y un país, existen múltiples teorías y criterios que pueden ser utilizados. Ya sea para la determinación de la *lex societatis*, para la vinculación de una sociedad con una norma específica, o incluso

¹⁸ Estoup, L. A. (*El fin de la teoría de Bernardo de Irigoyen*). Extraído de Miño, N. (2021), *¿Pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar servicios de transporte aéreo interno en la Argentina?*, p. 3.

¹⁹ Lorences, M., *Las doctrinas Calvo y Drago: un verdadero aporte a la política y el derecho internacional latinoamericano*, p. 2.

²⁰ Cabanellas de las Cuevas, G. (Ob. Cit., p. 69).

²¹ Lorences, M., *Las doctrinas Calvo y Drago: Un verdadero aporte a la política y el derecho internacional latinoamericano*, p. 3.

²² P. 67- Halperin, Curso de Derecho Comercial (Buenos Aires, 1972), p. 295

para la determinación de la nacionalidad de una sociedad, pueden aplicarse diferentes puntos de contacto.

En este sentido, si se quiere analizar la ley aplicable a una sociedad, es necesario distinguir entre el concepto de sociedad como contrato, y el de sociedad como ente, el cual nace a partir de la formación de dicho contrato. De la naturaleza del ente, surge que, en su actuación, podrá entrar en contacto con diferentes países simultáneamente, y que estos contactos podrán ser considerados en mayor o menor medida.

Sin embargo, al momento de determinar la ley aplicable al contrato de sociedad, la cuestión requiere de un abordaje unificado. Como señala Cabanellas de las Cuevas²³, la aplicación de distintos sistemas jurídicos conduciría a contradicciones insuperables, a vacíos, y a una tarea de conciliación y coordinación de las normas aplicables. Para que el ente resultante pueda funcionar de manera óptima y eficiente, es necesario que la ley que lo rija sea clara, y brinde soluciones unívocas, o de fácil solución. Por el contrario, un fraccionamiento de este contrato podría amenazaría la homogeneidad del acto, desconociendo los vínculos que unen a las diversas partes de ese derecho, y resultando en posibles incompatibilidades²⁴.

1. Teoría de la sede

Esta teoría se basa en la utilización de la sede efectiva de la sociedad como punto de conexión. Supone que, aquel país donde la sociedad tenga su sede efectiva, será el país idóneo para regular el contrato de sociedad, o bien algún aspecto de la sociedad, sobre la base de que existiría un vínculo razonable y suficiente.

Entre sus principales argumentos, la teoría sostiene que la sede efectiva será el lugar en donde la sociedad desarrolle mayoritariamente sus relaciones jurídicas. Sin embargo, se advierte que confunde las relaciones societarias, las cuales quedarán sujetas a la regulación de la *lex societatis*, y los negocios que la sociedad lleva a cabo. Como señala Cabanellas de las Cuevas²⁵, lo importante, en este caso, es determinar

²³ Ob. Cit., p. 170.

²⁴ Loussouarn, Y, y Bourel, P (*Droit international privé*, Paris, 1980, p. 225). Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit. P 169.

²⁵ Ob. Cit., p. 185.

la ley societaria aplicable a entidades cuyos elementos internos son multinacionales, en donde la sede de la sociedad implica tan sólo un elemento más a tener en cuenta.

Otro argumento que sostiene es que, aquel país donde se encuentre la sede social efectiva, tendrá un interés en regular los distintos aspectos jurídicos que la sociedad desarrolle. en este sentido, Halperin²⁶ ha argumentado que la utilización de la sede efectiva es “acorde a los intereses de la Nación”. Sin embargo, caben dos observaciones sobre este punto: primero, que el derecho de un país puede ser aplicado aun cuando la sociedad sea regulada por una *lex societatis* extranjera- por ejemplo, el derecho tributario o el derecho penal; y segundo, que la imposición de una *lex societatis* opera como un costo a los capitales invertidos, el cual afectará el flujo de estos capitales hacia el país, que deberá ser considerado por las sociedades²⁷.

En el contexto del Derecho Internacional de las Inversiones, éste criterio encuentra un justificativo a partir de que refleja una relación económica significativa con el país del cual se lo consideraría nacional²⁸.

Finalmente, la utilización de este criterio se enfrenta ante un problema de interpretación, ya que diferentes elementos pueden ser tomados en cuenta para la determinación de una “sede efectiva” en cierto país. La falta de un criterio unívoco en esta materia puede dificultar la localización de la sede, creando cierta inseguridad jurídica al respecto. Entre los elementos que pueden ser tomados en cuenta, se pueden identificar: el centro de explotación económica; la dirección real de la sociedad; el lugar de actividad de los órganos; el lugar de funcionamiento de la asamblea o reunión de socios; o el lugar donde la se fija el acto constitutivo. La utilización de esta teoría, sin una definición exacta de lo que se entenderá por sede social efectiva, tendrá como resultado vaguedad e incertidumbre en su aplicación.

2. Teoría de la constitución

Esta teoría vincula a la sociedad al país en donde se ha constituido. Este criterio es el utilizado por el art. 118 de la LGS, el cual determina que la sociedad constituida en

²⁶ *Curso de derecho comercial*, t. 1, p. 296. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 184.

²⁷ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 187.

²⁸ UNCTAD Series on International Investment Agreement II, p. 83

el extranjero se registrará, en cuanto a su existencia y sus formas, por las leyes del lugar de constitución.

Nuevamente, esta teoría identifica diversas variantes, las cuales pueden dificultar la determinación del país de constitución, y con ello la *lex societatis* que la registrará. Para ello, se puede tener en cuenta²⁹: la ley societaria que los socios fundadores tuvieron en cuenta para estructurar el contrato constitutivo, ya sea en una designación expresa, o mediante un examen del conjunto de disposiciones contractuales; la ley que le de nacimiento a esa sociedad, pudiendo ser la ley del país en donde ha adquirido su personalidad jurídica o existencia como tal; una combinación de las anteriores, siendo aplicable la ley del país en donde la sociedad ha adquirido su existencia, y cuyas leyes han sido utilizadas para conformar el contrato constitutivo; o incluso, aquel en donde la sociedad tiene su sede al momento de constituirse³⁰.

A su favor, esta teoría argumenta que, las personas jurídicas, al ser artificialmente creadas por los sistemas jurídicos, existen en virtud de la ley que dio origen a su creación. Una vez que han sido creadas, el resto de los Estados se limita a reconocer su existencia y aceptar su personalidad jurídica. Sin embargo, no es inmediatamente evidente que la sociedad haya derivado su personalidad jurídica de un país determinado. Esto es, ya que puede suceder que una sociedad sea reconocida simultáneamente por varios países, o bien que exista, con o sin personalidad jurídica, sin haber obtenido concesión expresa por parte de algún país³¹.

Asimismo, esta teoría puede encontrar respaldo, por un lado, en cierta libertad de elección de la *lex societatis* por parte de la sociedad, y por el otro, en algún grado de certeza y estabilidad, al diferenciarla de su desarrollo económico. Sobre este punto, ciertamente puede significar una ventaja competitiva la utilización de este criterio, en cuanto las sociedades podrán evaluar el país en el cual radicarse les brinde mayores beneficios. Sin embargo, esta ventaja será eventual y condicional, ya que la

²⁹ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 189

³⁰ Cabanellas de las Cuevas, G. (Ob. Cit., p. 190) advierte que esta multiplicidad de criterios obliga a examinar cuidadosamente el sentido de la referencia al lugar de constitución, incluida en el art. 118.

³¹ Cabanellas de las Cuevas, G. (Ob. Cit., p. 192): existen ciertas figuras societarias en el Derecho Comparado que no gozan de personalidad jurídica, o que lo hacen de forma limitada, en donde no se aplica el lugar de constitución. Alternativamente, se puede utilizar el lugar de celebración del acto, o la ley del lugar en donde operan, como en el caso de las *Joint Ventures* bajo el Derecho estadounidense.

estabilidad mencionada puede implicar la imposibilidad de modificar el marco legal en el cual se desenvuelve la sociedad.

En plano internacional, este criterio sí se fortalece a partir de su dificultad de modificación, ya que un criterio estable es particularmente consistente con los propósitos de los tratados bilaterales de inversión. Por el contrario, su utilización expone la desventaja de considerar como nacional a una sociedad con escasos vínculos con un país determinado³².

3. Teoría de la autonomía de las partes

Acorde con esta teoría, los socios tienen la capacidad y libertad de establecer la *lex societatis*, en el contrato constitutivo de la sociedad. Esta autonomía implica una extensión de la regla aplicable a la generalidad de los contratos, mediante el ejercicio de la autonomía conflictual. Si bien esta autonomía pueda parecer beneficiosa para la sociedad, presenta ciertos problemas y limitaciones lógicas.

Por un lado, como parte de la autonomía conflictual, la elección de la ley debe guardar relación con uno o más elementos del contrato que regirá a la sociedad³³. Debe observarse que se cumpla con las limitaciones del Derecho Internacional Privado, y que la elección no implique una situación abusiva entre partes que se encuentren en desigualdad de condiciones frente a aquella ley. A su vez, la ley del contrato no debe entrar en conflicto con el orden público del país cuya jurisdicción sea aplicable. de este modo, las múltiples disposiciones que establece el contrato asociativo quedarían sujetas al análisis de compatibilidad con el orden público de cada jurisdicción de que resulte aplicable, generando un posible punto de conflicto, además de una carga de determinación.

En especial, la limitación más importante que sufrirá la *lex societatis* será sobre la responsabilidad frente a terceros. Esto, en razón de que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los socios, se podría vulnerar los derechos de aquellos terceros vinculados a la sociedad. Se argumenta, entonces, que la *lex societatis* escogida es válida internamente en la sociedad, pero no así frente a terceros para

³² UNCTAD Series on International Investment Agreement II, pp. 82 y ss.

³³ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 196.

restringir sus derechos, y en la medida que no se violen disposiciones de orden público.

En el derecho societario argentino, los artículos 118 y 119 de la LGS funcionan como mecanismos para compatibilizar los efectos de las sociedades regidas bajo derechos extranjeros, con los objetivos e intereses nacionales. El primero, al establecer requisitos de publicidad e inscripción, con el fin de dar un conocimiento relativo sobre las bases jurídicas de dicha sociedad. El segundo, al establecer requisitos de inscripción en el Registro Público de Comercio, con el fin de conciliar la forma social a las tipicidades locales³⁴.

4. Criterios alternativos

Si bien las mencionadas teorías gozan de mayor adopción, existen otros criterios que son utilizados por los sistemas jurídicos para el establecimiento de vínculos específicos con sus normas. En esta tarea, los Estados cuentan con diversas herramientas³⁵:

a. Lugar de autorización

Este criterio implica la vinculación de una sociedad con el Estado en el país en el cual ha obtenido su autorización para constituirse. En la práctica, la teoría no es utilizada como criterio único, ya que se identifica como uno de los elementos que conducen a la constitución de una sociedad en cierto país, y en la gran mayoría de los casos no brindaría una respuesta suficiente³⁶.

b. Lugar de incorporación

Este criterio forma parte de la teoría de la constitución, pues funcionan de forma conjunta. Sin embargo, este se enfoca específicamente en aquellas figuras societarias que, en el derecho anglo- americano, no gozan de personalidad jurídica, o lo hacen de forma limitada. Una vez que estas sociedades realizan el acto constitutivo ante la autoridad competente, obtienen su personalidad jurídica, y se identifica un elemento formal concreto que vincula a las sociedades a una jurisdicción

³⁴ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 197.

³⁵ Identificadas por Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., en p. 84 y ss.

³⁶ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 86.

determinada³⁷. Al respecto, Levy³⁸ señala que esta fórmula tendría resultados favorables, debido a la previsibilidad y continuidad de sus soluciones.

c. Control

El criterio de control es utilizado en distintos casos, por apuntar a un fin específico, ya que busca identificar la nacionalidad de las personas que efectúan el control efectivo de la sociedad. Para este fin, se pueden utilizar elementos tales como los capitales aportados, quiénes son los socios o accionistas, y quiénes son los directores o administradores³⁹.

Rovira entiende que las causas de la incorporación de este criterio en nuestra legislación son político- económicas. Paralelamente, Kaller de Orchansky observa que “los que sostienen este criterio, alegan que detrás de la fachada de la sociedad se encuentran las personas físicas de los socios o accionistas, cuya nacionalidad es la que debe decidir la del ente colectivo que ellos han formado”⁴⁰. Considerando esto, resulta lógico su incorporación por parte de nuestra legislación en ciertas leyes como la Ley de Zonas de Seguridad, o la Ley de Medios.

En su aplicación práctica, la utilización de este criterio puede implicar una importante tarea de identificación, ya que en ciertos casos el concepto de control puede ser de difícil o imposible concreción. Dependiendo del caso, una sociedad puede estar integrada por accionistas dispersos en diferentes países, una asamblea puede estar constituida por una gran cantidad de accionistas, y el directorio puede estar compuesto por individuos de diferentes países. En casos de esta naturaleza, la noción de control es de difícil identificación, complejizando su utilización como criterio único para la determinación del vínculo.

³⁷ H.G. Henn y J.R. Alexander, *Laws of corporations and other business enterprises* (Saint Paul, 1983). Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 192.

³⁸ Levy, L.: *La nationalité des sociétés* (París, 1984). Advierte, sin embargo, que respecto del conflicto de leyes la teoría resulta defectuosa. En cambio, entiende que la sede social sería la adecuada para que los órganos societarios puedan cumplir con sus obligaciones. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 88.

³⁹ Le Pera: *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, cit., p. 24. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p.94.

⁴⁰ Opiniones extraídas de Cabanellas de las Cuevas, G., Ob. Cit., pp. 95 y ss.

Este criterio es particularmente relevante en el plano internacional, pues expone un vínculo económico genuino, lo cual es especialmente importante para la calificación de la sociedad como nacional de un país determinado⁴¹.

d. Lugar de cumplimiento del objeto social

También denominado “lugar de explotación”, este criterio busca identificar el país en donde la sociedad desarrolla sus negocios. En el derecho societario argentino, este criterio aparece como límite de orden público, ya que es uno de los elementos utilizados por el artículo 124 de la LSC.

Sin embargo, su utilización como criterio único no parece razonable, ni satisfactoria. Al respecto, Halperin⁴² encuentra tres inconvenientes: primero, al no poder solucionar el supuesto de que la sociedad tenga varios establecimientos en explotación en distintos países; segundo, por limitar la expansión de las sociedades, en el establecimiento de centros de explotación en más de un país; y tercero, por crear dificultades de identificación, ya que la relevancia de las actividades de una sociedad en un país es evolutiva y variable, en razón del desarrollo mismo de la empresa.

e. Centro de gravedad

Esta teoría tiene por objeto identificar el país en donde la sociedad tiene su “centro neurálgico”, examinando distintos aspectos de esta. Encuentra su justificación en la determinación de la “realidad económica”, vinculando la sociedad al país en donde presenta contactos más estrechos⁴³.

Entre los elementos a ser examinados, se encuentran: los socios, administradores, el lugar de constitución, el lugar de funcionamiento de la sociedad, el lugar de realización de la actividad económica, entre otros.

En este caso, nos enfrentamos a la misma dificultad interpretativa que en el criterio anterior, ya que, para su determinación, debe evaluarse cual, o cuales, de todos los elementos mencionados se impone por sobre el resto. Como destaca Cabanellas de

⁴¹ UNCTAD Series on International Investment Agreement II, p. 84.

⁴² *Curso de Derecho Comercial*, cit., t. 1, pp. 146 y 147. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 99.

⁴³ Esta teoría es normalmente utilizada, en el Derecho Comparado, para determinar las normas aplicables a los contratos, examinando el contrato en su conjunto. (Cabanellas de las Cuevas, G., Ob. Cit., p. 101).

las Cuevas, esta teoría tropieza con la imposibilidad de cuantificar en unidades homogéneas a los distintos elementos relevantes de cada sociedad, conduciendo a una situación de incertidumbre⁴⁴.

f. Realidad económica

Este criterio funciona, particularmente, como complemento a otros. Apunta a la determinación de la realidad de los negocios que la sociedad lleva a cabo, y, si bien es un concepto utilizado frecuentemente en el derecho, su aplicación en este caso no es totalmente compatible. Cabanellas de las Cuevas⁴⁵ lo entiende como necesariamente insuficiente, porque la nacionalidad de las sociedades no es un concepto económico. Explica que esta no es una doctrina sistemática que busque determinar los vínculos de las sociedades, y que, en cambio, si puede ocupar un rol en desvirtuar otros criterios formales.

g. Contactos mínimos

Nuevamente, nos encontramos con un concepto complementario de otros más auto-suficientes. En otros puntos de este trabajo, nos referimos a este concepto como un criterio mínimo a ser respetado, pero no como una teoría desarrollada. Esto se debe a que, si bien es utilizado en la práctica, no ha sido objeto de sistematización legal, jurisprudencial o doctrinal⁴⁶. Debido a la gran multiplicidad de contactos con distintos países que una sociedad puede tener, la utilización de este criterio se vuelve impracticable.

II. Derecho argentino

A. Cuestiones generales del Derecho argentino

1. Introducción

De forma consistente, el ordenamiento jurídico argentino ha rechazado el uso del concepto de nacionalidad para las sociedades. Por el contrario, el método utilizado para la imputación normas, obligaciones, derechos y responsabilidades, es a través de determinados contactos que la sociedad tiene con distintos países. Pero estos contactos no implican que la sociedad sea vinculada como nacional de aquel país, ni

⁴⁴ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., 102.

⁴⁵ Ob. Cit., p. 103.

⁴⁶ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 104.

la utilización del mismo no implica que el vínculo creado sea único. Estos varían según el tipo de situación que se deba calificar, y según la norma específica que sea de aplicación.⁴⁷ Las distintas normas utilizan contactos determinados, para la imputación de consecuencias determinadas, que no se extienden a la generalidad de la sociedad. Incluso en el caso de la Ley General de Sociedades, se utilizan múltiples criterios para distintas situaciones, cada uno de ellos con efectos específicos.

En este escenario, la Constitución Nacional da la pauta inicial, al garantizar en su artículo 20 la igualdad de derechos civiles a todos los extranjeros que habiten el territorio. El artículo específicamente menciona que gozan el derecho al ejercicio de su industria, comercio o profesión, y poseer y disponer de bienes. Sin embargo, este punto de partida no tiene implicancias respecto de la determinación de las reglas de conflicto aplicables a las sociedades, o sobre la calificación de las sociedades en las que coexisten inversores localizados dentro y fuera del país⁴⁸.

2. Leyes especiales en el Derecho argentino

Para ello, es necesario el examen de las múltiples normas que coexisten en el ordenamiento local. Al respecto, Cabanellas de las Cuevas advierte que, estas normas especiales, presentan una triple limitación, ante la posibilidad de ser utilizados como fuente de un concepto unitario, o al menos coherente, de nacionalidad societaria⁴⁹: en primer lugar, utilizan criterios muy variados para discriminar entre los elementos nacionales o extranjeros de las sociedades, tales como la nacionalidad de sus socios o de la mayoría de estos, su domicilio, el domicilio de sus administradores, el control efectivo de la sociedad, etc.; en segundo lugar, la metodología usada por estas normas especiales no es, generalmente, la de definir ciertos elementos en base a los cuales se imputa una hipotética nacionalidad a la sociedad, derivándose de tal nacionalidad otras consecuencias jurídicas, sino que o bien se imputan directamente las consecuencias a ciertos elementos parciales de extranjería sin calificar a la sociedad en su conjunto, o bien se utilizan otros conceptos intermedios que no implican atribuir una nacionalidad a la sociedad; en tercer lugar, estas normas especiales tienen un campo de aplicación muy limitado, por lo que una sociedad

⁴⁷ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 72.

⁴⁸ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit. p.73.

⁴⁹ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit. p. 75.

puede recibir muy distintas calificaciones frente a aquéllas, según cual sea el ámbito en el que deben aplicarse tales calificaciones.

En esta línea, se destaca el caso de la Ley de Inversiones Extranjeras, la cual en su artículo segundo define específicamente el significado tanto de un inversor extranjero, como el de un capital extranjero. El criterio utilizado por esta ley para la definición de un inversor extranjero es el de domicilio, siendo calificado como “extranjero” al estar domiciliado en el exterior, o bien estar domiciliado en el país, pero estar controlada por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el exterior⁵⁰.

La ley no busca establecer un mecanismo de atribución de nacionalidad, sino que se limita a distinguir entre aquellas inversiones que provienen del territorio, y de las que provienen del exterior, en base al criterio mencionado. Así, las figuras que identifica la ley para las sociedades son las de extranjera, y la local de capital extranjero. La sociedad local de capital local no es asimilable a una “sociedad nacional”, ni es tratada por la ley como una figura concreta. Tampoco pretende la ley calificar como “extranjera” a las sociedades, más allá de los efectos específicos y particulares que plantea.

En razón de la distinción entre sus campos de acción y sus objetivos, Mairal⁵¹ entiende que la interpretación de los términos que utiliza la LIE debe atender a los propósitos que la inspiran, y por lo tanto ser independiente del sentido que cabe dar a los mismos términos en la ley societaria. Este punto, sumado a que el art. 1° de la ley establece los inversores extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones, el que una sociedad sea calificada como “no argentina” por la ley, no es un elemento válido para determinar sus derechos en la Argentina, en ausencia de un régimen especial que aplique reglas especiales para los inversores extranjeros⁵².

Paralelamente, la Ley de Entidades Financieras se refiere a dos figuras en base a una supuesta nacionalidad: las “entidades extranjeras” y las “entidades financieras del exterior”. A ellas las distingue con el propósito de establecerles ciertas regulaciones específicas, distinguiéndolas implícitamente de las entidades locales. Si

⁵⁰ Ley 21.382 y sus modificaciones, art. 2.

⁵¹ Cfr. H. A. Mairal: “*La Ley de inversiones extranjeras y el régimen jurídico de las sociedades*”, en Homenaje a Miguel Tobías Padilla (Buenos Aires, 1980), pp. 103 y ss.

⁵² Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit. p. 108.

bien la ley no establece el criterio con el cual se debe identificar a estas entidades, Cabanellas explica que, desde el punto de vista societario, se hace aquí referencia a las entidades constituidas en el extranjero, según la terminología usada por el artículo 118 de la LSC⁵³.

Por otro lado, en el Código Aeronáutico⁵⁴ podemos identificar una distinción más marcada, estableciendo requisitos para explotar el servicio aéreo. En su artículo 99, requiere que el domicilio de la sociedad se encuentre en el país, y que el control esté en manos de personas con domicilio real en la República. Adicionalmente, establece requisitos particulares para las sociedades de personas y las de capital. En el caso de la primera, requiere que más de la mitad de los socios deben ser argentinos, con domicilio en la República y poseer la mayoría del capital social. Para el caso de la segunda, establece que la mayoría de las acciones, a la cual corresponda la mayoría de votos computables, deberán ser nominales y pertenecer en propiedad a argentinos con domicilio real en la República.

A su vez, existen ciertas leyes especiales que tienen por finalidad establecer limitaciones específicamente dirigidas a inversores extranjeras, y restringir su capacidad de actuar o adquirir bienes en el país. Si bien algunas de sus regulaciones han sido derogadas, leyes como la Ley de Radiodifusión, la Ley de Compre Nacional, y la Ley de Zonas de Seguridad han utilizado diferentes mecanismos para la distinción entre sociedades “nacionales” y “extranjeras”.

En el caso de la primera, el mecanismo utilizado por su artículo 46, inciso b), es el de control. Establece las sociedades identificadas son aquellas que, o bien sean filiales o subsidiarias, o estén controladas o dirigidas por personas físicas o jurídicas extranjeras⁵⁵.

Para el segundo caso, también se utiliza un criterio de control, pero el mecanismo para distinguirlo no es idéntico. La Ley identifica a empresas locales y extranjeras, y dentro de las locales a empresas de capital interno y extranjero. Para ser calificada

⁵³ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 109.

⁵⁴ Ley 17.285.

⁵⁵ Cabanellas de las Cuevas (Ob. Cit., p. 110) entiende que, por razones de coherencia con el régimen de inversiones extranjeras, una sociedad constituida en el extranjero debería ser considerada como inversor extranjero, y como persona jurídica extranjera, a los fines de la determinación del control final ejercido sobre las sociedades licenciatarias.

como empresa local, la ley establece un triple requisito, determinando que una empresa que incumpla con alguno de estos será considerada como una empresa del exterior. Estos requisitos son: haber sido creada o autorizada a operar de conformidad con las leyes argentinas; tener su domicilio legal en la República; acreditar que el ochenta por ciento (80%) de sus directores, personal directivo y profesionales tiene domicilio real en el país⁵⁶.

Para el caso de la Ley de Zonas de Seguridad, la ley evita hacer referencia a una posible nacionalidad de las sociedades, y simplemente establece que las zonas indicadas deben pertenecer a personas argentinas nativas⁵⁷. La norma busca encontrar la realidad humana subyacente a las formas societarias que se utilicen para ejercer derechos de propiedad.⁵⁸

En una línea similar, la Ley 27.750 establece limitaciones a la propiedad de extranjeros de los medios de comunicación en el país. Así, las empresas “extranjeras” podrán participar en hasta un 30% del capital accionario, con la limitación adicional de que otorgue derecho a voto hasta por el mismo porcentaje. A este fin, la Ley considera como “empresa extranjera”, a “personas jurídicas constituidas en el país o en el exterior, controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad extranjera”. Por el otro lado, también define a la “empresa nacional”, siendo estas “personas jurídicas constituidas en el país o en el exterior, controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad argentina y domiciliadas en el país”, y, además, las “constituidas, domiciliadas en el país e integradas mayoritariamente por ciudadanos argentinos”⁵⁹. Parecería que, en vista a la utilización del criterio de control, el objetivo detrás de esta distinción es, más que el de limitar la participación de “empresas extranjeras”, limitar la presencia de las personas físicas que las controlan.

En otro orden, el antiguo Código Civil hacía referencia en su artículo 44 a las “personas jurídicas nacionales o extranjeras” al establecer un criterio para la fijación del domicilio. Sin embargo, el actual Código Civil y Comercial derogó la utilización de

⁵⁶ Ley N° 18.875 Compre Nacional, artículo 7°.

⁵⁷ LEY R-0254 (Antes Decreto Ley 15385/1944 Ratificado por Ley 12913), artículo 4°.

⁵⁸ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 111.

⁵⁹ Di Paola, D.F (2003). Ley de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales.

esta fórmula, y no hace referencia alguna de este estilo relativa a las sociedades⁶⁰. De todas formas, el artículo derogado no establecía criterio alguno para fijar la pretendida nacionalidad de las personas jurídicas, ni tampoco establecía una distinción de tratamiento entre las personas jurídicas “nacionales o extranjeras”, pues a ambas aplicaba iguales reglas para la determinación del domicilio.⁶¹

En conclusión, en estas y otras leyes especiales, efectivamente se utilizan herramientas tendientes a la distinción de nacionalidad de las sociedades, lo cual podría indicar que el orden jurídico argentino no es totalmente ajeno al concepto. Sin embargo, justamente el hecho de que exista una multiplicidad de criterios en cada una de las leyes especiales, y que en cada una de ellas las regulaciones establecidas tengan un objeto claro, preciso y determinado, no expansivo a otros ámbitos, demuestra lo contrario. Las leyes aquí analizadas utilizaron herramientas para hacer efectivas sus regulaciones, y no con el objetivo de establecer un mecanismo unívoco de nacionalidad societaria. Como señala Cabanellas de las Cuevas, un examen detallado de las fuentes del Derecho Societario argentino pone de manifiesto el rechazo implícito en éste a la utilización del concepto⁶².

3. Leyes de jurisdicción federal

Otro ambiente del derecho argentino en el que se pueden encontrar menciones sobre una posible nacionalidad de las sociedades es en materia de jurisdicción judicial. Aquí, se destaca el abordaje de la Ley 48, relativa a la jurisdicción de los tribunales nacionales en materia federal. En la ley, se desprenden dos cuestiones en donde se puede encontrar una técnica de distinción de sociedades relativa a su “nacionalidad”.

En primer lugar, el artículo 2º, inciso 2, establece que los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero. El artículo tiene una respuesta sencilla al aplicarse sobre personas físicas, pero cuando la parte es una sociedad, el concepto de “extranjero” debe definirse en base a un criterio.

⁶⁰ El Código Civil y Comercial hace una única referencia a “extranjeros” relativa a las personas jurídicas en sus artículos 217 y 224, pero estos se limitan a cuestiones de regulación específica para las fundaciones. No se establece un criterio general para la regulación de estas, ni tampoco para el resto de las personas jurídicas.

⁶¹ Spota, Las Sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino, cit., P. 1202.

⁶² Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 105.

Sobre este punto, Palacio⁶³ identifica que el elemento determinante para la calificación como “extranjero” de una sociedad está dado por el lugar de constitución, con independencia de la nacionalidad de sus componentes. En este sentido, una sociedad constituida en el exterior no perdería su carácter de extranjera, a los efectos de la competencia, por el hecho de haber sido reconocidas por el Poder Ejecutivo como personas jurídicas, ni por haber sido inscriptas en el Registro Público de Comercio.

Igual análisis realizó la Corte Suprema en 1930 en el caso “Satanowsky, Marcos c/ Sociedad Western Electric Co. Inc. Of Argentina p/ cobro de pesos”. Aquí la Corte decidió que una sociedad era extranjera, aun cuando esta desarrollaba sus actividades dentro del territorio.

La Corte entendió que, de acuerdo a nuestra legislación, “son personas jurídicas, entre otras, dentro del país, las sociedades existentes en el extranjero, bajo las mismas condiciones que las aquí establecidas y pueden gozar, por tanto, de todos los derechos acordados por las leyes argentinas”, y “que es evidente, en consecuencia, la posibilidad de que una sociedad extranjera, haga sus negocios y desarrolle sus actividades dentro del territorio, sin que por este hecho, pierda su nacionalidad, perteneciente al estado en que fue creada o en que se produjo el acto que le dio existencia jurídica, que viene a ser como su partida de nacimiento”.⁶⁴

La Corte nuevamente define la cuestión en “Bononi y Cía c. Ferrocarril Central Argentino”⁶⁵ y “Rossi, José c. Ferrocarril Oeste”⁶⁶, estableciendo el criterio de la constitución para la delimitación de extranjería, y aceptando la nacionalidad de las sociedades para la determinación de competencia federal.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido coherente en su desarrollo, ya que en otras causas ha utilizado distintos criterios para la delimitación de extranjería societaria. En

⁶³ *Derecho Procesal Civil*, cit., t.2, p. 509. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 120.

⁶⁴ Giménez Videla, Raúl y Méndez, Ramón T. 1933. “*Marcos Satanowsky contra la Sociedad Western Electric Co. Inc. of Argentina, por cobro de pesos: sobre competencia*”. En Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Volumen CLXV, 14-21. Buenos Aires: Antonio García. Extraído de Miño, N. (2021), *¿Pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar servicios de transporte aéreo interno en la Argentina?*, p.35.

⁶⁵ *Fallos de la Suprema Corte de la Nación*, en Jurisprudencia Argentina (1932), t. 40, p.14. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 121.

⁶⁶ Fallo de la Cámara Federal Cap., 25/3/36, en Rev. Cit. (1936), t. 53, p. 568. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 121.

“Adolfo Ronchi y Cía. c. Schewets, Antonio”⁶⁷, el tribunal utiliza la nacionalidad de los socios como criterio determinante para considerar a una sociedad como extranjera, a partir de uno de los socios de la actora era extranjera. En otras oportunidades, se han seguido vías alternativas, como considerar el lugar de constitución, pero estableciendo las excepciones de cuando se encuentren en el país la mayor parte de sus capitales, o el “directorio o asamblea de socios”⁶⁸; o incluso la utilización del domicilio de sus socios, con independencia de la ubicación del establecimiento de la sociedad.

Esta cuestión sobre el artículo segundo, si bien utiliza el concepto de nacionalidad de las sociedades de manera explícita, no implica un reconocimiento formal jurídico. Nuevamente, su utilización se rige por criterios propios, no extensibles a otras materias jurídicas, y que se contradicen con las teorías contemporáneas.⁶⁹

Por otro lado, el art. 9° de la Ley 48 establece que “las corporaciones anónimas creadas y haciendo sus negocios en una Provincia, serán reputadas para los efectos del fuero, como ciudadanos vecinos de la Provincia en que se hallen establecidas, cualquiera que sea la nacionalidad de sus socios actuales”. Luego, el art. 10° establece que, para las sociedades colectivas, “se atenderá a la nacionalidad o vecindad de todos los miembros de la sociedad o comunidad”⁷⁰.

Rovira⁷¹, al analizar la cuestión, menciona que “la Corte Suprema hizo aplicación del criterio de la nacionalidad en función del lugar de domicilio o lugar de explotación en forma alternativa, pero en los autos “Centro de Consignatarios de Productos del País contra Ferrocarril Sur” precisó la doctrina sosteniendo que la “interpretación legal en el sentido de que a los efectos del fuero federal, debe considerarse extranjera una sociedad anónima constituida en el extranjero, aunque fuese reconocida por el Poder Nacional, no contraría el principio sustentado por el doctor Bernardo de Irigoyen, según el cual las sociedades carecen de nacionalidad, pero a los efectos del fuero,

⁶⁷ Fallo de la Cám. Com. Cap., 8/8/38, en La Ley (1938), t. 11, p. 843. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 121.

⁶⁸ Centro de Consignatarios de Productos del País c. F. C. Sud. Fallo de la Suprema Corte., 12/9/41, en La Ley (1941), t. 24, p.24. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 121.

⁶⁹ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 121.

⁷⁰ Sentencia del 2/10/50, en Fallos, t. 218, p.10.

⁷¹ A. L. Rovira: *Sociedades extranjeras*, pp. 38 y 39 (Buenos Aires, 1985). Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 74.

es indispensable reconocer esa nacionalidad para estimular mejor la introducción de capitales al país, sin distinguir entre personas físicas y morales... Sin embargo, los tribunales inferiores no siempre siguieron tal doctrina. Pero, en resumidas cuentas, puede decirse que en lo que se refiere al beneficio del fuero federal, la calidad de extranjera de una sociedad se determina por el lugar de constitución con prescindencia de la nacionalidad de las personas físicas que la componen y de la autorización o registro en nuestro país para actuar en él”.

La solución de la Corte Suprema aquí guarda coherencia con el diseño del derecho argentino, y utiliza un mecanismo para la determinación de la jurisdicción federal en base al elemento de contacto establecido, descartando nuevamente una posible interpretación introduciendo el concepto general de nacionalidad societaria. Como describe Cabanellas de las Cuevas⁷², lejos de consolidar la utilidad del concepto en el Derecho argentino, vuelve a poner de manifiesto las confusiones a las que induce, y las limitaciones de su aplicación.

4. Tratados internacionales suscriptos por Argentina

En esta materia, aparece una especial necesidad de atribuir vínculos entre las personas jurídicas y los países, ya que puede funcionar como requisito para que las disposiciones del tratado sean aplicables. Sin embargo, ello no implica la adopción del concepto de nacionalidad, ya que dicho vínculo puede ser establecido en función de diferentes mecanismos.

La Argentina ha firmado distintos tratados en los que se ocupa de la regulación de las sociedades en el marco internacional. Pero la mayoría de estos se limitan a la determinación de la ley interna que regirá a las sociedades, y no buscan ni sugieren la vinculación permanente entre una sociedad y un país.

Es el caso del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1889, el cual establecía que el contrato social se rige, tanto en su forma, como respecto de las relaciones jurídicas entre sus socios, y entre la sociedad y terceros, por la ley del país en que tienen su domicilio comercial. Caso similar encontramos en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940- el cual establece que la ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de

⁷² Ob. Cit., p. 74.

sociedad, así como el contenido de éste-, y de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles- el cual determina que la ley del lugar de constitución rige la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles⁷³.

Por su parte, la Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras da un paso más en la adopción de la nacionalidad societaria. Tal es así que el objeto mismo de la Convención admite la existencia de personas jurídicas extranjeras. Sin embargo, Cabanellas advierte que el reconocimiento de las sociedades por los países vinculados no deriva de su “nacionalidad”, sino de otros aspectos de éstas, particularmente el hecho de que el país donde se hayan cumplido las formalidades de registro o de publicidad, en que se encuentre su sede estatutaria, sea un Estado contratante.⁷⁴

A su vez, la Argentina ha firmado múltiples tratados con otros países de contenido económico. Por un lado, encontramos Tratados de Libre Comercio⁷⁵, y Tratados de inversión⁷⁶. En el caso de los primeros, la distinción que se aplica es sobre el comercio en sí, y no trata de diferenciar a las personas jurídicas por sus vinculaciones a un país. Así, acuerdos como Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica MERCOSUR – CUBA, y el Acuerdo de Complementación económica suscrito entre Argentina y Brasil (acuerdo N° 14), se refieren a los “productos” y “productores” de los países vinculados.

Distinto es el caso de los Tratados de Inversión, en donde es necesario la identificación de aquellas sociedades que califican como “inversores” de un país determinado. Si bien esta cuestión será analizada en profundidad posteriormente, es

⁷³ Cabanellas de las Cuevas entiende al respecto que este tipo de técnicas, lejos de ser la utilización del concepto de nacionalidad, es una técnica jurídica común en el Derecho interno argentino en la materia, consistente en establecer cuestiones jurídicas concretas disponiendo al respecto la ley aplicable para la solución de aquellas. (Ob. Cit., p. 116).

⁷⁴ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 118.

⁷⁵ Un acuerdo de libre comercio es un acuerdo regional o bilateral vinculante que involucra reducciones o eliminaciones arancelarias en bienes y servicios. Incorpora, además de las nuevas condiciones de acceso a los mercados, otros aspectos normativos relacionados al comercio, tales como propiedad intelectual, inversiones, políticas de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, compras públicas, comercio electrónico, asuntos laborales, disposiciones medioambientales y mecanismos de defensa comercial y de solución de controversias. Definición extraída de la página del Ministerio de Desarrollo Productiva del Gobierno argentino.

⁷⁶ Un acuerdo de Inversión es un tratado internacional que establece reglas para promover y proteger las inversiones de los extranjeros en nuestro país y la de los argentinos en el extranjero. El objetivo es crear condiciones favorables para los inversionistas de un Estado en el territorio de otro Estado.

posible extraer una conclusión sobre lo que implican estos tratados en el ordenamiento argentino. Sobre la cuestión, Cabanellas de las Cuevas advierte que estos tratados tienden a no utilizar ni el concepto ni la palabra “nacionalidad” respecto de las sociedades, hablando en su lugar de “inversores de la Parte Contratante”⁷⁷.

En el caso del Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones con Estados Unidos⁷⁸, el criterio utilizado es el de definir que significa "sociedad" de una Parte. En su artículo 1, apartado b), explica que es “cualquier clase de sociedad anónima, compañía, asociación, empresa de Estado, sociedad comanditaria u otra entidad legalmente constituida conforme a las leyes y los reglamentos de una Parte, o de una subdivisión política de ella, constituida o no con fines de lucro, ya sea de propiedad privada o estatal”.

A fin de remarcar la relatividad del criterio, en el acuerdo realizado con el mismo país para evitar la doble imposición sobre ingresos derivados de operaciones de buques y aeronaves⁷⁹, se utiliza una definición alternativa. Aquí, el artículo 1, apartado 3, define que “en el caso de una empresa argentina, empresas propiedad del Gobierno Argentino o una subdivisión política o autoridad local del mismo, personas residentes en la Argentina y no ciudadanos de los Estados Unidos, o corporaciones o compañías que tienen su lugar de asiento principal en la Argentina y que no hayan sido constituidas bajo las leyes de los Estados Unidos”. Para el caso de “empresa estadounidense”, se utiliza idéntico criterio a la inversa.

Sin embargo, el criterio de constitución no es exclusivo en los tratados de inversión suscritos por Argentina. En el caso del acuerdo con Rumania⁸⁰, se utilizó el criterio de constitución, pero con el requisito extra de que se cumpla el criterio de sede, o, alternativamente, el criterio de control. Así en su artículo 2, apartado b), define como inversor a “toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede junto con sus actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante”. Luego, en el apartado c), complementa que también es considerado inversor “toda persona jurídica, donde quiera se halle localizada, que sea efectivamente controlada por

⁷⁷ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 97.

⁷⁸ Ley N° 24.124.

⁷⁹ Ley N° 24.399.

⁸⁰ Ley 24.456.

personas físicas de una Parte Contratante o por personas jurídicas que tengan su sede junto con sus actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante”.

Se desprende entonces, que en éste ámbito, la Argentina tampoco ha utilizado un criterio unívoco para la vinculación entre las sociedades y los países, ni tampoco ha utilizado la terminología de “nacionalidad de las sociedades”. En la misma línea que los capítulos anteriores, la Argentina ha adoptado múltiples criterios de calificación para empresas y sociedades, pero siempre evitando que esos criterios impliquen atribuir una nacionalidad a las sociedades⁸¹.

B. Ley General de Sociedades

La Ley 19.550, guarda un especial recaudo en evitar toda terminología relacionada a la nacionalidad de las sociedades. Cuidadosamente se refiere a “sociedad constituida en el extranjero” y “sociedad local”, marcando una clara diferenciación con las normas del apartado anterior, y mostrando sin lugar a dudas su posición al respecto. Rescata Cabanellas de las Cuevas⁸² que, en los autores de la ley, predomina una posición contraria a la utilización de nacionalidad de las sociedades, impactando claramente en el Derecho Societario argentino.

En esta línea, los artículos de la ley regulan los distintos aspectos de la vida de las sociedades estableciendo vínculos específicos para el cumplimiento de determinadas funciones, o para la atribución de derechos, responsabilidades y obligaciones. En cuanto a las sociedades constituidas en el extranjero, en su Capítulo I, Sección XV, distingue cuatro tipos de escenarios posibles⁸³:

1. Artículo 118: primeros acercamientos a la sociedad constituida en el exterior

En primer lugar, nos encontramos con el artículo 118, el cual regula la actuación en el país de las sociedades constituidas en el extranjero. En él, se identifican dos tipos

⁸¹ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 120.

⁸² Cabanellas de las Cuevas menciona la posición de Halperin, quien creía que el vínculo político necesario estaba ausente en las sociedades, y la de Colombres, quien argumenta que el término únicamente podrá actuar como un recurso técnico creado por la ley para el cumplimiento de determinados fines. (Ob. Cit., p. 66).

⁸³ Roca, E., *Sociedad extranjera no inscripta*, p. 16.

de escenarios a analizar: 1) el ejercicio de actos aislados, y 2) el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social.

Este artículo busca mitigar los posibles efectos perjudiciales provenientes de la extranjería de estas sociedades. Al estar habilitadas para ejercer el comercio en el país, en las condiciones que se expondrán, quienes tengan contacto con ellas se enfrentan a un problema de tipicidad de las leyes societarias, pudiendo generar incertidumbre y errores en perjuicio de la parte local⁸⁴.

Ante esto, la primera parte del artículo reza que “la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución”. Esta fórmula soluciona el problema de la incertidumbre descrito, pero nos trae otras dudas respecto de las consecuencias jurídicas.

Por un lado, Boggiano⁸⁵ explica que el ámbito de aplicación material se limita a su existencia y forma, pues nada dice respecto de la validez sustancial del acto constitutivo, ni de la capacidad de la sociedad. Al respecto, aclara que, si la “existencia” social se rige por el derecho del lugar de constitución, todo el acto constitutivo, en sus aspectos formales y sustanciales, tiene que sujetarse a la ley de la existencia. Consecuentemente, también el objeto de la sociedad, como requisito de fondo del acto. Esto significa que ambas cuestiones quedarían regidas por la misma ley, al ser el objeto social la medida de capacidad societaria.

Por otro lado, surge la pregunta del significado de cada uno de los términos utilizados:

En cuanto al significado de “existencia”, Le Pera entiende que esta referencia no trata una cuestión de ley aplicable, sino del reconocimiento mismo de la sociedad⁸⁶. Cabanellas de las Cuevas cuestiona la interpretación, argumentando que no esté el lenguaje ni la metodología del artículo, el cual, por el contrario, si habla de “ley aplicable”⁸⁷. Roca⁸⁸, en la misma línea que Boggiano, habla de un reconocimiento “de

⁸⁴ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 198.

⁸⁵ *Sociedades y grupos multinacionales*, pp. 13 y ss.

⁸⁶ *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, cit., pp. 219 y ss. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 202.

⁸⁷ Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 209.

⁸⁸ Roca, Ob. Cit., p. 16.

iure”, entendiendo que la legislación positiva reconoce plenamente su existencia, ocupándose únicamente de los requisitos formales de su actuación.

Sobre el significado de “forma”, Le Pera⁸⁹ interpreta que, en el sentido del artículo 118, este no se refiere a las “formalidades de constitución”, sino al “funcionamiento” o “relaciones internas” de la sociedad. Al respecto, Cabanellas de las Cuevas⁹⁰ entiende que tal interpretación es innecesariamente chocante con el sentido jurídico común del término. Explica que el significado de forma es uno de los conceptos más elaborados por el Derecho societario argentino, incluso por el artículo 4° de la LSC. Del mismo modo, Boggiano⁹¹ desarrolla que el incumplimiento de los recaudos formales del acto constitutivo resulta impediendo de la existencia societaria, debiendo el derecho aplicable decidir sobre su calificación- irregular o inexistente.

Por último, el término “constitución” también trae cierta complejidad interpretativa⁹². En su aplicación al artículo 118, Kaller de Orchansky⁹³ sostiene que debe ser interpretado según el sistema angloamericano de la “incorporación”, debiendo entenderse por el país en donde ha obtenido el reconocimiento de su personalidad jurídica, ya sea cumpliendo con las formalidades de las leyes, o como consecuencia del acto jurídico originario. Partiendo de la misma base, Boggiano⁹⁴ agrega que es el lugar del registro, y no el de la sede efectiva, el que indica en qué condiciones formales y sustanciales una asociación adquiere personalidad societaria. Entiende que el domicilio no supe a la “incorporación”, y esta tampoco a aquel.

Cabanellas de las Cuevas⁹⁵ entiende que esta interpretación tiene un fuerte sentido circular, y explica que el artículo 118 debe partir de la aplicación del concepto implícito en el Derecho societario argentino. Argumenta que el principio general indica que es el sistema jurídico en el que se origina la norma de conflicto el que define el correspondiente punto de contacto. Si bien identifica hipótesis adicionales, plantea que en el caso de que la configuración del contrato y el registro de la sociedad ocurra

⁸⁹ Cuestiones de Derecho Comercial Moderno, cit., p. 220. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 209.

⁹⁰ Ob. Cit., p. 209.

⁹¹ Ob. Cit., p. 23.

⁹² El término fue analizado de forma general en los apartados 1. D. 2; y 1. D. 4. b).

⁹³ *Las Sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino*, cit., p. 1206. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, G. (2005), Ob. Cit., p. 219.

⁹⁴ Ob. Cit., pp. 20 y 21.

⁹⁵ Ob. Cit., pp. 221, 222 y 223.

en países distintos, es razonable dar preeminencia al registro, el cual otorga un mayor grado de certeza y de intencionalidad.

a. Actos aislados

Ahora bien, el primer tipo de actuación que la sociedad constituida en el extranjero está habilitada para realizar es la de “actos aislados”, además de poder estar en juicio en el país. La Ley habilita a la sociedad a ejercer este tipo de actos libremente, y no les impone carga formal alguna. Es por ello, que la determinación precisa de su significado adquiere una importancia vital.

Al respecto, Kaller de Orchansky⁹⁶ diferenció dos tipos de actos: aquellos que la sociedad realiza simplemente por tener personalidad jurídica (actuar en juicio, adquirir bienes, contratar, etc.) y aquellos que “tienden a alcanzar el fin u objeto para el que se han constituido”. Así, entiende que para el ejercicio de los primeros su personería jurídica estaría reconocida de pleno derecho, mientras que para los segundos se configura la carga formal de inscripción en el Registro Público de Comercio. Para la identificación de los segundos, se debe utilizar un doble criterio: el cualitativo, cualquier acto comprendido en el objeto, y el cualitativo- cuantitativo, cuando la realización de tales actos tiene habitualidad.

Roca⁹⁷ critica este criterio al entender que es de difícil aplicación, al ser la distinción una tarea difícilísima. Entiende que, en rigor, los propios del objeto serían como un género de una sola especie: la de actos constitutivos o sus modificaciones; todos los demás serían “Actos medios o instrumentales”, destinados al cumplimiento del fin. De esa manera, cualquier acto de la vida real por parte de la sociedad obligaría a su inscripción. Por el contrario, el elemento que determina la inscripción es la efectiva existencia de un giro local, y no cualquier operación comercial de una empresa destinada al cumplimiento de su objeto estatutario.

En la misma línea, Cabanellas de las Cuevas⁹⁸ rechaza la interpretación, por no concordar con la función que el concepto objeto social tiene en las estructuras societarias, ni con el sistema del artículo 118. Argumenta que, como lo prevé el

⁹⁶ La Ley (t. 147, pág. 120). Extraído de Roca, Ob. Cit., p. 37.

⁹⁷ *Sociedad extranjera no inscripta*. Pp. 37 y ss.

⁹⁸ Ob. Cit., p. 337.

artículo 58 de la LSC, para que un acto sea imputable a una sociedad, este debe necesariamente estar comprendido en su objeto, o guardar una relación adecuada con él. Adicionalmente, entiende que, sobre aquellos actos que tienen una relación funcional con el objeto, no hay nada en la Ley que permita calificarlos como aislados.

Por otro lado, Cabanellas de las Cuevas⁹⁹ propone evaluar el significado de acto “aislado” en contraposición al de “habitual”, a partir del encadenamiento lógico de ambas expresiones. Entiende así, que bastaría con definir el concepto de ejercicio habitual para que queden determinados los actos aislados.

Paralelamente, Boggiano¹⁰⁰ ilustra que el de acto aislado es un concepto gradual, ya que su caracterización es “fluida”. El autor afirma no encontrar razón para apreciar restrictivamente el concepto, y entiende que, en este caso, el artículo 118 operaría como una regla o un principio sugestivo, más que definitorio.

Por último, en cuanto a la capacidad de la sociedad para estar en juicio, Cabanellas de las Cuevas¹⁰¹ entiende que este es un mero reconocimiento general de atribuciones, innecesaria ante la regla general del primer párrafo. Explica que su inclusión responde a dejar claramente establecido que la actuación procesal no coloca a la sociedad ante la obligación de cumplimiento de las cargas formales. Todavía más, explica que esta capacidad no se pierde por el hecho de que la sociedad quede comprendida en el tercer párrafo del artículo, pues esa no es una de las sanciones previstas para tal incumplimiento.

b. Ejercicio habitual de actos

La segunda situación contemplada en el artículo 118 es la del ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, o, alternativamente, el establecimiento de asiento o sucursal, o cualquier tipo de representación permanente. Si bien ambas desencadenan las mismas consecuencias, estas dos cuestiones deben ser analizadas por separado. No obstante, debe advertirse que las sociedades extranjeras aquí comprendidas pueden actuar en nuestro país, sujetas al cumplimiento de las obligaciones formales que se imponen.

⁹⁹ Ob. Cit., 341.

¹⁰⁰ Ob. Cit., p. 63.

¹⁰¹ Ob. Cit., p. 344.

En primer lugar, el artículo nombra al ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social. Como en su apartado anterior, la Ley no define el significado exacto de este límite. En consecuencia, diversos autores han interpretado estas palabras para darle exactitud a la cuestión. Sin embargo, la discrepancia entre ellos nos hace remitirnos a la caracterización “fluida” de Boggiano.

Por su parte, Kaller de Orchansky¹⁰², siguiendo su línea argumentativa ya descrita, entiende que este tipo de ejercicio se configura cuando la sociedad “pretende ejercer de manera permanente los actos que le permitan alcanzar el objeto o fin específico para el cual se ha constituido”. Sin embargo, esta interpretación sufre de las mismas problemáticas vistas anteriormente.

A su vez, Roca¹⁰³ nos advierte que la aparente sencillez de aplicar un sistema numérico nos conduciría a resultados injustos. En cambio, propone que la interpretación del término sea la misma que tenía el artículo 1° del Código de Comercio: tener actividad cuyo propósito es obtener beneficio mediante el ejercicio constante, normal, regular, reiterado y frecuente de actos de comercio, suficientemente “ligados” entre sí. De esta forma, no basta con el ejercicio de actos frecuentes, sin que ellos estén ligados entre sí- lo que el autor llama “giro”¹⁰⁴.

Cabanellas de las Cuevas¹⁰⁵, en un enfoque cuantitativo “complementado”, indica que la habitualidad requiere, como mínimo, una pluralidad de actos realizado en el país. A partir de este presupuesto, ciertos elementos deben presentarse: inferirse de ella que una intención de operar en el país¹⁰⁶ en forma continuada y sin un límite cercano en el tiempo; desarrollarse dentro de un plazo relativamente breve, de modo que pueda inferirse una vinculación entre ellos; y tener cierta vinculación entre sí, de modo que pongan de manifiesto una continuidad en las actividades empresariales.

¹⁰² *Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino*, cit., p. 1207. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 345.

¹⁰³ Ob. Cit., pp. 34 y ss.

¹⁰⁴ El autor recuerda las palabras de Joaquín Garrigues: “El calificativo legal se funda no en la repetición de actos jurídicamente válidos, sino en el contenido económico y en la siguiente justificación social de tal reiteración”.

¹⁰⁵ Ob. Cit., pp. 345 y ss.

¹⁰⁶ Sobre este punto, el autor entiende que, si bien este es un requisito del apartado anterior del artículo 118, debe considerarse aplicable para dar sentido y coherencia al apartado. Así, para que puedan existir actos computables a los fines de la habitualidad, estos deben ser dentro del territorio argentino. (Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 345).

Observamos que, ante la ausencia de una definición fija, la determinación del límite debe efectuarse en base a los hechos particulares de cada caso, y teniendo en cuenta los elementos mencionados. Así lo entendió Vítolo¹⁰⁷, argumentando que deberá ser evaluado, tanto por el juez como por la autoridad de control, en cada caso concreto “bajo la regla de la razón”.

Por el otro lado, el artículo continúa hablando de “establecer sucursal asiento o cualquier otra especie de representación permanente”. No obstante las implicancias que pueden encontrarse en otros ámbitos, a los efectos del artículo 118, su diferenciación carece de sentido, pues el presupuesto mínimo es el de una “representación permanente” en el país.

A este fin, Cabanellas de las Cuevas¹⁰⁸ explica que, para configurarse, debe haber una relación de representación con cierto asentamiento fijo en la Argentina. Advierte, en cuanto a la representación, que esta puede ser ejercida por múltiples personas aisladas, pues lo relevante es que la sociedad tenga una representación extendida a una pluralidad de actos. Del mismo modo, esta podrá tener cualquier origen, pudiendo ser orgánica, legal, contractual, o de cualquier otra fuente de representación. A su vez, en cuanto a la permanencia, entiende que debe tener una duración y continuidad que ponga de manifiesto una intención de mantener relaciones prolongadas en la Argentina¹⁰⁹.

El autor recuerda la definición de Rovira, quien explicaba la representación exigida como “cualquier forma de descentralización administrativa de la casa matriz y que por lo tanto parte de ésta jurídicamente sin dar lugar a una nueva persona moral aunque goce el factor de la capacidad para celebrar contratos en nombre y para esa casa matriz”¹¹⁰.

En definitiva, los supuestos hasta aquí vistos son los utilizados por el artículo 118 para la imputación de las consecuencias jurídicas de aquellas sociedades constituidas en el exterior, que ejercen actos habituales. Cuando se configura alguno de estos, el

¹⁰⁷ Sociedades Extranjeras y Off Shore, Bs. As, Ad Hoc, octubre de 2003, pág.49. Extraído de Iud, C., *La sociedad constituida en el extranjero y sus actos no tan aislados*.

¹⁰⁸ Ob. Cit., pp. 354 y ss.

¹⁰⁹ Complementando el concepto, aclara que la fijación de domicilio es una consecuencia jurídicamente exigida de la representación permanente, pero no una condición de esta.

¹¹⁰ Rovira, *Sociedades extranjeras*, p. 59. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 353.

artículo impone ciertas cargas formales tendientes a brindar una mayor seguridad jurídica en su actuación frente a terceros. Si bien su análisis excede el objeto de esta tesis, cabe mencionar que tanto la doctrina como la jurisprudencia ha discutido largamente sobre los efectos del incumplimiento de estas cargas, encontrando soluciones de distinta naturaleza.

2. Artículo 124: norma de policía amplia

En este caso, la Ley de Sociedades introduce una norma de policía tendiente a considerar como “sociedad local”, a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma, y contralor de funcionamiento, a ciertas sociedades constituidas en el extranjero. Evitando todo tipo de referencia a una supuesta nacionalidad, la Ley busca sancionar con el cumplimiento de estas cargas formales a aquellas sociedades que tengan su sede en la República, o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma.

Distintas interpretaciones se han encontrado al respecto de esta norma, generalmente entendida como un mecanismo para evitar el fraude a la Ley argentina. Esta teoría funciona bajo la presunción de que la constitución en el extranjero de la sociedad ha obedecido el propósito de los socios de eludir las leyes argentinas¹¹¹, y por lo tanto se debe dejar de lado el contacto con la ley extranjera. Contrariamente, también se entiende a esta norma como un intento de preservar la aplicación de la tipología societaria establecida por la LSC a las sociedades sujetas a la legislación argentina¹¹². Este punto puede responder a una búsqueda de coherencia societaria, o bien para facilitar el tráfico comercial al poder conocer la estructura societaria.

En cualquier caso, la sociedad constituida en el extranjero sufre una gran limitación a partir de la norma, al estar obligada a regirse por la ley argentina, y no poder elegir libremente la *lex societatis* más conveniente. Sobre este punto, el artículo impone una gran carga a la sociedad, cuando en realidad la Argentina es capaz de regularla con

¹¹¹ Kaller de Orchansky, *Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado argentino*, cit., p. 1210. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 174.

¹¹² Cabanellas de las Cuevas asegura que no encuentra ventaja, desde el punto de vista fiscal, en la constitución en el extranjero, por estar sometidas básicamente al mismo régimen impositivo. Tampoco entiende que exista una falsedad en su extranjería, por tratarse de sociedades con elementos multinacionales. Por el contrario, argumenta que la tesis de la preservación de la tipología resulta la más probable. (Ob. Cit., p. 174 y ss.).

la totalidad del Derecho Económico de orden público, además de la aplicación del penal y tributario, sin importar la *lex societatis* a la cual esté sometida¹¹³.

Ahora bien, corresponde precisar el significado de las fórmulas “sede” y “principal objeto” para así poder determinar el ámbito de aplicación material de esta norma:

Sobre la “sede” de la sociedad, Boggiano¹¹⁴ explica que, en este caso, lo que interesa es el domicilio o sede “real”. Explica que el artículo prescinde del domicilio legal, ya que este permitiría a la sociedad eludir la aplicación del artículo a partir de la declaración aparente de las partes o las autoridades intervinientes en la constitución de la sociedad. Por el contrario, al aplicar la sede real se identificaría el lugar donde tienen establecido el asiento principal de sus negocios. Por tanto, concluye que por “sede” hay que entender el centro de dirección o administración general de la sociedad, cualquiera sea el domicilio estatutario.

Otros autores complementan que su significado debe estar orientado al lugar de funcionamiento de sus órganos¹¹⁵. Al respecto, Cabanellas de las Cuevas¹¹⁶ argumenta que esta posición podría ser dificultosa ante el carácter multifacético de esta estructura, pudiendo funcionar dispersamente en distintos países. Por ende, entiende que la única solución “realista” al respecto, es basar su aplicación en un examen conjunto de la sociedad, con el objetivo de determinar el centro de gravedad geográfico de la toma de decisiones.

Por otro lado, el caso de que la sociedad tenga su “objeto” destinado a cumplirse en la República presenta una mayor dificultad de delimitación. Esto, en cuanto una sociedad puede tener un objeto estatutario amplio o impreciso, o el mismo puede distribuirse en diferentes magnitudes por varios países.

Advirtiendo las amplias dificultades interpretativas y prácticas al respecto, Boggiano¹¹⁷ plantea el interrogante de si el centro de explotación es el mismo lugar a aquel en donde se cumple el principal objeto social, planteando sus dudas al respecto.

¹¹³ Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 186.

¹¹⁴ *Sociedades y grupos multinacionales*, pp. 24 y 25.

¹¹⁵ Pudiendo referirse al “asiento efectivo de la administración social”, al “directorio central y la asamblea de socios” o de forma genérica a los “órganos”. Definiciones de Rovira y Kaller de Orchansky y Goldschmidt, respectivamente, recogidas por Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 212.

¹¹⁶ Ob. Cit., pp. 212 y ss.

¹¹⁷ Ob. Cit., p. 25 y ss.

Sin embargo, advierte que es el primero al cual parecería referirse el artículo. Asimismo, plantea la imposibilidad jurídica de distinguir entre “objeto principal” y “objeto accesorio”, pues éste delimita la capacidad de la sociedad, y los actos que la sociedad puede llevar a cabo.

Explica, entonces, que la utilización del criterio de la explotación del objeto implica serias dificultades de aplicación en los casos de explotación multinacional sucesiva o simultánea. Aceptar el criterio de mayor volumen económico implicaría radicar el significado del artículo en un análisis complejísimo de la contabilidad de la sociedad, pudiendo este ser “pre construido”, y colocando a los terceros ante una pesada carga probatoria, y una situación de falta de defensa razonable.

Por lo tanto, y en base a un análisis del antecedente normativo italiano, el autor plantea una visión restrictiva: entiende que la interpretación más coherente del giro normativo es “centro de explotación empresarial exclusivamente radicado en la Argentina”. En efecto, para que sea de aplicación el artículo 124 debe mediar exclusividad de ejercicio comercial del objeto social, ya que, de otra forma, la sociedad quedaría regida por el tercer párrafo del artículo 118. Concluye que, de hacer depender a la sociedad de la compleja distinción entre principal y no principal, se arruinaría la seguridad jurídica comercial, lesionando gravemente la defensa en juicio.

Admitiendo su posición sobre la imposibilidad de distinguir entre objeto principal y accesorio, Cabanellas de las Cuevas¹¹⁸ critica la tesis de la exclusividad planteada. Advierte que tal interpretación no surge ni literal, ni funcionalmente, del artículo, y que posibilitaría la evasión del mismo mediante la colocación de una parte de la actividad societaria fuera del país.

Por el contrario, propone un criterio analítico de las actividades de la sociedad, desde el punto de vista de la estructura económica, y teniendo en cuenta el conjunto de procesos productivos llevados a cabo por la sociedad. Así, evaluando parámetros como la facturación, la rentabilidad, el capital invertido y el empleo, determinar si ésta actividad se desarrolla predominantemente en el país. Se evitaría, de esta forma, la aplicación compulsiva del artículo en casos en donde la actividad total de la empresa

¹¹⁸ Ob. Cit., p. 216 y ss.

se encuentra dispersa en muchos países, solo por el hecho de que su actividad principal esté mayormente en Argentina.

Finalmente, los efectos y consecuencias de la aplicación de este artículo requieren un análisis particular. El significado del tratamiento de “sociedad local” se limita, según el texto, a las formalidades de constitución y funcionamiento. Sin embargo, el hecho de que estén sujetas a las formalidades de constitución en el país, con el mismo tratamiento que una sociedad local, plantea ciertos interrogantes.

Uno de ellos es, si la obligación de constituirse en el país, implica un problema de “reconocimiento” de la sociedad, o uno de la “existencia” misma. Esto, a partir de que, para las sociedades locales, las formalidades de constitución son un requisito para la constitución y existencia de la misma. Por lo tanto, la consecuencia de la falta de constitución a las sociedades sujetas al artículo 124 sería su inexistencia, aun cuando esta ya ha sido reconocida por otro estado¹¹⁹.

Por su parte, Boggiano¹²⁰ advierte que de la aplicación del artículo pueden surgir sociedades eventualmente inexistentes, nulas, e irregulares. En el caso de que una sociedad tenga un elemento incompatible con las formalidades de inscripción en el país, como lo podía ser anteriormente las sociedades unipersonales, ello implicaría la inexistencia de la sociedad. Si la sociedad no se adecúa estrictamente a las normas societarias argentinas, en casos como la capacidad de los socios, consentimiento, u objeto, esta caería en un vicio de nulidad. Por último, si una sociedad extranjera no se adecúa a las tipicidades de las normas argentinas, estará ante un vicio de forma, y, por lo tanto, será irregular.

Ante esto, el autor retoma la tesis de la exclusividad antes mencionada, y explica que es la única manera de proteger la garantía constitucional de ejercer el comercio conforme a la reglamentación de leyes razonables. Esto, entendiendo que, tanto los socios como los terceros, no podrían saber si la sociedad constituida en el extranjero, que no ha cumplido las formalidades de constitución, es o no sociedad.

¹¹⁹ Le Pera, *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, cit., p. 223. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 224.

¹²⁰ Ob. Cit., p. 36 y ss.

En otra línea, Cabanellas de las Cuevas¹²¹ parte de la base de las consecuencias jurídicas que se derivan de los términos explícitos del artículo, ya que éste no aplica expresamente sanciones de nulidad o inexistencia. A tal fin, explica que por aplicación de la norma de conflicto en el artículo 118, las sociedades locales son regidas, en cuanto a las formalidades de constitución, por el derecho argentino. En consecuencia, entiende que las sociedades constituidas en el extranjero que no reúnan los requisitos, serán irregulares o de hecho, según el grado de falencias que presenten. Paralelamente, al ser sociedad local a los efectos de “contralor de funcionamiento”, la sociedad quedaría sometida al Derecho Societario argentino¹²².

3. Artículo 123: excepción explícita

En este caso, la Ley de Sociedades establece un mecanismo paralelo para la regulación de las sociedades constituidas en el exterior, y su actuación en el país. La Ley se refiere a un tipo muy específico de actuación, que se diferencia de las condiciones del artículo 118, ya que no lo categoriza como acto aislado. Si bien el texto del artículo se refiere a “constituir sociedades en la República”, se ha entendido que una interpretación literal facilitaría la elusión de los requisitos, mediante el ingreso de las sociedades extranjeras en la sociedad local con posterioridad a la constitución de ésta¹²³.

Se adopta entonces un régimen de registro obligatorio, tanto para la constitución de sociedades, como para la participación en sociedades locales, con exigencias distintas a las impuestas en ambos párrafos por el 118. La razón de esto, es que el presente artículo tiene el objetivo de la implementación del régimen de responsabilidad y capacidad del socio, y para ello requiere de su identificación. En protección del tráfico comercial, se busca someter a la sociedad extranjera a la ley y control nacional¹²⁴.

¹²¹ Ob. Cit., p. 225 y ss.

¹²² Desarrolla que la aplicación del artículo 124 no implica necesariamente que la sociedad sea nula, anulable, irregular o inexistente, sino que deberá ser juzgada conforme a la ley argentina. Entonces, si bien será normalmente irregular, ésta podría no serlo en aquellos casos que la inscripción del acto constitutivo no sea exigida en el Registro Público de Comercio.

¹²³ Le Pera, *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*, p. 228. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 390

¹²⁴ Nissen (*Otro golpe mortal contra las sociedades extranjeras off shore*, p. 51) entiende que, junto con el 118, están en juego intereses no sólo patrimoniales, sino también principios fundamentales de soberanía, control y publicidad, integrando esas normas en un sistema instituido en beneficio de toda la comunidad.

Esta visión ha recibido diversas críticas. Por un lado, se advierte que el sistema utilizado para la identificación de los socios es inútil, pues la nominatividad de las acciones esteriliza la carga registral¹²⁵. A su vez, la intención de controlar y someter a la ley nacional, encuentra deficiencias en la mera obligación de registración, y ésta podría darse por mecanismos distintos a los registrales¹²⁶.

En cuanto al criterio amplio del significado de “constitución de sociedad”, Boggiano¹²⁷ advierte que, para la configuración del artículo en el caso de una adquisición posterior, debe existir una participación de control por parte de la sociedad extranjera. Sin embargo, en un análisis de la jurisprudencia, muestra que la recepción sobre el límite calificadorio ha sido largamente discutida. Diferentes criterios se han utilizado en distintos casos, como la “facultad decisoria sobre la actividad y desenvolvimiento social”, la participación en asambleas, o una participación tal que “comprometa al régimen de los artículos 31 y subsiguiente de la LSC”.

Destaca lo desarrollado por el fallo “A.G. Mc Kee Argentina S.A.”, en donde explican que una interpretación ceñida a la letra de la ley no debe prevalecer, si se advierte que el resultado al que se le conduce se encuentra en pugna con la finalidad que se persigue con la norma. Por lo tanto, para que una adquisición de acciones pueda ser equiparable a una “constitución de sociedad”, la participación accionaria debería ser suficiente para otorgar una posición de control de derecho. Del mismo modo, es de aplicación en aquellos casos en que, sin adquirir esa posición, participan activamente en el ejercicio de los derechos de consecución, dato revelador de que no es un fugaz u ocasional accionista.

Posteriormente, transcribe el voto del doctor Alberti¹²⁸, del cual se destacan ciertas ideas: “No advierto interés argentino ninguno en imponer a extranjeros que traen fondos al país, la carga de cumplir tramitaciones rituales (...), (que) en cambio, afecta al usuario argentino de los artículos elaborados por el inversor, pues este último recuperará el costo irrogado por esos ritos mediante una elevación del precio del

¹²⁵ Le Pera (p. 227) señala que “no es posible ni razonable que la adquisición de una sola acción, o de un conjunto no significativo de acciones, dé lugar a la aplicación de esta regla”. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 392.

¹²⁶ O’Farrell, *Una nueva formalidad innecesaria*, p. 345. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., p. 392

¹²⁷ Sociedades y grupos multinacionales, pp. 75 y ss.

¹²⁸ Fallo Saab- Scania A.B. de Suecia (“E.D.”, 79- 387). Extraído de Boggiano, Ob. Cit., p. 86 y ss.

producto”. En otro fallo¹²⁹, el mismo magistrado advierte que “es dudoso que a los particulares les interese conocer la identidad de los accionistas de la sociedad local con la cual negocian, y aunque así fuera es cuestionable que ello autorice para crear pretorianamente un requisito registral no emergente de la ley expresa”.

Luego de analizar fallos más recientes, Cabanellas de las Cuevas¹³⁰ concluye que, en un contexto de fallos imprecisos y discordantes, la participación en las asambleas de sociedades anónimas crea, frente a la jurisprudencia mayoritaria, la obligación de cumplir con el registro previsto en el artículo 123 de la LSC. Por otro lado, plantea que no se ha determinado su aplicabilidad respecto de sociedades como la civil o la accidental, que no son en sí mismas objeto de registro.

Por otro lado, la Inspección General de Justicia ha regulado extensamente desde el 2003 la actuación de las sociedades extranjeras y sus obligaciones de registración. Entre varias resoluciones, el organismo ha emitido importantes normas respecto a la inscripción de las sociedades regidas por la Ley de Sociedades, y especialmente por el artículo 123¹³¹.

Quizás la más importante, es la obligación por parte de estas sociedades a la individualización- con datos de identificación personal y sobre la participación accionaria- de los socios, o beneficiarios finales, de la sociedad extranjera. Esta obligación podrá ser eludida solo en aquellos casos en que: la sociedad controlante tenga la totalidad de sus acciones admitidas a la oferta pública; o que la titularidad de las acciones presente un grado de dispersión tal entre las personas humanas en cabeza de las cuales se halla finalmente reunido el capital accionario, y que ninguna de ellas alcanza la titularidad del porcentaje mínimo contemplado en la RG (IGJ) N° 7/2015.

Otras regulaciones del organismo son aplicables, al requerir la presentación de un plan de inversión de las sociedades en las que se pretenda participar o constituir en el país, y la imposición de que todas las sociedades extranjeras estuvieran inscriptas,

¹²⁹ Fallo Squib S.A. Extraído de Cabanellas de las Cuevas, Ob. Cit., 396.

¹³⁰ Ob. Cit., p. 398.

¹³¹ Erreius, *¿Qué modificaciones trae el nuevo régimen para las sociedades constituidas en el extranjero?* (2021), y Pucci, I, *La regulación de las sociedades constituidas en el extranjero por la IGJ. Recapitulando.* (2021).

y al día con el RIA¹³², como condición para registrar los actos de las sociedades locales participadas por aquellas, independientemente de la relevancia de sus votos en la toma de decisiones de las locales.

Al respecto, la Cámara Comercial¹³³ recientemente falló a favor de la inscripción de una sociedad holding bajo el artículo 123, al haber sido rechazada por la IGJ, y requerida su inscripción bajo el artículo 124. El organismo había argumentado que, dado ocho de los treces socios eran argentinos, la sociedad no era verdaderamente una sociedad extranjera, sino que era una sociedad local, disfrazada de extranjera para aprovechar la hospitalidad de la República Argentina y realizar una explotación determinada en el país. Entendió que era presumible su intención de evadir la ley y el control nacional, y que era una práctica societaria ilícita, con el fin de ocultar su patrimonio personal y defraudar a terceros.

La Cámara, falló en base a ciertos elementos, tales como que la sociedad estaba constituida en un país cooperador con el intercambio de información tributaria, que la conformación del activo de la sociedad impedía pensar que se hubiera creado al solo efecto de manejar la sociedad local, y que ésta tiene actividades en más de ocho países. Entendió que el análisis de la IGJ era infundado, y correspondía su inscripción bajo el artículo 123, ya que no se configura ninguno de los supuestos del 124. Asimismo, señala que la potencialidad de los riesgos que advierta el organismo no puede ser sorteada por vía de mecanismos preventivos, ya que no tiene facultades para impedir que las personas utilicen los instrumentos que consideren más adecuados para su planificación económica.

Finaliza su argumentación citando a Manóvil¹³⁴, quien expuso que el objetivo que se busca con la inscripción del 123 es identificar a la socia que ha de asumir los derechos y obligaciones de su *status* de tal, no controlarla como agente activo del tráfico mercantil de la República, que por definición no es.

III. Derecho Internacional de las Inversiones

¹³² Formulario de Presentación del régimen informativo anual de sociedades extranjeras, Resolución general I.G.J. N° 12/05.

¹³³ Cám. Com.- Sala C. "Inspección General de Justicia c/ Veritran Holding LTD s/ Organismos externos". Expediente N° 3153/ 2022/ CA01.

¹³⁴ Manóvil, R. M. (2003): *Una ajustada interpretación del artículo 124 de la ley de sociedades*. La Ley, 2003- C, 788.

A. Introducción

En el Derecho Internacional, la cuestión sobre la nacionalidad de las sociedades adquiere una crucial relevancia. Los Estados, en busca de fortalecer sus relaciones comerciales y fomentar las inversiones, firman acuerdos bilaterales de inversión con el objetivo de crear un ámbito de protección y seguridad jurídica. Por lo tanto, la vinculación o no de una sociedad con un país es, en este panorama, el elemento decisivo para la adquisición, por parte de la sociedad, de la amplia protección conferida en el acuerdo. Este límite traerá ciertos interrogantes y conflictos, que se han desarrollado en la práctica.

Los Estados Contratantes tienen libertad para decidir cuáles sociedades serán reconocidas a los efectos del tratado. En su escritura, pueden pactar por incluir o excluir a una gran variedad de personas jurídicas. Así, por ejemplo, los tratados alemanes optan por utilizar la fórmula “personas jurídicas con o sin personalidad jurídica”, y el tratado México- Singapur cubre explícitamente organizaciones sin fines de lucro. Incluso, pueden asegurar la inclusión de ciertas sociedades estatales, como es el caso del tratado Malasia- Arabia Saudita¹³⁵.

A su vez, los Estados tienen libertad para decidir sobre los mecanismos que utilizarán para vincular a las sociedades con cierto país. En este sentido, el artículo 25 de la Convención CIADI, establece dos puntos básicos respecto de la jurisdicción del centro en caso de disputas: en primer lugar, que se trate de una disputa que surja directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un “nacional de otro Estado Contratante”; y en segundo lugar, establece que se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”, a aquellas personas jurídicas que tengan la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y, a su vez, a aquellas que, teniendo la nacionalidad del Estado Contratante, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, por estar sometidas a control extranjero.

De este artículo, es posible extraer dos conclusiones preliminares. Primero, que la Convención CIADI adopta explícitamente la terminología de “nacionalidad” de las sociedades. Segundo, que extiende al texto del tratado el criterio a ser utilizado para determinar dicha nacionalidad.

¹³⁵ UNCTAD Series on International Investment Agreement II, pp. 82 y ss.

Al mismo tiempo, es relevante remarcar el carácter otorgado a aquellas sociedades subsidiarias incorporadas localmente. En el Derecho Internacional, el célebre caso *Barcelona Traction*¹³⁶ ha fijado la doctrina de la distinción de la entidad corporativa de la de sus accionistas, como consecuencia de su responsabilidad limitada. Por ello, el objetivo de la segunda parte del artículo 25 es el de incluir a este tipo de sociedades, y darle discreción a los Estados. Ahora, estos podrían optar por restringir la jurisdicción del Centro únicamente a las disputas que surjan entre el Estado y la sociedad extranjera, pero deberán formularlo así de forma explícita.

B. Conflictos sobre nacionalidad societaria

Habiendo establecido el uso del término nacionalidad, es necesario establecer los métodos utilizados para su determinación, y analizar los conflictos que surgieron a partir de su aplicación. En la gran mayoría de los tratados de inversión, se encuentran tres tipos de criterios, ya sea en forma individual, o en combinación, estudiados en el capítulo 5.D: el país de constitución/ incorporación; el país donde se encuentra la administración de la sociedad; y el país de la nacionalidad de quienes tienen la propiedad o el control de la sociedad¹³⁷.

A partir de que cada tratado tiene la posibilidad de elegir el criterio, los conflictos que de él surjan serán comunes a los otros tratados que hayan escogido el mismo método. En razón de esto, la evolución de la jurisprudencia arbitral desprende ciertas categorías.

1. Disputas en relación al criterio relevante

Dado que la Convención no establece un criterio único, al surgir una disputa, los países receptores de inversiones podrían querer limitar la aplicación del tratado a ciertos inversores. Por distintas razones, estos países querrán evitar que países, que a su consideración no son inversores nacionales de la otra Parte Contratante, se encuentre protegido por las disposiciones del tratado. En este sentido, la jurisprudencia evidencia ciertas situaciones en donde las partes argumentan respecto al criterio relevante, entre las distintas fuentes posibles.

¹³⁶ “Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company” (February 5, 1970) (*International Court of Justice*).

¹³⁷ UNCTAD *Series on International Investment Agreement II.*, p. 84.

En primer lugar, se destaca el caso Tokio Tokelés v. Ucrania¹³⁸. En este caso, se discutía si una sociedad, radicada en Lituania, era efectivamente nacional de aquel país. A partir de una disputa, Ucrania argumenta que, como el 99% de los accionistas, así como 2/3 de los miembros de la administración, eran de nacionalidad ucraniana, la sociedad no podía ser considerada lituana por el simple hecho de estar allí radicada. Por el contrario, Ucrania argumentó que se trataba de nacionales ucranianos tratando de beneficiarse de un tratado bilateral.

El tribunal, el cual debía decidir si tenía o no jurisdicción en base al artículo 25, determinó que, como este no establecía un criterio propio de jurisdicción, debía remitirse a lo pactado por las partes en el tratado. Al analizarlo, encuentra que en su artículo 1° declaraba a “cualquier entidad” que se haya “establecido” en Ucrania, como nacional de aquel país. Continúa diciendo que, de acuerdo al significado común y ordinario del tratado (aplicando el artículo 31 de la Convención de Viena), debía entender que el inversor era efectivamente de nacionalidad lituana, por ser una entidad de existencia real constituida en su territorio, y de acuerdo a sus leyes.

En síntesis, el tribunal entendió que, si el tratado otorgaba una protección amplia a los inversores, no correspondía al tribunal limitar su texto. Paralelamente, como las Partes no acordaron limitación alguna respecto del control extranjero, el artículo 25 de la Convención no obstaba jurisdicción al tribunal. Tampoco correspondía correr el velo societario, ya que, en su constitución, la sociedad no había cometido fraude ni ilegalidad alguna.

Por el contrario, el árbitro Weil, en su disidencia, opinó que el silencio de la Convención no dejaba el criterio a la discreción de las partes. Esto, en cuanto entendía que permitir que nacionales ucranianos se basen en el tratado bilateral, para demandar a Ucrania, era contrario al objeto y propósito de la Convención CIADI. Sin embargo, como se verá, esta opinión no es ampliamente aceptada, sino que prevalece una visión textualista del tratado.

Por otro lado, en el caso Tenaris & Talta v. Venezuela¹³⁹, el tribunal analiza el significado que debe darse al criterio de sede social. En este controvertido caso,

¹³⁸ “Tokio Tokeles v. Ukraine” (*Decision on Jurisdiction*) (April 29, 2004).

¹³⁹ “Tenaris and Talta v. Venezuela” (*Award*) (January 29, 2016).

Venezuela argumenta que, a pesar de que ambas compañías, accionistas de la subsidiaria local, habían sido constituidas en Luxemburgo y Portugal, respectivamente, ninguna de las dos tenía su administración real allí. Objeta que, sin encontrarse la administración real en los países Partes Contratantes, el requisito de sede social del tratado carecería de sentido.

Al respecto, el tribunal analiza en primer lugar los dos tratados bilaterales aplicables. Por un lado, el tratado con Luxemburgo- Bélgica establecía simplemente el requisito de sede social en su territorio. Por otro lado, el tratado con Portugal, complementaba la sede social con la constitución y el funcionamiento de acuerdo a las leyes de aquél país.

Luego, el tribunal analiza a las sociedades, las cuales determina que ambas son meramente sociedades holding, por lo que era importante tener en cuenta la naturaleza de cada empresa, y las actividades que desarrollan. Ambas eran sociedades que tenían como objeto social el de administrar su cartera de sociedades, y no el de desarrollar actividades productivas por su cuenta. En consecuencia, sería irracional pretender que un mero holding, o una sociedad con un nivel bajo o nulo de responsabilidad operacional, cuente con amplias oficinas o una gran cantidad de empleados en sus emplazamientos corporativos. Considera que, la prueba de la administración real y efectiva debe ser flexible, contemplando la naturaleza precisa de las sociedades en cuestión, por lo que no se encuentran excluidas de los tratados.

En su estudio, el tribunal toma en consideración elementos tales como sus actas constitutivas, la ubicación de sus oficinas, la celebración de asambleas de accionistas y del directorio, o la presentación de declaraciones societarias y fiscales. Descarta así, entre otros elementos propuestos por Venezuela, la ubicación de sus operaciones productivas, la nacionalidad de los miembros de sus directorios, o la cantidad y ubicación física de los empleados.

Paralelamente, el caso *Mera Investments v. Serbia*¹⁴⁰ refuerza la visión textualista, al analizar el significado de sede social en el tratado Chipre- Serbia. En este caso, Serbia objetó que el significado que se le debe dar es en relación al control efectivo de la sociedad, y allí es donde tendría su sede real.

¹⁴⁰ “*Mera Investment Fund v. Serbia*” (*Decision on Jurisdiction*) (November 30, 2018).

Partiendo de la base de que, tanto la Convenio CIADI, como el tratado, no definían su significado, el tribunal entendió que debía remitirse a la ley interna de Chipre. En su análisis, argumentó que, si bien en ocasiones el significado de sede está vinculado al de control real, el lenguaje del tratado no lo adopta. En consecuencia, los principios de derecho internacional no permiten que el tribunal incluya nuevos criterios adicionales, por más apropiados que estos puedan parecer. Asimismo, entiende que el tribunal tiene un “deber de fidelidad” con el texto del tratado, y que, si las Partes hubieran querido incluir tal criterio, lo hubieran hecho al momento de negociar.

En cuanto a la remisión al derecho local, el tribunal lo explica desde la ausencia de un criterio en las fuentes primarias. Basándose en el caso *Barcelona Traction*, y en el artículo 9 de la Comisión de Derecho Internacional sobre protección diplomática, determina que una sociedad es una institución creada por los estados en el dominio de su propia jurisdicción. Entonces, cuando el Derecho Internacional no define un criterio especial, debe remitirse a la ley interna. Surge de esta forma, que como la ley de Chipre vincula la sede social con la incorporación, la sociedad era de aquella nacionalidad, y el tribunal tenía jurisdicción.

2. Disputas en relación a inversiones realizadas mediante sociedades intermediarias

En este tipo de disputas, el problema que aparece es la realización de inversiones por parte de sociedades que cuentan con estructuras verticales en diferentes países. De este modo, este grupo de sociedades podría argumentar que la inversión proviene de cualquiera de éstas, con el fin de quedar amparado por la protección del tratado. Consecuentemente, determinar cuál sociedad ha sido la responsable de la inversión es de vital importancia.

Algunos tribunales han desarrollado argumentos sobre este problema, en base a diferentes particularidades de tratados. En un primer caso, el tribunal en *Mobil v. Venezuela*¹⁴¹ desarrolla sobre la noción de control necesaria. En este caso, el tratado Países Bajos- Venezuela establecía un doble criterio: el estar constituida en una Parte Contratante, o, alternativamente, estar controlada directa o indirectamente por nacionales de un país contratante. La demandante argumentó, que la sociedad

¹⁴¹ “*Mobil v. Venezuela*” (*Decisión on Jurisdiction*) (June 10, 2010).

holandesa que se encuentra en la cadena, es la que verdaderamente gestó la inversión. Venezuela, al entender que no había control genuino, argumentó que el tratado no era aplicable.

El tribunal entonces se remite al protocolo del tratado, el cual entiende como “parte integral” del mismo, y establecía ciertas definiciones sobre lo que debe entenderse por control. Allí, se establecía que, como prueba de aquél control, la sociedad podía mostrar un capital accionario tal, que posibilite ejercer el control. El tribunal explica que, en este caso, no es necesario probar que la sociedad ejerció efectivamente el control, sino que es un control potencial. Por lo tanto, como la estructura societaria demostraba esta potencialidad, la sociedad de Países Bajos sería considerada un inversor, amparado por el tratado.

En otro caso, ante Venezuela nuevamente, el tribunal debió decidir sobre la misma cuestión, en un tratado diferente. El demandante, Autopista Concesionada¹⁴², argumentaba que, como una sociedad estadounidense era accionista de la subsidiaria, esta tenía el derecho a reclamar bajo el tratado, aun cuando era ulteriormente controlada por una sociedad holding mexicana.

El tribunal, basándose en la falta de un criterio definitorio, estableció que la letra del tratado era la ley. Como la Convenio CIADI no establecía otra cosa, los países tenían autonomía para definir la cuestión, con la sola limitación de que utilicen criterios razonables. Por ello, un tribunal no podría adoptar una definición más restrictiva, sino que, a menos de que exista una irracionalidad de criterios, o se encuentre una situación de fraude, deberá hacer cumplir la definición de las partes. Descartando la aplicación de cualquier criterio económico, el tribunal aplica el tratado, y por lo tanto el criterio de control accionario directo. Entendiendo este como un criterio razonable, consideró al inversor como estadounidense.

Sin embargo, esta corriente textualista merece una distinción. Si bien es aplicada extensamente, la interpretación del artículo 25 (2)(b), fue particularmente controvertida en el caso TSA Spectrum v. Argentina¹⁴³. En una situación similar a las de los casos anteriores, aquí Argentina objetó la jurisdicción en base a que los

¹⁴² “Autopista Concesionada de Venezuela v. Venezuela” (*Decision on Jurisdiction*) (September 27, 2001).

¹⁴³ “TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentina” (*Award*) (December 19, 2008).

accionistas de la sociedad extranjera eran de nacionalidad argentinos, por lo que no estarían protegidos por el tratado bilateral.

El tribunal comienza refiriéndose sobre el objetivo y la función del CIADI y del Convenio: el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Entiende que, el artículo 25 (2)(b) actúa como una excepción, en donde se introduce al control extranjero como el factor objetivo en el que se basa la aplicabilidad del Convenio. Basándose en un caso anterior, argumenta que es un límite objetivo, más allá del cual el CIADI no tiene jurisdicción.

En su desarrollo, el tribunal explica que el texto del artículo permite a las partes levantar el velo societario, pero sólo “por estar sometidas a control extranjero”, lo cual justifica, y a la vez condiciona, esta excepción. En línea con la disidencia del caso Tokio Tókeles, explica que se debe probar objetivamente la existencia y materialidad de dicho control extranjero para que las partes determinen la jurisdicción del CIADI mediante acuerdo. Continúa diciendo que, sería incoherente con el texto, si el tribunal estuviese obligado a correr el velo societario en el caso de la sociedad local, pero no hacer lo mismo con la sociedad controlante. Entiende que debe realizar una identificación objetiva del control extranjero hasta llegar a su fuente real de control.

Sobre este punto, el tribunal hace un repaso de la jurisprudencia relevante en la materia. Mencionando casos aquí vistos, y otros tantos que se refieren al tema, muestra que la jurisprudencia ha sido inconstante al decidir sobre el corrimiento del velo societario de la controlante. No obstante, se diferencia de todos estos casos, ya que entiende que no se trata en ellos la misma cuestión. Cuando en el desarrollo jurisprudencial se ha argumentado sobre la nacionalidad del control extranjero, en el presente caso se estaba decidiendo sobre la existencia objetiva de un control extranjero.

Por lo tanto, el corrimiento del velo se justifica hasta llegar a la verdadera fuente de control, para así encontrar la participación de un extranjero, y evitar que esté en manos de nacionales del país receptor. Concluye, de esta forma, que las disposiciones del tratado no pueden establecer la jurisdicción del CIADI, a menos que se cumplan las condiciones del artículo 25 (2)(b). La referencia al control extranjero en éste determina necesariamente los límites objetivos del Convenio, por lo que las

partes no podrían invocar la jurisdicción del centro, independientemente de la “ferviente intención que puedan tener de hacerlo”.

Finalmente, los conflictos aquí analizados presentan una interrogante: ¿puede una sociedad acomodar su estructura societaria con el objetivo de adquirir la protección de un tratado bilateral entre dos países? El llamado “*treaty shopping*” motivó a empresas estadounidenses, ante el riesgo de una expropiación, a reestructurar sus sociedades a países que sí tuvieran tratados bilaterales con Venezuela. En este panorama, surge el caso *Tidewaters v. Venezuela*¹⁴⁴, en donde se plantea la cuestión.

Al plantear su argumento, la demandante reconoce que su reclamo basado en el tratado Venezuela- Barbados se limita a las controversias que surgen a partir del momento de su reestructuración, quedando excluida toda relación previa. Según explican, su intención era simplemente la de obtener protección a futuro. Ante esto, el tribunal afirma que la distinción propuesta en el caso *Mobil* establece el límite exacto, al estudiar una reestructuración con el propósito de obtener acceso al arbitraje CIADI:

“El Tribunal considera que se trató de un objetivo totalmente legítimo en la medida en que se refería a diferencias futuras. Con respecto a las diferencias preexistentes, la situación es distinta, y el Tribunal considera que reestructurar inversiones a los solos efectos de obtener jurisdicción en el marco de un TBI para esas diferencias constituiría, para utilizar los términos del tribunal que entendió en el caso *Phoenix*, “una manipulación abusiva del sistema de protección de las inversiones internacionales en el marco del Convenio del CIADI y de los TBI”¹⁴⁵.

El caso *Phoenix*¹⁴⁶ mencionado agrega, que el tribunal debe prevenir que solamente inversiones hechas en cumplimiento con el principio internacional de la buena fe, y que no atenten a un uso incorrecto del sistema, sean protegidas. Paralelamente, la doctrina define que un abuso del proceso es fundado en la noción de que una Parte puede tener un derecho válido, incluido un derecho procesal, pero al ejercerlo de manera anormal, excesiva o abusiva, con el solo propósito de causar daño a la otra

¹⁴⁴ “*Tidewater v. Venezuela*” (*Decision on Jurisdiction*) (February 8, 2013).

¹⁴⁵ “*Tidewater v. Venezuela*” (*Decision on Jurisdiction*) (February 8, 2013), párr. 146.

¹⁴⁶ “*Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*” (*Award*) (April 15, 2009).

parte, o con el propósito de evadir una regla de derecho, ha perdido su derecho a fundarse en él¹⁴⁷.

En razón de esto, el tribunal de Tidewater concluye que debe evaluar las circunstancias del caso para determinar si existió un abuso de derecho. Establece que, el límite para la invocación de una controversia en el marco de una reestructuración es, por un lado, una disputa existente, y por el otro, una disputa “razonablemente” previsible. En su análisis de los hechos, utiliza el estándar de “inminencia” para la determinación de la previsibilidad de una disputa. Otros tribunales han utilizado estándares similares, remarcando la necesidad de que la disputa en cuestión sea específica, o entendiendo que el límite debe ser que los hechos se hubieran deteriorado lo suficiente para considerarse “altamente probables”¹⁴⁸.

3. Cláusula de denegación de beneficios

En este panorama, algunos Estados receptores de inversiones han reaccionado para restringir que este tipo de estructuras societarias pueda acceder a la jurisdicción internacional. Ante la visión textualista de los tribunales, modificaron el texto del tratado para que el significado de “inversor” se corresponda con sus pretensiones económicas. Para ello, introdujeron una cláusula de “denegación de beneficios”, con el objetivo de excluir a aquellas sociedades que, quedando comprendidas en el concepto de “nacional de un país”, no cumplan con ciertos requisitos adicionales.

En su intento de restricción, algunos tratados han incluido requisitos tales como que las sociedades tengan “relaciones económicas normales” con el país, o llevar a cabo “actividades comerciales importantes” en su territorio. Requisitos de realidad económica para que actúen como una reserva de jurisdicción ante los inversores. Sin embargo, esta restricción sobre la nacionalidad societaria introdujo nuevos conflictos e interrogantes de distinta naturaleza.

El caso *Pac Rim v. El Salvador*¹⁴⁹ ilustra esta problemática, en donde El Salvador pretendió denegarle los beneficios del tratado a un inversor por no cumplir con los

¹⁴⁷ Gaillard, E. (2017). *Abuse of process in International Arbitration*, p. 16. Oxford University Press on behalf of ICSID.

¹⁴⁸ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, y Lao Holdings NV. v. The Lao People’s Democratic Republic*, respectivamente.

¹⁴⁹ “*Pac Rim Cayman LLC. v. El Salvador*” (*Decision on Jurisdiction*) (June 1, 2012).

requisitos. En el caso, se discutió, por un lado, sobre el significado de “actividad comercial sustancial”, y a la vez, sobre la oportunidad procesal oportuna para la solicitud de la denegación.

En cuanto al conflicto sobre el significado, este nuevamente surge a partir de la introducción de cláusulas abiertas en el texto de los tratados. Al tratarse de un concepto económico, su recepción jurídica como límite calificante debe ser precisado. La sociedad en cuestión era una sociedad holding, diseñada para la administración de activos, que no presentaba un directorio establecido, y que solo tenía dos administradores. Pac Rim actuaba de forma “pasiva”, tanto en las Islas Caimán, como en Estados Unidos (a donde mudó su estructura), por lo que en ningún caso podría cumplir con el requisito de actividad comercial sustancial.

A partir de esto, el tribunal nota que, en primer lugar, la sociedad no era controlante de ninguna subsidiaria que realice negocios en los Estados Unidos, sino que toda su cartera se presentaba en El Salvador. En consecuencia, juzgando exclusivamente a la sociedad holding, y teniendo en cuenta su propósito comercial, el tribunal da una lista de los elementos necesarios para considerar el requisito cumplido: tener una junta de directores, realizar reuniones de directorio, tener una presencia física continua, y una cuenta de banco.

Paralelamente, en *Guaracachi v. Bolivia*¹⁵⁰, un caso similar, el tribunal utilizó un criterio más específico. La sociedad argumentó que el criterio que debía utilizarse era el de materialidad, y no el de magnitud de las actividades. Por lo tanto, entendía que cumplía con los requisitos, surgidos de distintos casos arbitrales, tales como la presencia de oficinas, tener reuniones de accionistas y directores, entre otros. Sin embargo, teniendo en cuenta que la sociedad era controlada por nacionales de un tercer país, el tribunal consideró que no se había presentado suficiente evidencia para probar la presencia de actividad suficiente. En efecto, consideró que, el simple hecho de ser accionista de una sociedad local, no implica la existencia de actividad comercial sustancial.

Por otro lado, el tribunal en Pac Rim debió decidir sobre una segunda cuestión. En una disputa sobre el límite temporal para la presentación del reclamo de denegación,

¹⁵⁰ “Guaracachi v. Bolivia” (*Award*) (January 31, 2014).

el tribunal aseguró que El Salvador lo había respetado. Esto, en cuanto el tratado en cuestión no establecía un límite expreso, y el Convenio CIADI se limitaba a requerir que, un reclamo de este tipo, debe ser presentado “tan pronto como sea posible”, y previo al límite fijado para la presentación del contra memorial.

De forma similar, el tribunal en Guara Cachi entendió que, en base al reglamento CNUDMI, una objeción de carácter jurisdiccional tiene, como límite para su presentación, la contestación de demanda. Argumenta que nada impide que el acto que forma la base de la excepción, y la excepción misma, surjan en el mismo momento.

Finalmente, ambos casos se ocupan de otra cuestión importante: si la denegación de beneficios actúa con efecto retroactivo, o, por el contrario, es oponible únicamente frente a disputas futuras. Sin embargo, y como argumenta el tribunal en Guara Cachi, el fin mismo de la cláusula es el de darle al Demandado la posibilidad de retirar los beneficios a inversionistas que los estén invocando. Por lo tanto, considera adecuado que se “active” cuando los beneficios estén siendo reclamados, y con efecto retroactivo. En su justificación, argumenta que, si bien es posible que se coloque al inversionista en una posición frágil, el tratado no es secreto, y la denegación era una posibilidad que el inversionista, al utilizar el vehículo de inversión societario, debió haber considerado.

IV. Conclusiones

De todas las cuestiones aquí analizadas, es posible extraer diferentes conclusiones, que evidencian la complejidad que rodea a la noción “nacionalidad de las sociedades”.

Por un lado, en cuanto al concepto en sí mismo, queda claro que ni en la doctrina nacional, ni en la extranjera, se pueden encontrar extendidas coincidencias al respecto. Por el contrario, se evidencia una disimilitud total en cuanto al significado y alcance del término, e incluso sobre su existencia misma. Las múltiples visiones doctrinarias que se destacan hacen que, referirse sobre la nacionalidad de las sociedades sea, en este contexto, una tarea de ponderación entre los distintos argumentos, esgrimidos en favor de las diversas alternativas.

Sin embargo, existe un entendimiento general que las sociedades, como persona jurídica creada a partir de un ordenamiento que le concede personalidad, tiene una

fragmentación tal que resulta problemática. Es característica de las sociedades, la presencia de una pluralidad de elementos que se vinculan simultánea y sucesivamente con distintos países. Esto, sumando a que existen cuantiosos puntos de contacto que se utilizan para el establecimiento de estos vínculos, hace que hablar de una nacionalidad de las sociedades sea, en la práctica, referirse a un concepto etéreo.

Por otro lado, en cuanto a la recepción del término en el ordenamiento jurídico nacional, la respuesta es clara: un total y constante rechazo. En el sistema jurídico argentino las personas jurídicas no tienen una nacionalidad que las vincule con un país. De esta manera, se descarta totalmente que, las tantas referencias a las sociedades “locales”, “extranjeras” o “nacionales” que pueden encontrarse en las distintas fuentes, impliquen una recepción explícita o implícita de su nacionalidad. Más bien, la gran multiplicidad de criterios que se encuentran, con aplicaciones y alcances tan específicos y limitados, parece sugerir lo contrario. Parecería, que toda vinculación que establece el ordenamiento entre una sociedad y un país es, más que un vínculo de nacionalidad, una herramienta jurídica para establecer distinciones específicas, en un contexto delimitado.

A su vez, la Ley General de Sociedades se encarga de regular a la actuación y funcionamiento de las sociedades a partir de un criterio de constitución, y se limita a establecer los requisitos formales que deberán cumplir aquellas sociedades constituidas en el exterior. Su actuación, permitida en todos los casos, es el punto de quiebre sobre el cual se elevan los requisitos, con el objetivo de facilitar el tráfico comercial y compatibilizar las distintas leyes aplicables. Tampoco se distingue aquí, un criterio de clasificación de las sociedades en torno a una nacionalidad, ni se lo vincula a un país determinado de forma compatible con este concepto.

Finalmente, la situación en el Derecho Internacional de las Inversiones es notablemente distinta. Aun cuando no se pueda identificar un significado unívoco, la terminología de nacionalidad de las sociedades es utilizada explícitamente. En el estudio de la escritura del Convenio CIADI, y de la visión textualista que han tomado los tribunales arbitrales, se demuestra que, para encontrar un significado específico, es necesario remitirse a las palabras particulares del tratado bilateral en cuestión.

A la vez, en cuanto a las consecuencias de esta visión textualista de los tribunales, resulta claro que la práctica empresarial de modificar la estructura societaria, con el fin de adquirir la protección del tratado, es completamente válida, y de conformidad con el Convenio. De este modo, los países que han utilizado criterios de incorporación para la determinación de nacionalidad, podrían quedar expuestos a este tipo de prácticas. Esto, a partir de que tanto las sociedades intermedias, como las sociedades *holding* ulteriores, podrían quedar amparados.

Sin embargo, y teniendo en cuenta los objetivos que subyacen a este tipo de acuerdos, los países receptores de inversiones deberán evaluar si aceptan el ingreso de inversiones, que cumplan con los requisitos del tratado, independientemente de si cumplan con otros criterios, como la nacionalidad de sus accionistas. En caso de no hacerlo, y en base a la propia visión textualista de los tribunales, podrán reaccionar con la introducción de cláusulas de denegación de beneficios, con el objetivo de limitar territorialmente a los inversores amparados.



V. Bibliografía.

Anaya, J. L., Gutiérrez Saldívar, Molina Sandoval, Nissen, R., Ramayo, Richard, Roca, E. A., Truffat, Van Thienen, P. A., y Vítolo. *Sociedades extranjeras*. Buenos Aires: El Derecho, 2004.

Benavides Velasco, Patricia. *El Domicilio de las Sociedades Mercantiles de Capital*. Madrid: Marcial Pons, 2004

Boggiano, Antonio: *Sociedades y Grupos Multinacionales*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo: *Derecho Societario: Sociedades Extranjeras y Multinacionales*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2006.

Calderón Vico Della Savia, L. M. *La "nacionalidad de las sociedades"*. Mar del Plata: VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, 1995.

<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1059/CDS06020477.pdf?sequence> (consultado el 18 de junio de 2022)

Di Paola, D.F. *Ley de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales*. Marval, O'Farrel, & Mairal, 2003. <https://www.marval.com/publicacion/ley-de-preservacion-de-bienes-y-patrimonios-culturales-4971#:~:text=El%20d%C3%ADa%207%20de%20julio,15%20de%20julio%20de%202003> (consultado el 18 de junio de 2022)

Erreius. *¿Qué modificaciones trae el nuevo régimen para las sociedades constituidas en el extranjero?* <https://www.erreius.com/actualidad/10/comercial-empresarial-y-del-consumidor/Nota/1206/que-modificaciones-trae-el-nuevo-regimen-para-las-sociedades-constituidas-en-el-extranjero> (consultado el 18 de junio de 2022)

Franzetti, C. A. *La nacionalidad de las sociedades*. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/la-nacionalidad-de-las-sociedades.pdf> (consultado el 18 de junio de 2022)

Gaillard, E. *Abuse of process in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press on behalf of ICSID, 2017.

Iud, C. D.: *La Sociedad Constituida en el Extranjera y sus actos aislados no tan aislados: a propósito de la actuación de la Inspección General de Justicia*. <http://www.albornoz-iud.com.ar/publicaciones/010.shtml> (consultado el 18 de junio de 2022)

Lorences, M. *Las doctrinas Calvo y Drago: un verdadero aporte a la política y el derecho internacional*. Buenos Aires: El Derecho, 2015.

Miño, N. *¿Pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar servicios de transporte aéreo interno en la Argentina?* Buenos Aires: Universidad de San Andrés, 2021. [\[P\] \[W\] M. Der. Miño, Nazarena.pdf](#) (recuperado el 18 de junio de 2022)

Mereminskaya, E.: *Nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional*. Revista de Derecho Valdivia, 2005. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100006 (consultado el 18 de junio de 2022)

Pereznieto Castro, L.: *La nacionalidad de las sociedades*. México: Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones de la UNAM, 1973. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/51/cnt/cnt5.pdf> (consultado el 18 de junio de 2022)

Pucci, I. *La regulación de las sociedades constituidas en el extranjero por la IGJ. Recapitulando*. <https://abogados.com.ar/la-regulacion-de-las-sociedades-constituidas-en-el-extranjero-por-la-igj-recapitulando/28825> (consultado el 18 de junio de 2022)

Roca, Eduardo A.: *Sociedad Extranjera No Inscripta*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A.E, 1997.

UNCTAD Series on International Investment Agreement II. http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf (consultado el 18 de junio de 2022)