



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés/ Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

***¿Pueden las sociedades locales de capital mayoritario
extranjero explotar servicios de transporte aéreo interno en la
Argentina?***

Autor: Nazarena Miño

DNI 34.837.787

Director de la Tesis: Tomas Arecha

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de marzo de 2021

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Aeronáutico fue promulgado en 1967. Las normas incluidas en este cuerpo normativo reflejan lo que venía sucediendo a nivel mundial en materia aeronáutica. En aquella época, la tendencia de los países más desarrollados era que las líneas aéreas de bandera fueran controladas y administradas por nacionales.

Nuestro país no fue la excepción a la regla. Así, el Código Aeronáutico, luego de algunas modificaciones que fueron promulgadas en los años posteriores, previó que tanto las personas físicas como las personas jurídicas argentinas pudieran explotar servicios de transporte aéreo interno en nuestro país, no estando habilitada dicha explotación a extranjeros.

Si bien la redacción de la norma es clara respecto de las personas físicas, no lo es en relación a las personas jurídicas. ¿A qué se refiere el Código Aeronáutico cuando menciona a “personas jurídicas argentinas”? ¿Puede considerarse que las personas jurídicas tienen nacionalidad? En caso de que la respuesta fuera afirmativa, ¿cuál es el modo de atribuir la nacionalidad? ¿Pueden considerarse como “personas jurídicas argentinas” las sociedades locales con capital mayoritario extranjero?

El objeto de estudio de este trabajo es determinar si la definición “personas jurídicas argentinas” prevista en el artículo 99, inciso 4 del Código Aeronáutico comprende a sociedades constituidas en la República Argentina de capital mayoritario extranjero, para lo cual es necesario analizar y determinar en forma previa si las personas jurídicas tienen o no nacionalidad. La investigación se limitará a su aplicación en el ámbito geográfico de la República Argentina, y en la actualidad.

A fin de poder brindar una respuesta al objeto de estudio, se hará un análisis del marco legal internacional (tratados y convenciones de derecho internacional público que regulan la materia en cuestión, a saber: Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944, Acuerdos de Bermuda I y II, Declaración Multilateral de Políticas sobre Aplicación de Acuerdos Bilaterales de Servicios Aéreos (Montebello, 2009), Convenio de

Transporte Aéreo (2007) y recomendación de la OACI en la Conferencia Mundial del Transporte Aéreo (Montreal, 2003)) y del marco legal en Argentina (Código Aeronáutico y sus decretos modificatorios (Decreto N° 52/1994, Decreto N° 204/2000, Decreto N° 1012/2006), Código Civil y Comercial de la Nación, Ley General de Sociedades N° 19.550 y sus leyes modificatorias, Ley N° 25.750 de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales y Ley N° 21.382 de Inversiones Extranjeras) a los efectos de entender como fue evolucionando la noción de propiedad y control de las aerolíneas a nivel mundial para así arribar a la normativa que actualmente rige en nuestro país.

Seguidamente, se desarrollarán las distintas teorías doctrinarias sobre la nacionalidad de las personas jurídicas a fin de comprender si es posible asignarles este atributo a las sociedades. Asimismo, se analizará la jurisprudencia internacional y local que ha tratado el tema de la nacionalidad de las personas jurídicas en general y de las sociedades en particular.

Por último, en este trabajo se analizará la conveniencia de que se dicte una norma modificatoria del artículo mencionado precedentemente a fin de contribuir con un nuevo abordaje a esta cuestión para destrabar la incertidumbre jurídica respecto a cuáles son las empresas habilitadas por el Código Aeronáutico para prestar servicios de transporte aéreo interno en Argentina.

Este trabajo podría tener un impacto positivo en la práctica, toda vez que la redacción actual del artículo no permite determinar cuáles son las empresas legalmente habilitadas a explotar una aerolínea en nuestro país, lo que representa un problema, ya que cualquier empresa que desee instalarse en la República Argentina para prestar este servicio no puede saber de antemano si se encuentra legalmente habilitada para ello. A su vez, ello también representa un problema para los abogados que, al asesorar sobre esta cuestión, dependemos de la interpretación que sobre dicho artículo haga el funcionario de turno. Esto implica que el otorgamiento de la autorización para funcionar como aerolínea a una empresa de capital mayoritario extranjero dependerá de factores externos (política aplicable, gobierno de turno), no siendo suficiente el texto legal. En este punto, cabe tener en consideración los fundamentos del Decreto N° 1012/2006,

que será analizado en este trabajo, que dispone que *“mientras no se dicte otra norma que sustituya lo dispuesto por el Artículo 99 del Código Aeronáutico, **que permita eliminar la inseguridad jurídica originada por los conflictos interpretativos, evitando así toda forma de discriminación que impida la promoción de políticas de inversión de riesgo en el país**, resulta necesario restablecer la vigencia de lo dispuesto por el Artículo 1° del Decreto N° 52 de fecha 18 de enero de 1994”*. Esta incertidumbre jurídica merece ser subsanada, para lo cual este trabajo de tesis podría tener un impacto favorable en la interpretación de la norma objeto de análisis.



ÍNDICE TEMÁTICO

Tabla de contenido

I. Descripción de la Problemática	6
II. Marco Legal Internacional	9
A. Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944	10
B. Acuerdos de Bermudas I y II	11
C. Otros Convenios y Declaraciones Internacionales.....	13
III. Contexto Político y Marco Legal en la Argentina	15
A. Código Aeronáutico	16
B. Decreto N° 52/1994	18
C. Decreto N° 204/2000	20
D. Decreto N° 1012/2006	21
IV. Nacionalidad de las Personas Jurídicas	23
A. Teorías que niegan la Nacionalidad de las Personas Jurídicas	24
B. Teorías que atribuyen Nacionalidad a las Personas Jurídicas.....	26
C. Criterios de Atribución de la Nacionalidad	28
1. Nacionalidad de los Socios. Teoría del Control Social	28
2. Lugar de Incorporación	30
3. Sede Real.....	31
D. Jurisprudencia.....	33
E. Legislación Aplicable.....	36
1. Código Civil y Comercial.....	36
2. Ley General de Sociedades	37
3. Código Aeronáutico	39
4. Ley N° 25.750	40
5. Ley N° 21.382 de Inversiones Extranjeras.....	42
v. Explotación del Servicio de Transporte Aéreo Interno de Pasajeros por parte de sociedades locales de capital mayoritario extranjero.	45
VI. Necesidad del dictado de una norma modificatoria del Artículo 99, inciso 4 del Código Aeronáutico.....	49
VII. Conclusiones.....	51
VIII. Bibliografía.....	55

I. Descripción de la Problemática

El Código Aeronáutico fue sancionado en 1967, inspirado en la idea de control que los distintos países habían gestado sobre sus respectivos espacios aéreos y líneas de bandera, y que regía en el mundo desde finalizada la Segunda Guerra Mundial. El artículo 99 de dicho cuerpo normativo, que es el objeto de análisis de este trabajo, siguió la tendencia de muchos países de que sus aerolíneas de bandera fueran administradas y controladas por nacionales. Con tal objetivo, se fueron promulgando diversas normas en materia aeronáutica, que exigían que la mayoría del capital accionario de las aerolíneas estuviera en manos de nacionales. Así, para citar ejemplos, Estados Unidos limitó la participación de extranjeros al 25%, Brasil al 20% y algunos países europeos a porcentajes nunca mayores al 49%¹.

Respecto a la explotación de servicios de transporte aéreo interno por parte de personas jurídicas, la redacción original de artículo 99 del Código Aeronáutico establecía lo siguiente:

“Las sociedades se constituirán en cualquiera de las formas que autoricen las leyes, condicionadas en particular a las siguientes exigencias:

- 1) El domicilio de la empresa debe estar en la República.*
- 2) El control y la dirección de la empresa deben estar en manos de personas con domicilio real en la República.*
- 3) Si se trata de una sociedad de personas, la mitad más uno por lo menos de los socios deben ser argentinos con domicilio en la República y poseer la mayoría del capital social;*
- 4) Si se trata de una sociedad de capitales, 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. La transferencia de estas acciones sólo podrán efectuarse con autorización del directorio, el cual comunicará a la*

¹ Maciel, Rogelio N. 2011. “Nacionalidad o simple domicilio para los accionistas de líneas aéreas locales”. Thomson Reuters. Publicado en: Sup. Act. 17/02/2011, 17/02/2011, 1. Cita Online: AR/DOC/381/2011.

autoridad aeronáutica, dentro de los ocho días de producida la transferencia, los detalles de la autorización acordada.

5) El presidente del directorio o consejo de administración, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores deberán ser argentinos.”

Como puede apreciarse de la normativa citada, las exigencias que se prevén para la explotación del transporte aéreo interno por parte de sociedades están definidas por la característica de la nacionalidad. Dicha característica no se aplica únicamente a la empresa en sí, sino a las personas físicas y jurídicas que ejerzan la administración y control de la sociedad. De esta manera, la administración de las empresas que quieran prestar el servicio de transporte aéreo interno de pasajeros en nuestro país deberá ser ejercida por personas que tengan domicilio real en Argentina, y tanto el presidente del Directorio, los gerentes y al menos dos tercios de los directores deberán ser argentinos.

En lo que respecta al control de dichas empresas, la norma citada establece una distinción en función de si la aerolínea es una sociedad de personas o una sociedad de capitales. En el primer caso, la mayoría del capital accionario deberá pertenecer a argentinos con domicilio en la República. En el segundo caso, se exige que la mayoría de las acciones, a la cual corresponda la mayoría de votos computables, sean nominales y pertenezcan en propiedad a argentinos con domicilio real en la República.

Cabe aclarar que, tal como se verá más adelante, el artículo 99, inciso 4° fue modificado por sucesivos decretos, y que la última modificación del año 1994 -que rige actualmente- aclaró la redacción de la norma, disponiendo que la mención “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 Argentina”, comprende a las personas físicas y jurídicas argentinas, con domicilio real en la República (Artículo 1° del Decreto N° 52/1994).

Si bien esta aclaración tiene sentido respecto de las personas físicas, no lo tiene en relación a las personas jurídicas, ya que, inevitablemente, nos lleva a preguntarnos: ¿quiénes pueden ser consideradas personas jurídicas argentinas? ¿es correcto atribuir

nacionalidad a las personas jurídicas? En caso de que la respuesta fuera afirmativa, ¿cuál es el modo de atribuirla?

La nacionalidad de las sociedades ha sido objeto de distintas teorías doctrinarias desde antaño, tanto en el ámbito nacional como internacional. Lo cierto es que nuestra Ley General de Sociedades N° 19.550 no define ni regula la nacionalidad de las sociedades, como tampoco lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación, lo que ha generado que sean los estudiosos del derecho – y determinada jurisprudencia - quienes analizaran la existencia o no de la nacionalidad de las personas jurídicas.

En nuestro país se reconocen dos teorías: (i) la teoría que niega la nacionalidad de las sociedades y (ii) la teoría que admite la nacionalidad de las sociedades. El primer caso está basado en las afirmaciones del Dr. Bernardo de Irigoyen que serán analizadas más adelante, pero que básicamente *“compara la nacionalidad de los socios con la de la sociedad, reconoce que la primera muda con el cambio de socios y por ello niega la segunda”*.² Según esta teoría las personas jurídicas sólo existen con un fin determinado y deben su existencia al país que le otorga la autorización para funcionar. A su vez, sostiene que las sociedades están compuestas por socios, cuya calidad de tales es transferible con sus acciones y, por lo tanto, no se puede ligar la nacionalidad de la sociedad a la nacionalidad de sus socios.

Por otra parte, están quienes afirman que las sociedades tienen nacionalidad³, y dentro de este sector de la doctrina, encontramos a su vez distintas teorías: (i) quienes creen que las personas jurídicas se rigen en cuanto a su capacidad internacional por la ley del país a que deben su existencia, siendo nacional o extranjera según actúe fuera o dentro de ese país. Como partidario de esta postura podemos citar a Amancio Alcorta;

² Estoup, Luis Alejandro. 2003. “El fin de la Teoría de Bernardo de Irigoyen. Aparecen las sociedades argentinas”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2:200. <https://www.redalyc.org/pdf/824/82400205.pdf>.

³ Entre los autores que sostiene que las sociedades tienen nacionalidad, podemos citar a: (i) Estoup, Luis Alejandro, Ob. Cit., p. 201-203, (ii) Isidoro Ruiz Moreno (h), (iii) Amancio Alcorta, (iv) Carlos A. Lazcano y (v) Carlos Alberto Franzetti (Franzetti, Carlos Alberto. “La Nacionalidad de las Sociedades”. Consultado el 22 de enero de 2021. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/la-nacionalidad-de-las-sociedades.pdf>).

(ii) quienes sostienen que la nacionalidad de las sociedades es la nacionalidad de la mayoría de los socios, entre otras teorías.

Un análisis pormenorizado de las diversas posiciones será realizado en el punto IV, B del presente trabajo.

También hay discusión doctrinaria en cuanto a los modos de atribuir la nacionalidad, lo que será analizado más adelante.

Pero, lo que no tiene lugar a discusión, es que no existe acuerdo en doctrina y jurisprudencia respecto a si la nacionalidad es un atributo de la personalidad de las sociedades o no. Por ese motivo, es necesario realizar un análisis integral para, en primer lugar, definir si las sociedades tienen nacionalidad, y luego sí, analizar si las sociedades locales (argentinas) de capital mayoritario extranjero pueden ejercer el servicio de transporte aéreo interno en la Argentina, conforme lo regula el artículo 99, inciso 4° del Código Aeronáutico.

La interpretación que se realice será fundamental para determinar qué empresas pueden prestar el servicio aéreo interno de pasajeros en nuestro país, y evaluar así la necesidad de una reforma del artículo cuestionado en este trabajo, de modo tal de contribuir con un nuevo abordaje a esta cuestión a fin de destrabar la incertidumbre jurídica respecto a cuáles son las empresas habilitadas por el Código Aeronáutico para prestar servicios de transporte aéreo interno en Argentina.

II. Marco Legal Internacional

Finalizada la Segunda Guerra Mundial y como consecuencia de los destrozos causados en combate aéreo, surgió la *“preocupación de los Estados por preservar el control soberano de su propio espacio aéreo, mayormente por razones de seguridad nacional”*⁴.

⁴ Luongo, Norberto E. 2008. “El caso Aerolíneas Argentinas y una mirada sobre la “propiedad sustancial” y el “control efectivo” en las empresas aéreas”. *El Dial*, 2.

En esta contienda el combate aéreo alcanzó su máxima intensidad. Por tal motivo, una vez finalizada, los Estados consideraron necesario actualizar los acuerdos internacionales sobre aviación civil, específicamente respecto a los límites a la participación extranjera en la propiedad de las aerolíneas que prestaban servicios de transporte aéreo dentro de un determinado país.

Hasta ese momento, el último tratado internacional relativo a la navegación aérea había sido la Convención de París de 1919 que, en materia de propiedad, prohibía a cualquier Estado contratante permitir la circulación, por encima de su territorio, de una aeronave que no tuviera la nacionalidad de alguno de los Estados contratantes, salvo que contara con un permiso especial y temporal. La guerra había demostrado que quedaban muchos asuntos en materia aeronáutica pendientes de ser regulados.

A. Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 1944

En 1944 Estados Unidos promovió una conferencia para actualizar las normas internacionales sobre aviación civil, la que se llevó a cabo en Chicago a fines de ese mismo año y logró la firma del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (o también llamada la Convención de Chicago).

Si bien la Convención no trató específicamente la cuestión sobre el control accionario de las líneas aéreas, sí fijó algunos lineamientos relacionados con este tema.

En primer lugar, se reguló la libertad de tránsito, pudiendo las aeronaves de los Estados contratantes que no fueran utilizadas en servicios internacionales regulares, penetrar sobre el territorio de otro Estado contratante o sobrevolarlo sin escalas, sin necesidad de obtener permiso previo (artículo 5°).

<https://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=3899&base=50&resaltar=aerol%EDneas, caso, casos, aerolinea, aerol%EDnea, aerolineas, a erol%EDneas>

Por el contrario, se estableció que la explotación de servicios aéreos internacionales regulares en el territorio o sobre el territorio de un Estado contratante, requería el otorgamiento de un permiso especial o autorización por parte de dicho Estado (artículo 6°).

Asimismo, esta Convención reguló la nacionalidad de las aeronaves, disponiendo que éstas tendrían la nacionalidad del Estado en el que estuvieran matriculadas (artículo 17°).

Cabe aclarar que nuestro país se adhirió a este Convenio el 24 de mayo de 1946, mediante la suscripción del Decreto N° 15110/46.

B. Acuerdos de Bermudas I y II

Ante la incapacidad de los Estados de arribar a acuerdos internacionales que regularan el transporte aéreo internacional, comenzaron a ganar valor los acuerdos bilaterales, mediante los cuales los Estados regulaban sus relaciones en materia aeronáutica, estableciendo los requisitos que debían cumplir para volar en el territorio del otro Estado.

En 1946 el Reino Unido y Estados Unidos firmaron en Bermudas uno de los acuerdos bilaterales sobre el transporte aéreo más trascendente, dado que fue adoptado como un precedente y modelo a seguir para la firma de otros acuerdos bilaterales.

En este acuerdo se trató específicamente el control de las aerolíneas de los Estados parte en manos de nacionales, *“en particular, el Artículo 6 se encargó del tema de las restricciones a la propiedad extranjera, estableciendo que las aerolíneas no controladas por nacionales del Reino Unido o de Estados Unidos no podrían acceder al goce de los derechos de tráfico allí negociados”*.⁵

⁵ Luongo, Ob. Cit., p. 3.

Como consecuencia de ciertas discrepancias que existieron entre los Estados parte, Reino Unido denunció el Acuerdo en 1976, lo que generó la firma de uno nuevo que lo reemplazara, que se denominó Acuerdo de Bermudas II, y que entró en vigor en 1978.

Bermudas II fue un acuerdo más restrictivo. En este sentido, el artículo 5, inciso (1) (a) estableció que cada Estado contratante tendría el derecho de revocar, suspender, limitar o imponer condiciones a las autorizaciones para operar o permisos técnicos de una aerolínea designada por el otro Estado contratante si la propiedad sustancial⁶ y el control efectivo⁷ de esa aerolínea no fuera del Estado contratante que la designó o de sus nacionales.

Es decir, que comienza a marcarse una tendencia más bien limitativa respecto a la propiedad de las aerolíneas, exigiéndose que tanto el control como la administración de las mismas estuvieran en manos de nacionales de los Estados parte.

Como ha dicho Folchi respecto al principio de propiedad sustancial y control efectivo: *“es interesante recordar cuáles han sido los argumentos en base a los cuales se ha sostenido, en general, la vigencia de este principio: a) evita la eventual presencia de “banderas de conveniencia”, como ocurre en el tráfico marítimo; b) puede generar obstáculos a la sana competencia en ciertos mercados aéreos; c) impide que una empresa pueda afectar el libre desarrollo de una negociación bilateral por encontrarse a ambos lados de la misma; d) favorece aquellas políticas que otorgan al sector aéreo un lugar significativo en el plano de la defensa nacional”*.⁸

⁶ En este caso, la propiedad sustancial se refiere a que la mayoría del capital social de una sociedad que presta servicios de transporte aéreo pertenezca, en su mayoría, al Estado contratante o a nacionales de ese Estado contratante, ya sea en forma directa o indirecta.

⁷ En este caso, el control efectivo refiere a quien ejerce el control de la sociedad, directa o indirectamente. Por tal motivo, no siempre coincide con los accionistas de la sociedad. El “control efectivo” en materia aeronáutica apunta a que quienes ejerzan el control efectivo, ya sea en forma directa o indirecta, de una sociedad que presta servicios de transporte aéreo en un determinado territorio sean, en su mayoría, nacionales del Estado al que corresponde dicho territorio.

⁸ Folchi, Mario O. 2013. “Servicios de Transporte Aéreo”. En *Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil*. Cita: IJ-LXIX-116. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66116&print=2>

C. Otros Convenios y Declaraciones Internacionales

Con la globalización, el avance de la tecnología y la posibilidad de operar las aeronaves en otros territorios, trasladando pasajeros y carga de un país a otro, la balanza comenzó a inclinarse para el lado de la eliminación de las restricciones en materia de nacionalidad que regían en el mundo y que impedían a las aerolíneas organizarse como cualquier otro negocio, sin limitación alguna.

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta principios del siglo XXI, las relaciones en materia de transporte aéreo entre los países de la Unión Europea y los Estados Unidos se regían por acuerdos bilaterales. No obstante, esta fragmentación representaba un obstáculo, ya que impedía la realización del mercado único.

Como consecuencia de extensas negociaciones, en 2007 se firmó el Acuerdo de Aviación entre Estados Unidos y la Unión Europea. En materia de propiedad y control, se estableció en el artículo 4° que cuando una parte reciba de una línea aérea de la otra parte una solicitud de autorización de operación o permiso técnico, se otorgará dicha autorización y permiso siempre que la propiedad substancial y el control efectivo de la línea aérea recaigan en el Estado de la otra parte, sus nacionales o ambos, entre otros requisitos. Si este requisito no se cumple o desaparece, la parte otorgante estará en condiciones de revocar esa autorización.

Asimismo, el Acuerdo reguló en su Anexo 4 lo relativo a la propiedad, inversión y control de las aerolíneas. Así, el artículo 1° prevé la posibilidad de que nacionales de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea tengan la propiedad de una línea aérea estadounidense, con las dos limitaciones siguientes: (i) está prohibida la posesión de más de un 25% de los derechos de voto de la compañía aérea estadounidense por extranjeros; (ii) está prohibido el control efectivo de una línea aérea estadounidense por parte de extranjeros. Asimismo, agrega que: a) la posesión por nacionales de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea de: (i) hasta un 25% de los derechos de voto, y/o (ii) hasta un 49,9% del capital social, de una línea aérea estadounidense, no se considerará por sí mismo como constitutivo de control de la línea aérea de que se trate,

y b) la posesión por nacionales de uno o varios Estados miembros de la Unión Europea de un 50% o más del capital social de una línea aérea estadounidense no se supondrá como constitutivo de control de la línea aérea de que se trate.

Dicho artículo también permitió que nacionales estadounidenses tengan en propiedad una línea aérea de la Unión Europea siempre que la línea aérea sea propiedad mayoritaria de Estados miembros y/o de nacionales de Estados miembros, y que la línea aérea esté efectivamente controlada por dichos Estados y/o sus nacionales.

En marzo de 2010, siguiendo la línea de flexibilización de las restricciones vigentes, se firmó la segunda fase de este Acuerdo, que dejó sin efecto las previsiones del Anexo 4 y las reemplazó por lo establecido en el nuevo Anexo 6. Este Anexo elimina todo tipo de restricciones por causas de nacionalidad, estableciendo que ninguna de las partes podrá denegar, revocar, suspender o limitar autorizaciones o permisos concedidos a líneas aéreas de otro país aduciendo que una parte fundamental de la propiedad de la línea aérea está en manos del otro Estado, de sus nacionales, o de ambos.

Por otra parte, en el año 2009 se firmó en Montebello, Canadá, la Declaración Multilateral de Principios Políticos con relación a la implementación de Acuerdos Bilaterales del Servicio de Transporte Aéreo, entre siete Estados y la Comisión Europea⁹. En esta Declaración se acordó eliminar las restricciones sobre propiedad y control, a los fines de permitir que las compañías aéreas accedan a mercados de capital globales, generen puestos de trabajo y reduzcan las tarifas.

Por último, cabe destacar la Sexta Reunión de la Conferencia Mundial de Transporte Aéreo (ATCONF), llevada a cabo en Montreal, en marzo de 2013, en el marco de la Organización de Aviación Civil Internacional (“OACI”). En dicha reunión, se establecieron una serie de recomendaciones relacionadas con la propiedad y control efectivo. Así, se invitó a la OACI a *“alentar a sus Estados miembros a que adopten un*

⁹ Los Estados firmantes son: Chile, Malasia, Panamá, Singapur, Suiza, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos y la Comisión Europea. En total representan alrededor del 60% de la aviación global.

*enfoque más liberal de cara a las prescripciones en materia de propiedad y control recogidas en los acuerdos de servicios aéreos*¹⁰ y a que lleven a cabo las acciones que consideren necesarias para elaborar un marco de acuerdo multi o plurilateral en esta materia. Asimismo, se recomendó constituir un foro en el que los Estados miembros de la OACI presenten iniciativas para renunciar voluntariamente a las cláusulas de nacionalidad recogidas en sus acuerdos de servicios aéreos.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí desarrollado, en el marco internacional, se fue produciendo un cambio ideológico con respecto a la propiedad y control de las aerolíneas. El siglo comenzó con ideas restrictivas respecto a la nacionalidad de las empresas prestadoras de servicios aéreos, exigiéndose que estuvieran en su totalidad en manos de nacionales. Luego, se comenzó a admitir una participación mínima extranjera, asegurando que la propiedad sustancial y el control efectivo de las aerolíneas estuviera, en su mayoría, en manos de nacionales. Sin embargo, con el correr de los años, la privatización de las aerolíneas y la globalización, comenzó a instaurarse la idea de una liberalización de las restricciones vigentes, a los fines de permitir que las aerolíneas sean administradas y controladas por nacionales de cualquier país, sin limitación alguna en cuanto a su nacionalidad. Esta es la tendencia que rige hoy en día y que en el futuro seguramente se irá desarrollando a través de normativa, declaraciones y recomendaciones de las organizaciones internacionales de transporte aéreo.

III. Contexto Político y Marco Legal en la Argentina

En 1967, nuestro país era gobernado por Juan Carlos Onganía, presidente de facto. En materia aeronáutica, Argentina también había recibido las ideas restrictivas que reinaban en Europa y Estados Unidos desde la finalización de la Segunda Guerra Civil.

¹⁰ Nota de Estudio de la Organización de Aviación Civil Internacional sobre la Sexta Reunión de la Conferencia Mundial De Transporte Aéreo (Atconf), Montreal, 18 - 22 de marzo de 2013. Publicado en: https://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp049_es.pdf

La redacción del Código Aeronáutico fue encomendada a Federico Videla Escalada, Héctor Perucchi y Néstor Errecart. Dicho cuerpo normativo fue promulgado en 1967, a través de la Ley N° 17.285. Fue inspirado en la idea de nacionalización que regía mundialmente, generando así que muchas de las normas contenidas en él exigieran que el control y administración de las empresas aéreas estuvieran en manos de argentinos.

A. Código Aeronáutico

El Código Aeronáutico reguló lo relativo a la propiedad sustancial y control efectivo en los artículos 98 y 99.

El artículo 98 establece: *“Las personas físicas que exploten servicios de transporte aéreo interno deben ser argentinas y mantener su domicilio real en la República”*. Esta previsión no genera confusión alguna. Cuando el transporte aéreo interno fuera ejercido por personas físicas, éstas deberán ser de nacionalidad argentina y tener su domicilio real en el país.

El artículo 99¹¹, por su parte, establece los requisitos que se deben cumplir cuando quien explota el servicio de transporte aéreo interno es una persona jurídica. Estos requisitos están impregnados en las ideas de propiedad sustancial y control efectivo que hemos venido desarrollando.

A los fines de otorgar mayor claridad a los conceptos utilizados, corresponder aclarar que se considera “interno” el transporte aéreo realizado entre dos o más puntos

¹¹ *“Las sociedades se constituirán en cualquiera de las formas que autoricen las leyes, condicionadas en particular a las siguientes exigencias: 1) El domicilio de la empresa debe estar en la República; 2) El control y la dirección de la empresa deben estar en manos de personas con domicilio real en la República; 3) Si se trata de una sociedad de personas, la mitad más uno por lo menos de los socios deben ser argentinos con domicilio en la República y poseer la mayoría del capital social; 4) Si se trata de una sociedad de capitales, 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. La transferencia de estas acciones sólo podrán efectuarse con autorización del directorio, el cual comunicará a la autoridad aeronáutica, dentro de los ocho días de producida la transferencia, los detalles de la autorización acordada; 5) El presidente del directorio o consejo de administración, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores deberán ser argentinos.”*

de la República Argentina; e “internacional” el transporte aéreo realizado entre el territorio de la República Argentina y el de un estado extranjero o entre dos puntos de la República Argentina, cuando se hubiese pactado un aterrizaje intermedio en el territorio de un Estado extranjero.¹² En lo que respecta al transporte aéreo internacional, se aplica a las empresas argentinas que exploten este servicio las mismas normas fijadas por el Código para la constitución y funcionamiento de empresas dedicadas a la explotación de servicios de transporte aéreo interno. Sin embargo, el transporte internacional se rige también por las convenciones o acuerdos internacionales en que nuestro país sea parte, por lo cual queda fuera del objeto de esta tesis.

En el ámbito argentino, también fue trascendental la promulgación de la Ley N° 19.030 en el año 1971. El artículo 3° de dicha ley prevé que en el orden interno (refiriéndose al servicio de transporte aéreo interno) *“continuará asegurándose la vinculación aerocomercial entre puntos del país mediante servicios de transporte aéreo estatales, mixtos y privados, exclusivamente de bandera nacional”*. Aquí se vuelve a hacer mención de la nacionalidad, como requisito excluyente para la prestación del servicio aéreo. *“Lo ordenado por este artículo tiene como fin la vinculación aérea entre los distintos puntos del país. Reviste vital importancia para el turismo, para el equitativo desarrollo de las diversas regiones del país. Es necesario que sea efectuado por aeronaves de bandera nacional, dado que las empresas extranjeras, al no encontrar el esperado rédito económico, omitirían rutas aéreas necesarias para la concreción de los fines del texto constitucional, y crearían un monopolio comercial odioso”*¹³.

Seguidamente, el artículo 32° establece los principios básicos de la política nacional en el orden interno, estableciendo el inciso b) que Aerolíneas Argentinas deberá cubrir no menos del 50% de la totalidad de la capacidad autorizada para satisfacer la intercomunicación mediante servicios regulares, teniendo los otros

¹² Conforme artículo 94 del Código Aeronáutico.

¹³ Cabriza, Ramón María. “El Principio de Reciprocidad en la Doctrina de Cielos Abiertos”. Consultado: 10 de enero de 2021. <https://derechonatural.tripod.com/ponencias/cielosabiertos.htm>

transportadores de bandera nacional la posibilidad de llegar a cubrir en tales servicios hasta el 50 % restante, con el total de las prestaciones de todos ellos.

Los artículos citados tienen como objetivo que las empresas que exploten el servicio aéreo de transporte en el orden interno cumplan con los principios de propiedad sustancial y control efectivo en manos de argentinos. Ello se logra estableciendo que no menos del 50% de los servicios de cabotaje deban ser prestados por Aerolíneas Argentinas, que es una empresa argentina con domicilio en el país y cuyos accionistas son, en su mayoría, argentinos.

B. Decreto N° 52/1994

En 1990 Aerolíneas Argentinas fue privatizada. En aquella época, nuestro país era gobernado por Carlos Menem, y uno de sus principales objetivos era privatizar dicha empresa. Teniendo ello en miras, se hizo un llamado a licitación pública internacional, a los efectos de transferir la mayoría del capital social, en la que se presentó un único interesado, el grupo integrado por la aerolínea estatal española Iberia y por una serie de compañías argentinas que conformaron el grupo económico Aeronac S.A. En noviembre de 1990, el gobierno argentino aprobó la transferencia de la mayoría de las acciones de Aerolíneas Argentinas al grupo oferente. Luego de diversas negociaciones, se llegó a un acuerdo por el cual el gobierno argentino adquirió la tenencia accionaria del 43% de la compañía, quedando el resto en manos de la compañía aérea española Iberia.¹⁴

Como consecuencia de la privatización y las posteriores negociaciones, Aerolíneas Argentinas se encontraba en incumplimiento de lo normado por el artículo 99, inciso 4) del Código Aeronáutico, respecto a la propiedad sustancial y control efectivo en manos de argentinos. *“Con el art. 99 del Código Aeronáutico en plena vigencia, llegamos a 1990 cuando Aerolíneas Argentinas fue privatizada e Iberia, la aerolínea española, adquirió la mayoría del capital accionario de nuestra línea de*

¹⁴ Coloma, G., Gerchunoff, P. y Olmos, M. 1994. “La Privatización de Aerolíneas Argentinas”. Trabajo de investigación de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago de Chile, abril de 1994. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9513/S9400013_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

bandera. Se convivió con esta situación de inobservancia de aquel artículo por cuatro años hasta que en 1994, para corregirla, se dictó el Decreto 52/94 en el que se “interpretaba” dicha norma, aclarándose que la expresión “argentinos” requeridos como accionistas mayoritarios comprendía tanto a personas físicas como jurídicas. Es decir que una sociedad formada en Argentina y con domicilio en este país podía ser dueña de la mayoría accionaria de una aerolínea local, aunque la mayoría del capital de la primera fuera propiedad de extranjeros. En otras palabras, un extranjero podía controlar una aerolínea local con el solo requisito de constituir una sociedad argentina que fuera la accionista mayoritaria de dicha aerolínea. Los considerandos del Decreto 52/94 indicaban, por su parte, que la interpretación realizada por el mismo era “consistente con lo dispuesto por el art. 2, inc. 4 de la Ley de Inversiones Extranjeras ... y con las disposiciones de la Ley de Sociedades Comerciales”¹⁵.

En efecto, el artículo 1° del Decreto N° 52/94 dispone: *“Aclárase que la previsión del artículo 99 inciso 4 del Código Aeronáutico, que dispone que en las sociedades comerciales de capitales que realicen la explotación de servicios de transporte aéreo interno, 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 Argentina, comprende a las personas físicas y jurídicas argentinas, con domicilio real en la República”.*

Con esta aclaración se buscó, en otras cosas, “subsanan” el incumplimiento de Aerolíneas Argentinas, ya que Iberia sólo tenía, en forma directa, el 30% del capital accionario de dicha empresa. Al establecer que el capital accionario debía pertenecer en propiedad a personas físicas y jurídicas argentinas, se consideraba que quedaba comprendida cualquier sociedad constituida en la República Argentina, independientemente de quien tuviera el control efectivo (e indirecto) de dicha empresa. *“El Decreto 52 autorizó que el requisito excluyente que la mayoría de las acciones estuviesen en manos argentinos, incluía tanto a personas jurídicas como físicas. Es decir que una sociedad anónima constituida y con domicilio en el país, sin perjuicio de quienes*

¹⁵ Maciel, Ob. Cit., p. 1.

*son sus accionistas, puede ser accionista de una línea aérea, cumpliendo así con las exigencias del Artículo 99, inciso 4º. Una solución interesante para lograr que empresas extranjeras pudieran participar en forma mayoritaria del capital social de empresas locales, sin que la Argentina resigne el control regulatorio, de matrícula y personal técnico argentinos. Principios estos últimos que no deben ser cedidos, tal como ocurre en la mayoría de los países similares en forma y tamaño al nuestro donde las empresas allí basadas deben tener matrícula local y personal nacional. Estados Unidos, Brasil, Australia, son algunos ejemplos”.*¹⁶

A partir de este Decreto, se permitió que cualquier persona física o jurídica “argentina” explotara el servicio de transporte aéreo interno, pero ¿quién podía ser considerada una persona jurídica argentina?

C. Decreto N° 204/2000

En marzo del 2000, se sancionó el Decreto N° 204/2000, por el cual se suspendió la aplicación del Decreto N° 52/1994 por el término de ciento ochenta (180) días hábiles administrativos contados desde su publicación en el Boletín Oficial. De este modo, se dejó a las empresas extranjeras que volaban en nuestro país a través de una subsidiaria argentina¹⁷, sin sustento legal para seguir operando de esta forma.

Motivó la sanción de este Decreto el hecho de que el tema de la nacionalidad de las empresas dedicadas al transporte aéreo continuaba siendo objeto de debate en la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil.

¹⁶ Fargosi, Diego. 2017. “¿Se encuentra vigente el Decreto 52/1994 que autoriza la propiedad extranjera en líneas aéreas?”. *Abogados.com.ar*. <https://abogados.com.ar/se-encuentra-vigente-el-decreto-521994-que-autoriza-la-propiedad-extranjera-en-lineas-aereas/19708>

¹⁷ A los fines del presente capítulo, entiéndase por “subsidiaria argentina” aquella sociedad constituida en la República Argentina, bajo cualquiera de los tipos societarios, que es controlada, en su mayoría, por una compañía extranjera, de modo tal que la compañía extranjera; (i) posee participación, por cualquier título, que otorga los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; (ii) ejerce una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Sin perjuicio de lo reglado, se decidió mantener la validez de los actos realizados adquiridos por los transportadores que se habían acogido al régimen interpretativo del Decreto N° 52/1994.

A fines de 2000, se prorrogó el plazo de suspensión previsto en el Decreto bajo análisis, a través de la promulgación del Decreto N° 1113/2000, pero por un plazo de trescientos sesenta y cinco (365) días hábiles administrativos. El fundamento de esta prórroga se basó en el hecho de que se encontraba en proceso de revisión tanto la Ley N° 19.030, como el Código Aeronáutico; por lo tanto, no convenía innovar en materia de nacionalidad hasta tanto no se definiera la modificación de la normativa mencionada.

La suspensión de la aplicación del Decreto N° 52/1994 fue prorrogada nuevamente en el año 2002, a través de la sanción del Decreto N° 1654/2002 hasta el vencimiento de la vigencia de la Ley N° 25.561. Cabe aclarar que la Ley N° 25.561 fue prorrogada en forma sucesiva, siendo la última prórroga la decretada por la Ley N° 27.345 del 23 de diciembre de 2016, en virtud de la cual se extendió la vigencia hasta el 31 de diciembre de 2019.

D. Decreto N° 1012/2006

En el año 2006, el transporte aéreo interno se encontraba en estado de emergencia, que había sido declarado en el año 2002, producto de los grandes desequilibrios producidos en los últimos años en todos los ámbitos de la economía nacional. El sector aerocomercial se había visto seriamente perjudicado por el incremento de los insumos importados y algunos locales, la restricción crediticia general que impedía el financiamiento de la actividad, el incremento del precio en el tipo de combustible utilizado, el aumento en los costos de los seguros y la incidencia directa en el sector de la movilidad del tipo de cambio. Por todos estos motivos y otros más (como las consecuencias generadas por el atentado del 11 de septiembre de 2001 en la industria aeronáutica) se promulgó el Decreto N° 1012/2006 que declaró la continuidad del Estado de Emergencia del Transporte Aerocomercial en todo el territorio de la Nación Argentina por operadores nacionales.

A través de este Decreto, el gobierno buscó fijar políticas de corto y mediano plazo, que permitieran la paulatina recuperación del mercado aéreo, a fin de dar soluciones al turismo y el traslado de personas, que venían requiriendo una respuesta desde hace tiempo. Asimismo, el dictado de esta norma tuvo en miras estimular la incorporación de nuevas empresas en el mercado, que redunde en mayor beneficio para los usuarios de tales servicios.

En lo que a este trabajo respecta, el artículo 10° del Decreto analizado restableció la vigencia del Decreto N° 52/1994. El fundamento de dicha decisión fue *“que mientras no se dicte otra norma que sustituya lo dispuesto por el Artículo 99 del Código Aeronáutico, que permita eliminar la inseguridad jurídica originada por los conflictos interpretativos, evitando así toda forma de discriminación que impida la promoción de políticas de inversión de riesgo en el país, resulta necesario restablecer la vigencia de lo dispuesto por el Artículo 1° del Decreto N° 52 de fecha 18 de enero de 1994”*¹⁸.

Como consecuencia de este restablecimiento, cualquier persona física o jurídica extranjera podía ser titular de la mayoría del capital accionario de una aerolínea argentina, siempre que lo hiciera a través de la constitución de una sociedad en Argentina, que fuera la titular directa de la mayoría del capital social de la aerolínea. *“El Decreto 1012/06 tuvo asimismo en cuenta la tendencia internacional antes referida ya que sus considerandos también mencionaban la recomendación de la OACI en la Conferencia Mundial de Transporte Aéreo realizada en Montreal en Marzo de 2003 en el sentido de “asegurar la flexibilización de las reglas de propiedad sustancia y control efectivo de los Estados”, reconociendo “que tanto el ordenamiento jurídico como la realidad económica actual difieren notoriamente de los vigentes a la (fecha de) promulgación del Código Aeronáutico”*¹⁹.

Este Decreto fue el último que modificó el artículo 99, inciso 4) del Código Aeronáutico. A partir de su promulgación, no hubo ninguna otra modificación, por lo

¹⁸ Considerando del Decreto N° 1012/2006.

¹⁹ Maciel, Ob. Cit., p. 2.

que continúa plenamente vigente. Atento a ello, hoy en día, el servicio de transporte aéreo en el orden interno puede ser explotado por cualquier persona física o jurídica “argentina”, con domicilio real en la República. Ahora bien, cabe preguntarse ¿a qué refiere la norma con la mención “persona jurídica argentina”? Las personas jurídicas, ¿tienen nacionalidad? ¿Cómo se determina cual es la nacionalidad de una persona jurídica? Todos estos interrogantes merecen ser analizados para poder contestar la pregunta principal, ¿Pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar servicios de transporte aéreo interno en la Argentina?

IV. Nacionalidad de las Personas Jurídicas

La Real Academia Española define a la nacionalidad como el *“vínculo jurídico de una persona con un Estado, que le atribuye la condición de ciudadano de ese Estado en función del lugar en que ha nacido, de la nacionalidad de sus padres o del hecho de habersele concedido la naturalización”*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido a la nacionalidad como *“el vínculo jurídico que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”*²⁰.

No cabe duda que la nacionalidad es un atributo de la personalidad de cualquier persona física, y que según lo que establezcan las leyes de cada país, podrá determinarse cuál es la nacionalidad de las personas físicas nacidas en él o que tengan algún vínculo o unión con él. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico nada dice – en forma expresa - sobre la nacionalidad de las personas jurídicas. Por tal motivo, este tema ha sido desarrollado arduamente por la doctrina, principalmente. En este sentido, se han fijado diversas teorías respecto a la nacionalidad de las personas jurídicas, que podemos clasificar en dos: teorías que atribuyen nacionalidad a las personas jurídicas y teorías

²⁰ Trucco, Marcelo F. 2007. “La nacionalidad en el derecho internacional. Régimen jurídico de la nacionalidad argentina”. Consultado el 15 de enero de 2021. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070028-trucco-nacionalidad_en_derecho_internacional.htm

que le niegan dicho atributo. Por muchas décadas, primó la segunda teoría. A continuación, se procederá a analizar las mencionadas teorías.

A. Teorías que niegan la Nacionalidad de las Personas Jurídicas

La teoría que niega la nacionalidad de las personas jurídicas data de muchos años atrás, ya la doctrina siempre negó la nacionalidad de las personas jurídicas. El primer antecedente podemos situarlo en la teoría de Paul Niboyet, un jurista francés, quien no solo negaba la nacionalidad de las personas jurídicas, sino que consideraba que se la confundía con la nacionalidad de sus socios. *“En su célebre artículo publicado en la Revue de Droit International Privé en 1928, PAUL NIBOYET enseñaba que las sociedades no gozan en realidad más que de una “seudo nacionalidad” de una “nacionalidad disfrazada”, porque aunque por su personalidad jurídica constituyan una mera ficción, la idea de nacionalidad es admisible con tantas limitaciones, que no es en definitiva nacionalidad en el sentido propio. En definitiva para NIBOYET el concepto de nacionalidad no puede significar más que la nacionalidad de los socios mayoritarios, quienes ocupan los lugares de dirección de la compañía o de quienes tengan influencia dominante en ella a pesar de no ser mayoritarios”*²¹.

Pero la teoría negativista de la nacionalidad de las personas jurídicas se atribuye principalmente a Bernardo de Irigoyen, con quien nació la que fuera denominada “doctrina argentina”, y que fue tomada como modelo por los demás países del Mercosur. La teoría de Irigoyen nació como respuesta a un conflicto que se había generado en Rosario en 1876 entre el Banco de Londres y Río de la Plata (sucursal Rosario) y la provincia de Santa Fe. La provincia de Santa Fe había promulgado una ley que declaraba que los únicos billetes de curso legal fueran los del “Banco Provincial de Santa Fe” y el “Banco Nacional”. El Banco de Londres recurrió a la justicia, pero la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de la ley santafesina. No obstante, el Banco no acató la orden. Como consecuencia de ello, el Poder Ejecutivo ordenó liquidar la sucursal de Rosario y trabó un embargo sobre la misma. A su vez, ordenó detener al gerente del Banco, que era alemán. Ello dio lugar a la intervención del representante

²¹ Estoup, Ob. Cit., p. 199-200.

inglés, que calificó al Banco como súbdito de la nacionalidad inglesa. Bernardo de Irigoyen era Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno de Avellaneda. Ante el reclamo diplomático que recibió del Ministro inglés escribió una carta que contiene los fundamentos de su teoría de negación de la nacionalidad a las personas jurídicas. A continuación, se transcriben los fragmentos más interesantes de la nota del Ministro Irigoyen:

“El Banco de Londres es una sociedad anónima a la cual han dado existencia las leyes de Santa Fe (...). El Banco de Londres es una sociedad anónima, es una persona jurídica existiendo únicamente para un fin determinado. Las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza, y por consiguiente no son ni nacionales ni extranjeras (...). El hecho de que tales acciones hayan sido suscriptas por individuos de una nacionalidad dada, es contingente y no puede desnaturalizar la esencia de las sociedades, porque pueden transmitirse sus acciones y las que hoy están en manos de ingleses pueden ser propiedad de ciudadanos de otro país. Si, pues, el hecho de que los accionistas pertenezcan a un país cualquiera diese a la sociedad el carácter nacional de éstos, resultaría una entidad que cambiaría continuamente de nacionalidad y que podría, a veces, tener varias, lo que causaría complicaciones serias, que podrían comportar el desconocimiento de las leyes locales que dan origen a esas sociedades”²²

Irigoyen negaba entonces la nacionalidad a las personas jurídicas por el simple hecho de que las sociedades existen porque hay un Estado que les otorgó autorización para funcionar. Por lo tanto, no tienen una nacionalidad determinada, ya que existirán en cualquier país que las autorice a funcionar.

Los autores que han seguido esta teoría de negación de la nacionalidad a las personas jurídicas se han basado en distintos fundamentos, entre los cuales se puede destacar: (i) en nuestro ordenamiento jurídico no existe referencia alguna a la nacionalidad de las sociedades, sino que la Ley General de Sociedades se limita a distinguir entre sociedades locales y sociedades constituidas en el extranjero; (ii) existe

²² Ruiz Moreno, Isidoro (h). 1941. *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad. Página 253.

una confusión entre la nacionalidad de la sociedad con el vínculo que existe entre una ella y un Estado, en virtud del cual ese Estado establece el régimen legal al cual se somete la constitución y funcionamiento de las sociedades; (iii) existe una confusión entre la nacionalidad de la sociedad con su domicilio, ya que el domicilio de la sociedad es el que finalmente determinará el régimen legal aplicable a su constitución y funcionamiento; por lo tanto, no hay sociedades nacionales y extranjeras, sino sociedades locales y sociedades constituidas en el extranjero; (iv) se confunde la nacionalidad de las personas jurídicas con la nacionalidad de sus socios/accionistas, lo cual es erróneo, dado que si fuera así las sociedades cambiarían de nacionalidad conforme cambian de socios/accionistas; (v) las sociedades son un creación artificial, que están desprovistas de los atributos de las personas físicas.

B. Teorías que atribuyen Nacionalidad a las Personas Jurídicas

El interés en reconocer la nacionalidad de las personas jurídicas comenzó, principalmente, con los países exportadores de capital o inversores, con el fin de asignar a las empresas que se establecían en otros países protección diplomática.

Varios autores reconocen la nacionalidad como un atributo de las personas jurídicas²³. En este punto, cabe destacar que existen dos modos de atribución de la nacionalidad: (i) por el país de destino y (ii) por el país de origen. En el primer caso, el Estado que recibe a una “sociedad extranjera” la considera tal por cumplir con ciertos parámetros; por lo tanto, le atribuye una nacionalidad extranjera y la somete a un régimen legal determinado. *“En principio, cuando más interesa determinar cuál es la nacionalidad de una sociedad, es cuando ésta se presenta en un territorio distinto al de su origen. De allí que se confundan autores, al negar la existencia en función de que el método de atribución no sea idéntico al de las personas físicas, que compete al Estado en causa, es decir, lege causae”*. Como en principio la nacionalidad de las sociedades es atribuida lege fori, parecería que en el Estado de origen no se plantea nada al respecto,

²³ Entre los autores que sostiene que las sociedades tienen nacionalidad, podemos citar a: (i) Estoup, Luis Alejandro, Ob. Cit., p. 201-203, (ii) Isidoro Ruiz Moreno (h), (iii) Amancio Alcorta, (iv) Carlos A. Lazcano y (v) Carlos Alberto Franzetti (Franzetti, Carlos Alberto. “La Nacionalidad de las Sociedades”. Consultado el 22 de enero de 2021. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/la-nacionalidad-de-las-sociedades.pdf>).

pero esto también es inexacto. Si la nacionalidad siempre es atribuida lege fori, entonces las sociedades argentinas en un país que haya adoptado un criterio legal para determinarla como por ejemplo Brasil, son argentinas y tienen por ende nacionalidad. El problema es que la Argentina optó por negarles protección diplomática, lo cual apunta a anular sus funciones y nunca su existencia. Asimismo, en todos los países, aun en aquéllos en donde no exista criterio para su atribución, se distingue una sociedad extranjera de una nacional para imponerle su reconocimiento”²⁴.

Siguiendo esta línea, el segundo modo de atribución de la nacionalidad es por el país de origen. Así, cada Estado también determinará cuando una sociedad es considerada nacional y cuando es considerada extranjera, ya sea a los efectos de preservar la seguridad o proteger ciertas actividades esenciales y reservarlas para sus nacionales. Ello, es lo que ha sucedido en nuestro país, a través del dictado de la Ley N° 25.750, que veremos más adelante, que ha definido a las empresas nacionales y a las empresas extranjeras.

Cabe analizar que sucede con aquellos Estados que no han definido el criterio de atribución. En ese caso, las sociedades no dejan de tener nacionalidad, sino que carecerán de los efectos propios que les otorga el carácter de nacionales o extranjeras. En consecuencia, bastará con que se dicte una norma que regule las funciones de la nacionalidad de las personas jurídicas, para que éstas puedan beneficiarse (o no) de sus efectos, pero la nacionalidad siempre continuará existiendo, aunque esté latente.

Como dice Calderón Vico a al analizar las distintas teorías sobre la nacionalidad de las personas jurídicas: *“(…) “Pero esta polémica de carácter dogmático ha sido felizmente superada, al observarse que dicho término no tiene exactamente el mismo significado que cuando se utiliza referido a los individuos”, sino que se emplea en sentido analógico por la necesidad de conectar a las sociedades con un ordenamiento jurídico estatal que regule su constitución, estructura, funcionamiento y extinción. En definitiva, desde una perspectiva contemporánea, nacionalidad y estatuto personal de los entes*

²⁴ Estoup, Ob. Cit., p. 202-203.

jurídicos serían expresiones sinónimas. De ahí que como escribiera G. Beitke, el empleo de la nacionalidad para las personas jurídicas sea un vínculo superfluo”²⁵.

Por lo tanto, quienes están a favor de esta teoría consideran que es innegable que la nacionalidad es un atributo de las sociedades. Sostienen que negarles dicho atributo carece de sentido, ya que naturalmente las sociedades tendrán la nacionalidad que el Estado de origen y el Estado de destino dispongan. Afirman que, en caso de considerar que no tienen nacionalidad, no sería posible distinguir entre sociedades nacionales y extranjeras, y sus efectos, ya que aplicaría el mismo régimen legal para todas, lo cual, claramente no sucede en la práctica. La diferencia reside entonces en los criterios que utilice cada Estado para atribuir la nacionalidad a las sociedades. Y, en función de dichos criterios, las sociedades nacionales y extranjeras serán susceptibles de los derechos y obligaciones que los Estados les reconozcan expresamente.

Un ejemplo típico de un efecto que concede la nacionalidad es la protección diplomática. Las sociedades gozarán de la protección diplomática del Estado en donde sean nacionales, pero para que ello exista, será necesario que tanto el Estado de origen como el Estado de destino establezcan los parámetros necesarios para que la sociedad pueda ser considerada extranjera.

Los autores que están a favor de esta teoría, muchas veces se diferencian en cuanto a los criterios de atribución elegidos para reconocer la nacionalidad de las personas jurídicas.

C. Criterios de Atribución de la Nacionalidad

1. Nacionalidad de los Socios. Teoría del Control Social

²⁵ Calderón Vico de Della Savia, Lilia María del Carmen. 1995. “La Nacionalidad de las Sociedades”. Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995. <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1059/CDS06020477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

La teoría que sostiene que las sociedades tienen la nacionalidad de sus socios ha sido una de las primeras posturas doctrinarias en esta materia. Como antecedente jurisprudencial internacional, podemos citar el caso “Moulin Rouge” *“en el que, para escapar a una ley francesa de 1867, se constituyó en Londres, según ley inglesa, “The Moulin Rouge Attractions Lted.”, entidad cuyo consejo de administración estaba compuesto exclusivamente por franceses residentes en París, que tenía por objeto explotar el establecimiento homónimo, el capital había sido levantado en Francia, empero se reunían en Londres, donde estaban la dirección, los archivos y la contabilidad. La jurisprudencia francesa estableció que sólo se había buscado la forma externa de una sociedad inglesa y consideró a la sociedad como constituida en Francia”*²⁶.

Son varios los autores que sostienen que las sociedades tienen la nacionalidad de la mayoría de sus socios. Esta teoría también deriva en la llamada “Teoría del Control Social”, que sería similar a la teoría de la nacionalidad de los socios, ya que la sociedad tendría la nacionalidad de la mayoría de las personas que ejercen el control social, ya sea directa o indirectamente. Se diferencia de la primera por el hecho de que, a veces, quienes ejercen el control no son los socios directos, sino que hay que analizar la estructura societaria para llegar a aquel/aquellos que tiene/n el control efectivo de la sociedad.

La Teoría del Control Social tuvo su auge en épocas de guerra, en donde los Estados buscaban la nacionalidad real de las personas jurídicas, a los fines de determinar quiénes eran “enemigas”. Se consideraban enemigas aquellas sociedades cuya mayoría de directores o socios tuvieran la nacionalidad de un país enemigo. Contra dichas sociedades se dictaron medidas sobre su propiedad y bienes. En nuestro país, la Teoría del Control Social fue aplicada en diversas legislaciones. Así, podemos mencionar la Ley de Inversiones Extranjeras, aprobada por Decreto N° 1853/1993, en virtud de la cual se define a la empresa local de capital extranjero como aquella que tiene domicilio en la República Argentina, en la cual personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero, son propietarias directa o indirectamente de más del 49 % del capital o poseen directa

²⁶ Franzetti, Carlos Alberto. “La Nacionalidad de las Sociedades”. Consultado el 22 de enero de 2021. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/la-nacionalidad-de-las-sociedades.pdf>

o indirectamente la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. Del mismo modo, define a la empresa local de capital nacional como aquella domiciliada en el territorio de la República Argentina, en la cual personas físicas o jurídicas también domiciliadas en él, son propietarias directa o indirectamente de no menos del 51 % del capital y poseen directa o indirectamente la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. Esta ley es una clara aplicación de la Teoría del Control. También son ejemplos de la aplicación de esta teoría el Código Aeronáutico y la Ley N° 25.750 que serán desarrollados más adelante.

Sin embargo, la insuficiencia de este criterio ha llevado a muchos autores a negar la nacionalidad. Ello, en función de que las sociedades pueden cambiar de socios y, por lo tanto, con cada transferencia accionaria se modificaría su nacionalidad. Por tal motivo, los autores que admiten la nacionalidad de las personas jurídicas entienden que esta teoría debe ser complementada con otros criterios para poder determinar la nacionalidad de las sociedades.

2. Lugar de Incorporación

Otro criterio de atribución es aquel por el cual la nacionalidad de las sociedades se determina por el lugar donde se ha otorgado el acto constitutivo. Este criterio de atribución ha sido discutido ya que se considera que, al depender de la voluntad de los socios, puede ser utilizado en fraude a la ley. De esta manera, los socios pueden optar por constituir la sociedad en un país cuyas leyes les sean más favorables conforme a la actividad a desarrollar por la sociedad, aunque no tengan ningún punto de conexión con dicho país.

En relación al modelo de constitución/incorporación Mariani ha desarrollado los diversos argumentos sobre los que se apoya esta posición: *“A favor del modelo de constitución/incorporación se suelen invocar tres argumentos: (a) Es un modelo que favorece el interés de los socios (rectius quienes deciden constituir la sociedad). En este sentido, son los socios quienes disponen de más información sobre las necesidades*

transaccionales de la empresa y quienes van a sufrir directamente las consecuencias de su decisión. (b) Por otro lado, esta solución normativa garantiza la seguridad jurídica. Así, las partes afectadas como los terceros (acreedores, trabajadores o incluso los jueces) pueden determinar fácilmente cuál es la lex societatis. (c) Por último, también se ha dicho que este modelo facilita la actividad internacional de las sociedades y en este sentido cumple una de las funciones principales del Dipr. contemporáneo: facilitar la fluidez del tráfico económico internacional. En contra de este modelo se suele utilizar el argumento del fraude. En la medida en que se trata de una sociedad externa, la elección de lex societatis va a ser oponible a terceros. Esta libertad de elección puede emplearse para perjudicar el interés de estos e inclusive de los intereses del Estado”²⁷.

3. Sede Real

Por otra parte, un sector de la doctrina que admite la nacionalidad de las sociedades, sostiene que ésta se determina por el lugar de la sede social real y efectiva, es decir, el lugar donde se encuentra el asiento principal de sus negocios, con independencia de que se haya constituido o no conforme al derecho de ese país.

En relación a esta cuestión, Mariani también ha desarrollado los argumentos a favor y en contra de la sede real como criterio de atribución de la nacionalidad: “Los argumentos que se invocan a favor del modelo de sede real son que previene el fraude ya que asegura el respeto a la política legislativa del Estado más afectado por la actividad social. Así cabe indicarse que en la determinación de la lex societatis no debe considerarse sólo el interés de los socios, sino el interés de todos los sujetos potencialmente afectados por esa decisión: accionistas, acreedores, trabajadores, consumidores y Estados. En la medida en que ese es el Estado más afectado por la actividad social, es el que va a estar en mejores condiciones para regular dicha actividad;

²⁷ Mariani, Pablo Raúl. “Sociedades Constituidas en el Extranjero – La Situación de la Sociedad Extranjera no Inscripta”. Consultado el 22 de enero de 2021. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiLkPmEir_uAhVK_EbkGHY5Laf8QFjABegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mariani-abogados.com.ar%2Fdocumentos%2F9%2FSociedades%2520Extranjeras.doc&usg=AOvVaw385i0WF8-To4-DhhJn33I

lo cual, en definitiva, asegura la implementación de las decisiones de política legislativa de dicho Estado.

Los argumentos principales invocados en contra del modelo de sede real son básicamente los siguientes: (a) El primer problema que plantea este modelo se vincula a la determinación del criterio de conexión. El lugar de incorporación o constitución de una sociedad es fácil de localizar en cambio la sede real, puede ser muy difícil de ubicar en las sociedades de estructura económica compleja, en las sociedades en formación, etc. Esto genera bastante incertidumbre en un sector del ordenamiento donde la necesidad de reglas claras y precisas es particularmente necesaria. (b) El segundo argumento invocado contra este modelo es relativo a la sanción prevista cuando la sociedad tiene su sede real en un Estado distinto al de su constitución. En estos casos, la sociedad no se ha constituido válidamente, lo que suele conducir al no reconocimiento de su personalidad jurídica (ni de su capacidad para actuar, ni del principio de separación de patrimonios). Este “no reconocimiento” provoca también bastante incertidumbre y no beneficia necesariamente a los acreedores o a los terceros (que, paradójicamente, es una de las razones fundamentales alegadas a favor del modelo de sede real). (c) El tercer argumento invocado en contra de este modelo es que constituye un obstáculo para la actividad de las empresas en el mercado internacional. Por un lado, ex ante impide que las empresas busquen su constitución conforme al Derecho que más les favorezca, independientemente de dónde quieran localizar su sede real; y por otro, ex post dificulta los traslados de sede real de las sociedades, ya que este traslado implica necesariamente un cambio de *lex societatis*²⁸.

De lo hasta aquí analizado es posible afirmar que no existe un único criterio de atribución de la nacionalidad aplicable a las sociedades. También se han fijado otros criterios de atribución, tales como, el lugar de origen de los capitales o el lugar donde se le otorgó autorización para funcionar. Por su parte, las normas que conforman nuestro régimen legal, no señalan un único criterio de atribución, tal como se verá en el punto E de este capítulo. Como dice Franzetti: “si se acepta la nacionalidad de las sociedades se

²⁸ Ídem

debe aceptar la posibilidad de determinarla mediante criterios elásticos que permitan, llegado el caso, la “transparencia jurídica” (...). Parecería que, en principio, debiera considerarse a la sociedad nacional del país donde fue constituida, ya que su constitución equivale como señalaba la Corte Suprema en el fallo transcrito²⁹ a su “partida de nacimiento”, pero este criterio no debe excluir a los demás que se aplicarán según las circunstancias del caso”³⁰.

D. Jurisprudencia

Desde un punto de vista internacional, cabe destacar dos fallos de la Corte Internacional de Justicia³¹. El primer fallo es de julio de 1964, y compete a Bélgica y España. Dichas actuaciones se iniciaron en virtud de la declaración de quiebra en España de Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, una sociedad constituida en Canadá. Bélgica solicitó ante la Corte la reparación de los daños causados a nacionales belgas que eran accionistas de dicha sociedad, como consecuencia de ciertos actos llevados a cabo por determinados órganos del Estado español, supuestamente contrarios al derecho internacional. La Corte analizó la diferencia entre los derechos de la sociedad y los derechos de los accionistas, y entendió que los derechos vulnerados eran los de la sociedad, independientemente de que, en forma indirecta, los accionistas se hubieran visto perjudicados. En este sentido, resolvió que Bélgica carecía de legitimación para ejercitar la protección diplomática de los accionistas de una sociedad canadiense respecto a las medidas adoptadas contra esa sociedad en España. A través de este fallo, la Corte reconoció expresamente la nacionalidad de las sociedades, y estableció como criterio de atribución el lugar de incorporación, señalando que la norma general de derecho internacional sólo autorizaba a ejercer la protección diplomática, a los efectos de obtener una reparación, al Estado del que la sociedad fuera nacional.³²

²⁹ El artículo refiere al fallo *“Satanowsky, Marcos c/ Sociedad Western Electric Co. Inc. Of Argentina p/ cobro de pesos”*.

³⁰ Franzetti, Ob. Cit., p. 130

³¹ La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas. Tiene a su cargo el arreglo, conforme al derecho internacional, de controversias que le sean sometidas por los Estados, y la emisión de dictámenes sobre cuestiones jurídicas que le sometan los órganos u organismos del sistema de Naciones Unidas que tengan autorización para hacerlo.

³² Dipublico.org. “Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Segunda Fase). Fallo de 5 de febrero de 1970”. Consultado el 24 de enero de 2021.

Otro fallo trascendente en esta materia fue en el caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) de julio de 1989, que involucró a Italia y los Estados Unidos. Estados Unidos alegó que Italia había incumplido el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación suscrito entre estos Estados en 1949. Italia objetó la admisibilidad de la demanda al considerar que las empresas controlantes norteamericanas no habían agotado los recursos internos disponibles en Italia. La Corte resolvió que Estados Unidos tenía capacidad para ejercer sus derechos, ya que la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado al que corresponde la nacionalidad de sus socios (como el caso que nos ocupa). No obstante, el fondo de la cuestión fue resuelto a favor de Italia. En este fallo, la Corte se aleja de su posición anterior (en Barcelona Traction) admitiendo como criterio de atribución el de la nacionalidad de los socios³³.

En el plano nacional, existen varios fallos que reconocen la nacionalidad de las sociedades. Uno de ellos fue “Agropecuaria La Ventana S.A. c/ Clovis International Corp.”, del 15 de junio de 2004. En este caso, Agropecuaria La Ventana S.A. promovió demanda contra Clovis International Corp., reclamándole la suma de \$117.800, en concepto de daños y perjuicios, como consecuencia de la venta a dicha sociedad de tres fracciones de campo ubicadas en el Partido de General Lamadrid. La sociedad Clovis International Corp. tenía su domicilio social en la ciudad de Panamá, República de Panamá y había constituido una sucursal en la República Argentina. Como consecuencia de ello, la demandada opuso excepción de incompetencia, poniendo de resalto que Clovis International Corp. es una sociedad extranjera panameña y, por su carácter de sociedad extranjera, correspondía que entendiera en autos el juez competente del fuero federal. Si bien la Cámara no ahondó en el tema de la nacionalidad, reconoció que existen sociedades extranjeras, conforme al artículo 118 de la Ley General de Sociedades. En ese sentido, cita a Palacios: “*Con respecto a las sociedades constituidas fuera del país, cuya personalidad jurídica se halla expresamente admitida por nuestra legislación (arts. 33, 34 y 35 Cód. Civil, 287 Cód. de Com., etc.), el elemento determinante*

<https://www.dipublico.org/116468/caso-relativo-a-la-barcelona-traction-light-and-power-company-limited-segunda-fase-fallo-de-5-de-febrero-de-1970/>

³³ Dipublico.org. “CASO RELATIVO A ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI). Fallo de 20 de julio de 1989”. Consultado el 24 de enero de 2021. <https://www.dipublico.org/cij/doc/84.pdf>

de su nacionalidad, a los efectos de la competencia, está dado por el lugar de su constitución, con prescindencia de la nacionalidad de sus componentes (...)”. En base a ello, la Cámara resolvió someter la competencia al fuero federal³⁴.

Otro fallo trascendental es *“Satanowsky, Marcos c/ Sociedad Western Electric Co. Inc. Of Argentina p/ cobro de pesos”* de octubre de 1930. En este caso, la Cámara se pronunció por la incompetencia de la justicia federal en el entendimiento de que la compañía demandada era argentina por hallarse inscripta en el Registro Público de Comercio de la Capital Federal. Cabe aclarar que la sociedad había sido constituida en el Estado de Delaware, Estados Unidos, y había constituido y registrado una sucursal en la Capital Federal. 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”*. En el entendimiento de que la demandada era una sociedad de nacionalidad extranjera, y que la existencia de la sucursal no la hace “argentina”, la Corte resolvió dar lugar a la justicia federal. En este fallo, la Corte reconoce expresamente la nacionalidad de las sociedades.³⁵

También podemos citar el fallo correspondiente al caso *“Fisco de la Provincia c/ Cía. Unión Telefónica”* (La Plata, 1933). En esta causa, también se planteó la excepción de incompetencia de jurisdicción por el hecho de que la sociedad demandada era extranjera y, por lo tanto, correspondía que el asunto fuera sometido a la justicia federal, en virtud de la distinta nacionalidad de las partes. Se planteó el problema de la nacionalidad de las personas jurídicas y, particularmente, de las sociedades anónimas.

³⁴ Cámara en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, *“Agropecuaria La Ventana S.A. c. Clovis Internacional Corp.”*. 15 de junio de 2004.

³⁵ 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.

En este caso, la Cámara reconoció que las leyes argentinas admiten la nacionalidad de las personas jurídicas y de las sociedades anónimas. *“Ello se desprende de los arts. 34 y 44 del cód. civ.; de los arts. 286 y 287 del cód. de comercio, modificados respectivamente por las leyes 3258 y 8867 y de los arts. 9° y 10° de la ley núm. 48 ya mencionada”*. Además, la Cámara sostuvo que también resolvieron a favor de la nacionalidad la Corte Suprema de Justicia y la Cámara Federal de la Capital. Por esos motivos, decidió no ahondar en la doctrina que niega la nacionalidad a las personas jurídicas. Finalmente, en función de la normativa mencionada, consideró que la Unión Telefónica era una sociedad extranjera y, en consecuencia, resolvió que la causa sea sometida al fuero federal.³⁶

Como puede apreciarse de la jurisprudencia citada, hay una marcada tendencia a reconocer la nacionalidad como un atributo de las sociedades, independientemente del criterio de atribución elegido. Ello, partiendo de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, a través del Fallo Satanowsky, marcó una tendencia que muchas veces es recogida por los tribunales de jerarquía inferior. No obstante, esta cuestión no está plenamente definida y, como en el caso de la doctrina, podemos encontrar jueces con distintas apreciaciones sobre el tema.

E. Legislación Aplicable

A continuación, haré un repaso sobre la legislación nacional a los fines de determinar si el ordenamiento jurídico argentino prevé la nacionalidad de las personas jurídicas o de las sociedades como un atributo propio.

1. Código Civil y Comercial

El artículo 141 del Código Civil y Comercial (“CCC”) define a la persona jurídica como todo ente al cual el ordenamiento jurídico le *“confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”*. Según el CCC, la persona jurídica existe desde su constitución y tiene

³⁶ Zavalía, Clodomiro, Héctor Lafaille y Hugo Alsina. 1933. “Cámara Civil 1° de La Plata”. En *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 41: 516-518.

personalidad jurídica distinta a la de sus miembros; sin embargo, nada dice respecto a la nacionalidad de las mismas.

Al referirse a las personas jurídicas públicas, el CCC hace referencia a *“toda otra persona jurídica constituida en el extranjero”*³⁷. De esta manera, nuestro cuerpo normativo evita inmiscuirse en la cuestión de la nacionalidad de las personas jurídicas, clasificando a la persona jurídica según el lugar de constitución. En lo referente a la ley aplicable a las personas jurídicas constituidas en el extranjero, el artículo 150 remite a la Ley General de Sociedades. Seguidamente, al tratar los atributos de la personalidad jurídica de las personas jurídicas privadas (Parágrafo 1º, Sección 3ª, Capítulo I, Título II), el CCC no menciona la nacionalidad, pero establece que su domicilio es aquel lugar que se haya *“fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar”*³⁸.

En consecuencia, no hay en el CCC ninguna referencia a la nacionalidad de las personas jurídicas. En tal sentido, cabe preguntarse si esta omisión ha sido adrede, queriendo el legislador fijar una postura de negación de la nacionalidad, o bien, si responde a una omisión involuntaria o a una posición imparcial sobre este tema.

2. Ley General de Sociedades

La Ley General de Sociedades N° 19.550 (“LGS”) desarrolla en la Sección XV del Capítulo I las normas aplicables a la sociedad constituida en el extranjero. En su artículo 118 dispone que *“la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y formas por las leyes del lugar de constitución”* y la habilita a realizar en nuestro país actos aislados y a estar en juicio. La LGS tampoco menciona la nacionalidad de las sociedades, sino que se remite a las leyes del lugar de su constitución para regular todo lo referente a su existencia y forma, e incluye una sección en la que regula todo lo relativo a las sociedades constituidas fuera de la República Argentina. De esta manera, si bien la LGS no se inmiscuye en el tema de la nacionalidad, fija como *lex societatis* el lugar donde se otorgó el acto constitutivo.

³⁷ Conforme artículo 146, inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación.

³⁸ Conforme artículo 152 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La LGS también establece que, para realizar cualquier otro acto que esté comprendido en su objeto social o establecer sucursales, asientos o representaciones, la sociedad constituida en el extranjero debe inscribirse en nuestro país, ya sea como una sucursal de la sociedad extranjera o como una filial.

En relación a la postura adoptada por el legislador de la LGS, Verón sostiene que este cuerpo normativo se limita a reconocer personería jurídica a la sociedad extranjera, de conformidad con el domicilio de su constitución, pero prescindiendo de otros criterios de asignación. Agrega que el régimen societario vigente no atiende a la "nacionalidad", sino al lugar de constitución o domicilio de las sociedades, *"sin perjuicio de aplicarse la teoría del control mediante el levantamiento del velo de la personalidad jurídica para descubrir la nacionalidad de la persona física que compone a sociedad y detenta el control de su patrimonio"*³⁹.

Cabe una mención especial al artículo 124 de la LGS que establece el caso de que la sociedad extranjera se constituya en fraude a la ley. Así, dispone que la *"sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento"*.

En este sentido, Le Pera ha sugerido que el artículo 124 de la LGS debe leerse e interpretarse junto con el primer párrafo del art. 118, que contempla el problema de las sociedades constituidas "in fraude legis". Este autor sostiene que en los supuestos contemplados en el artículo 124, nuestro país no reconoce la existencia de la persona jurídica como sociedad extranjera, sino más bien la considera sociedad local y, en consecuencia, la ley del lugar de constitución deviene inaplicable. Le Pera cita a Rovira, quien ha expresado al respecto *"podrá decirse, entonces que en función de las normas antedichas la Argentina ha asumido la posición de admitir la lex societatis en función del*

³⁹ Verón, Alberto Víctor. 2015. *Ley General de Sociedades 19.550*. Tomo III. Buenos Aires: Thomson Reuters. Página 312.

*lugar de constitución, y sólo por excepción recoge la doctrina de la ley del lugar donde se encuentre la sede efectiva”.*⁴⁰.

En consecuencia, la LGS tampoco atribuye nacionalidad a las sociedades; simplemente, se limita a distinguir las sociedades, según el lugar de constitución. Así, clasifica a las sociedades locales y a las sociedades constituidas en el extranjero, rigiéndose estas últimas con arreglo a las leyes del lugar de su constitución, en lo que respecta a su existencia y forma. Nuestro país solamente se limita a exigir su registración cuando la sociedad constituida en el extranjero quiera ejercer en el país, en forma habitual, actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento, una filial o cualquier otra especie de representación permanente. También hace una excepción respecto a las sociedades extranjeras que se hubieran constituido en fraude a la ley, en cuyo caso pareciera reconocerles nacionalidad, tomando como criterio de atribución el lugar de su sede, y estableciendo que cuando la sede estuviera en Argentina, serán consideradas sociedades locales, y deberán inscribirse en nuestro país. Sólo en la norma del artículo 124 de la LGS pareciera nuestro ordenamiento jurídico reconocerles nacionalidad a las sociedades, y utilizar como criterio de atribución el lugar de la sede real.

3. Código Aeronáutico

Como ya hemos visto en el Capítulo III de este trabajo, el Código Aeronáutico prevé ciertos requisitos que deben cumplir las sociedades que quieran explotar el servicio de transporte aéreo interno. En el caso de que se trate de una sociedad de personas, la mitad más uno, por lo menos, de los socios deben ser argentinos con domicilio en la República y poseer la mayoría del capital social. En el caso de que se trate de una sociedad de capitales, la mayoría de las acciones, a la cual corresponda la mayoría de votos computables, deberán ser nominales y pertenecer en propiedad a personas físicas o jurídicas argentinas con domicilio real en la República. En ambos casos, el domicilio de la sociedad debe estar en la República, el control y la dirección de la sociedad debe estar en manos de personas con domicilio real en Argentina y el

⁴⁰ Mariani, Ob. Cit., p. 10

presidente del Directorio, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores deben ser argentinos.

De la interpretación del artículo 99 del Código Aeronáutico, pareciera que este cuerpo normativo acepta la nacionalidad de las sociedades y fija como criterio de atribución, una combinación del lugar de la sede social real y efectiva de la empresa y el lugar donde se ejerce el control de la sociedad. Para que el servicio aéreo interno pueda ser explotado en nuestro país, ambos criterios de atribución deben estar en Argentina.

Así, el Código Aeronáutico parece distinguir entre empresas nacionales y extranjeras, estableciendo sobre esta última que *“no podrán tomar pasajeros, carga o correspondencia en la República Argentina, para su transporte a otro punto del país”*⁴¹. Esta distinción deja ver una tendencia en el legislador a admitir la nacionalidad de las sociedades, tal como se explicó en el párrafo anterior.

4. Ley N° 25.750

El 4 de julio de 2003 se promulgó la Ley N° 25.750 de Preservación de Bienes y Patrimonios Culturales. En el artículo 4° se definen a las “empresas nacionales” y a las “empresas extranjeras”: *“A los fines de esta ley se entenderá por empresa nacional: a) Personas físicas de nacionalidad argentina, y jurídicas constituidas, domiciliadas en el país e integradas mayoritariamente por ciudadanos argentinos; b) 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. A los efectos de esta ley se entenderá por empresa extranjera: a) Personas físicas de nacionalidad extranjera o; b) Personas jurídicas constituidas en el país o en el exterior controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad extranjera”*.

⁴¹ Conforme artículo 97 del Código Aeronáutico.

Como dice Estoup: *“la legislación argentina NO PROHÍBE a las personas jurídicas tener nacionalidad y tampoco asienta un criterio, hasta esta Ley 25.750, para su atribución dejando en el vacío espacio para las teorías negativistas”*⁴².

En efecto, la ley define a las empresas nacionales y extranjeras. Con respecto a las empresas nacionales incluye, en primer término, a las personas físicas de nacionalidad argentina, y a las personas jurídicas constituidas y domiciliadas en Argentina, e integradas mayoritariamente por ciudadanos argentinos. En este punto, la norma comete un error, al considerar a las personas físicas como empresas, sin agregar ningún requisito económico. Así cualquier persona física argentina es una empresa argentina. En segundo término, la ley considera empresas argentinas a las personas jurídicas, ya sea que se hayan constituido en el país o en el extranjero, que sean controladas directa o indirectamente por personas físicas de nacionalidad argentina y domiciliadas en el país. En este punto, la ley aplica la teoría de control, como criterio de atribución, y considera que la empresa es nacional si la mayoría de las personas que ejercen el control de la misma son argentinos. La ley toma los mismos criterios para definir a la empresa extranjera, pero al revés, es decir, que al final del camino quienes estén detrás del control de la empresa, sean personas físicas extranjeras.

Otro error en el que incurre esta ley es que no incluye, dentro de la definición de empresa extranjera, a la persona jurídica constituida en el país o en el exterior, controlada directa o indirectamente por otra persona jurídica de nacionalidad extranjera. Es decir, que considera que siempre detrás de la estructura societaria hay personas físicas. De esta manera, quedan fuera de la definición aquellas sociedades extranjeras que forman parte de un grupo económico, en el que no hay personas físicas detrás de la cadena societaria.

Estoup, al referirse a esta ley, considera que *“la verdadera deficiencia está en la elección del criterio del control para atribuir la nacionalidad, que despierta más sospechas que dudas. De esta forma, sociedades extranjeras usarán controladores*

⁴² Estoup, Ob. Cit., p. 202.

indirectos personas físicas argentinas, sociedades (¡aún extranjeras!) cuyos socios sean a su vez sociedades también extranjeras, podrán aspirar con distintos argumentos a la nacionalidad. Por ende, deberá establecerse un registro, un certificado de nacionalidad, o algún parámetro que despeje la interpretación judicial. El problema parece inminente y podría haberse resuelto recurriendo a otros criterios de atribución más eficientes”⁴³.

Por lo tanto, si bien esta ley peca de varios defectos en su redacción, y deja algunos interrogantes y vacíos respecto a determinadas cuestiones que han sido tratadas previamente, lo cierto es que es la primera ley en nuestro ordenamiento jurídico que reconoce expresamente la nacionalidad de las sociedades. La Ley 25.750 ya no habla de las “sociedades constituidas en..” sino que les atribuye nacionalidad. Probablemente, se equivoca en el criterio de atribución de nacionalidad, pero no podemos negar que la reconoce y eso es una cuestión trascendental en lo que respecta al objeto de esta tesis.

5. Ley N° 21.382 de Inversiones Extranjeras

Por último, cabe mencionar la Ley N° 21.382 de Inversiones Extranjeras, publicada mediante Decreto N° 1853/1993, en virtud de la cual se reguló la inversión extranjera⁴⁴. Esta ley define al inversor extranjero como toda persona física o jurídica domiciliada fuera del territorio nacional, titular de una inversión de capital extranjero, y las empresas locales de capital extranjero, cuando sean inversoras en otras empresas locales. Seguidamente, se procede a definir a la “empresa local de capital extranjero” como toda empresa domiciliada en nuestro país, en el cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él, sean propietarias directa o indirectamente de más del 49 % del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios; y a la “empresa local de capital nacional” como toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en la cual personas físicas o jurídicas también domiciliadas en él, sean propietarias directa o indirectamente de no menos del 51 % del capital y cuenten directa o indirectamente

⁴³ Estoup. Ob. Cit., p. 208-209

⁴⁴ A los fines de esta ley, se entiende por “inversión extranjera”: a) todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país; b) la adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros.

con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.

Esta ley admite la nacionalidad de las personas jurídicas, fijando como criterio de atribución la nacionalidad de los socios.

En conclusión, la nacionalidad de las personas jurídicas y, principalmente, la de las sociedades, es una cuestión que ha sido intensamente tratada por la doctrina y jurisprudencia, tanto en el plano nacional como en el internacional, sin haber arribado hasta el momento a una posición final al respecto. Las leyes de nuestro país tampoco son claras en ese sentido, al menos, hasta la sanción de la Ley 25.750 que acabamos de analizar, en la que, claramente, parecería fijarse una postura a favor de la atribución de la nacionalidad a las sociedades.

Desde mi punto de vista, y en función de lo hasta aquí analizado, no me cabe duda de que, en la Argentina, con el dictado de las Leyes 25.750 y 21.382, comenzó a fijarse una clara postura a favor del reconocimiento de la nacionalidad de las sociedades. Asimismo, la jurisprudencia también ha reconocido expresamente la nacionalidad de las sociedades, como en los casos que fueron citados en este trabajo. La existencia de la nacionalidad permite distinguir entre sociedades nacionales y sociedades extranjeras, y los derechos, obligaciones y beneficios aplicables a cada una, según lo regulado por cada ordenamiento jurídico.

Entre los beneficios que trae aparejado el reconocimiento de la nacionalidad, el que cobra mayor relevancia es el de la protección diplomática, pues si las sociedades no tienen nacionalidad, si no tienen un vínculo de unión a un determinado Estado, ¿entonces cómo puede un Estado estar obligado a otorgarles protección diplomática? Para que las sociedades puedan gozar del beneficio de la protección de sus derechos por parte de un Estado, ante los abusos o violaciones de otro Estado, es necesario que se reconozca la existencia de un vínculo con ese primer Estado. Y dicho vínculo sólo pueda estar dado por la nacionalidad.

Si afirmamos que las sociedades no tienen nacionalidad, ¿entonces simplemente se rigen por las normas de los países donde se van constituyendo o estableciendo? Entonces, ¿cómo es posible hablar de la constitución en fraude a la ley, como lo hace el artículo 124 de la LGS? Si negamos nacionalidad a las sociedades, carece de sentido hablar del “fraude a la ley”, porque los socios podrían elegir libremente el lugar de constitución, sin necesidad de analizar cuál es el vínculo que tiene con el Estado en el que se constituye. Tampoco tendría sentido que la LGS exija en su artículo 124 que estas sociedades se constituyan como sociedades locales; bastaría simplemente que se registren como sociedades extranjeras, sin necesidad de establecer una filial en nuestro país.

Si las sociedades no tienen nacionalidad, ¿qué sentido tiene reclamarles que tengan domicilio en Argentina y que las personas que ejercen la mayoría del control tengan nacionalidad argentina, cómo lo hace el Código Aeronáutico? Perfectamente el control podría ser ejercido por extranjeros, ya que las sociedades no necesitarían tener un vínculo especial con la Argentina.

¿Por qué la Ley 25.750 distingue entre empresas nacionales y extranjeras a los efectos de exigir que las empresas que presten el servicio de medios de comunicación en Argentina pertenezcan en propiedad a empresas nacionales, permitiendo solamente el 30% a empresas extranjeras? ¿Por qué la Ley 21.382 distingue entre empresas locales de capital extranjeros y empresas locales de capital nacional? ¿Y por qué tales distinciones están vinculadas con quienes ostentan la mayoría del capital accionario de dichas empresas? Claramente, el reconocimiento de la nacionalidad de las sociedades es necesaria a los efectos de estas leyes.

Como podemos apreciar, la necesidad de fijar una nacionalidad excede la protección diplomática, y está más bien ligado a un sentido de pertenencia, de seguridad nacional y seguridad jurídica. Los países quieren que las principales actividades económicas de su territorio estén en manos de nacionales, sean personas físicas o jurídicas. Así, los países intentan limitar la propiedad de estas empresas, a efectos de asegurar que los capitales no salgan al exterior, que permanezcan en su territorio. Esto

naturalmente está ligado a la idea de nacionalidad. Si la sociedad carece de nacionalidad, ¿entonces por qué motivo los Estados insisten en atarla a una jurisdicción determinada? Los Estados, al sancionar leyes en las que distinguen entre sociedades nacionales y sociedades extranjeras, o entre sociedades constituidas en el extranjero y sociedades locales, están vinculando a las sociedades con un determinado país (ya sea por su lugar de constitución, por el lugar de la sede real, por la nacionalidad de los socios o por cualquier otro criterio de atribución elegido). Por lo tanto, aun cuando la doctrina insista en negar la nacionalidad de las sociedades y aun cuando la legislación no la reconozca expresamente, lo cierto es que con el solo hecho de distinguir entre sociedades constituidas en el país y sociedades constituidas en el exterior, los Estados ya están fijando un vínculo de la sociedad con un país determinado, y ese vínculo les permitirá gozar de determinados derechos y beneficios. Ese vínculo, en el fondo, no es otro que la nacionalidad.

El debate en torno a la nacionalidad de las sociedades existe hace tiempo y probablemente continuará existiendo, pero es necesario ponerle fin para así poder proteger legalmente los intereses de cada Estado, y no dejar abierta la posibilidad de seguir debatiendo una cuestión tan trascendental como la que hemos desarrollado.

v. Explotación del Servicio de Transporte Aéreo Interno de Pasajeros por parte de sociedades locales de capital mayoritario extranjero.

Entonces, ¿pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar el servicio de transporte aéreo interno de pasajeros en la República Argentina?

Como ya hemos visto, el artículo 99 del Código Aeronáutico fue modificado por el Decreto N° 52/1994, que aclara que se entiende por “argentinos” a cualquier persona física o jurídica argentina”, con domicilio real en la República. De esta manera, el Decreto incluyó a las personas jurídicas, que parecían no estar contempladas en la redacción original de este artículo.

Ahora bien, hasta este momento, nos hemos preguntado a qué refiere la norma cuando menciona a las “personas jurídicas argentinas”. En este sentido, el inciso 4) parecería estar atribuyéndole nacionalidad a las personas jurídicas. Aun cuando se creyera que las personas jurídicas no tienen nacionalidad, corresponde analizar los alcances del concepto “personas jurídicas argentinas” incorporado por el legislador cuando incluyó esta aclaración mediante la promulgación del Decreto mencionado.

Si fuéramos partidarios de la teoría de Irigoyen que niega la nacionalidad de las personas jurídicas, podríamos afirmar que hubo un error en el legislador al redactar el texto del Decreto N° 52/1994, y que debió decir “personas jurídicas constituidas en la República Argentina”. Ello, en concordancia a la regulación del Código Civil y Comercial y a la Ley General de Sociedades, que hemos analizado previamente.

Lo cierto es que, luego de analizar las diversas teorías acerca de la atribución o no de nacionalidad a las sociedades, este trabajo ha intentado demostrar: (i) que es imposible negar la existencia de un vínculo jurídico que une a la sociedad con un determinado Estado, otorgándole una serie de derechos y obligaciones en relación a dicho Estado, y (ii) que lo que suele variar es el criterio de atribución adoptado por los distintos países o jurisdicciones. Incluso, en nuestro país, la jurisprudencia se ha inclinado, en su mayoría, a reconocer la nacionalidad de las sociedades. Asimismo, a través del dictado de la Ley N° 25.750, se ha introducido, en nuestro ordenamiento jurídico, la definición de “empresa nacional” y “empresa extranjera” en la que nacionalidad de quienes ejercen el control de la empresa tiene una función fundamental a los efectos de su clasificación.

También hemos visto que existen distintos criterios de atribución de la nacionalidad, siendo los más utilizados el del lugar de constitución, el lugar de la sede real, el lugar de la nacionalidad de los socios o el lugar de la nacionalidad de la mayoría de las personas que ejercen el control societario, sea en forma directa o indirecta.

De la definición del artículo 99 del Código Aeronáutico, no cabe duda que cualquier persona jurídica de nacionalidad argentina puede explotar servicios de

transporte aéreo interno en nuestro país. La pregunta es, ¿cuál es el criterio de atribución que adopta dicho cuerpo normativo?

Para entender mejor esta cuestión, propongo tomar un ejemplo. Tenemos una empresa que se constituye bajo el tipo societario sociedad anónima, se inscribe en cualquier Registro Público de Comercio de la República Argentina, tiene su domicilio real en el país, los directores tienen domicilio en el país y se designa un Presidente y directores de nacionalidad argentina. Hasta acá se cumple con los incisos 1, 4 y 5 del artículo 99⁴⁵. El inciso 3⁴⁶ no aplica porque estamos ante una sociedad de capitales. Ahora bien, si los accionistas fueran personas físicas de nacionalidad argentina y con domicilio en el país, no tendríamos ningún inconveniente y podríamos dar por cumplidos todos los requisitos del artículo 99 del Código Aeronáutico y registrarnos ante la autoridad aeronáutica sin complicación alguna.

Pero, ¿qué pasa si detrás de la sociedad local hay una o más personas jurídicas? ¿Qué requisitos deberían cumplir en ese caso? El inciso 2 dispone que *“el control y la dirección de la empresa deben estar en manos de personas con domicilio real en la República”*. Esto sería fácil de cumplir, pues bastaría con que la/s persona/s jurídica/s

⁴⁵ *“ARTICULO 99. – Las sociedades se constituirán en cualquiera de las formas que autoricen las leyes, condicionadas en particular a las siguientes exigencias:*

1) El domicilio de la empresa debe estar en la República.

(...)

4) Si se trata de una sociedad de capitales, 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. La transferencia de estas acciones sólo podrán efectuarse con autorización del directorio, el cual comunicará a la autoridad aeronáutica, dentro de los ocho días de producida la transferencia, los detalles de la autorización acordada.

(Nota Infoleg: Por art. 1° del Decreto N° 52/1994 B.O. 21/1/1994, se dispone que la previsión del artículo 99 inciso 4 del Código Aeronáutico, 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 Argentina, comprende a las personas físicas y jurídicas argentinas, con domicilio real en la República.)

(Nota Infoleg: Por art. 1° del Decreto N° 204/2000 B.O. 7/3/2000, se suspende la aplicación del Decreto N° 52/1994 por el término de 180 días hábiles administrativos a contar a partir del día siguiente al de publicación de aquel decreto.)

(Nota Infoleg: por art. 10 del Decreto N° 1012/2006 B.O. 8/8/2006 se restablece la vigencia del Decreto N° 52/1994)

5) El presidente del directorio o consejo de administración, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores deberán ser argentinos”

⁴⁶ *“(…) 3) Si se trata de una sociedad de personas, la mitad más uno por lo menos de los socios deben ser argentinos con domicilio en la República y poseer la mayoría del capital social”.*

accionistas de la sociedad local tenga/n su domicilio en la República. Podría incluso constituirse una sociedad holding en el país, que simplemente sea accionista de la sociedad vehículo, y con eso se estaría cumpliendo con el inciso 2. Cabe tener en cuenta en este punto que la norma no refiere al control directo⁴⁷ o indirecto⁴⁸ o al control efectivo; simplemente menciona la palabra “control”. De haberse referido al control efectivo, estaríamos ante otra situación.

Por su parte, el inciso 4 establece que *“si se trata de una sociedad de capitales, 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”*. Y, luego, el Decreto N° 1012/2006 aclara que *“la previsión del artículo 99 inciso 4 del Código Aeronáutico, 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 Argentina, comprende a las personas físicas y jurídicas argentinas, con domicilio real en la República”*. Por lo tanto, bastará con que la sociedad holding accionista de la sociedad local o las sociedades accionistas de la sociedad local sea/n argentina/s y tenga/n su domicilio real en Argentina.

Pero, ¿cuál es el criterio de atribución de nacionalidad que establece el Código Aeronáutico? Ninguno. He aquí el gran problema del artículo analizado y la razón por la cual parte de la doctrina continúa negando la nacionalidad de las sociedades. La norma es clara, la propiedad de las empresas que exploten servicio de transporte aéreo interno debe pertenecer, en su mayoría, a personas físicas o jurídicas argentinas. La norma ya les otorgó una nacionalidad. El problema es que este artículo no establece un criterio de atribución, entonces genera confusión y un vacío jurídico enorme. Como consecuencia de ello, no es posible entender a qué se refiere el inciso 4) con la expresión “personas jurídicas argentinas”, porque puede estar refiriéndose a que dichas personas jurídicas hayan sido constituidas en la Argentina o a que tengan su sede social, real y efectiva en

⁴⁷ Por control directo se entiende el control que ejercen sobre la sociedad los accionistas inmediatos de dicha sociedad.

⁴⁸ Por control indirecto se entiende el control que ejercen sobre la sociedad quienes posean una participación que les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social o ejerzan una influencia dominante.

el país, o a que las personas físicas o jurídicas accionistas de dicha sociedad sean argentinos o a que el control de esa sociedad esté bajo argentinos, o a cualquier otro criterio de atribución, o a todos juntos. Pero no lo sabemos, entonces cualquier interpretación parece correcta o errónea.

Volviendo a nuestra pregunta inicial, ¿pueden las sociedades locales de capital mayoritario extranjero explotar el servicio de transporte aéreo interno en Argentina?, Si nos atenemos al texto del Código Aeronáutico, la respuesta es incierta, porque dicho cuerpo normativo carece de un criterio de atribución definido, como también lo carece el Código Civil y Comercial. No obstante, desde mi punto de vista, y desde el principio del derecho en el que todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido, no veo obstáculo alguno a que las aerolíneas de transporte interno de pasajeros sean explotadas por sociedades locales con capital mayoritario extranjero. Más aun, teniendo en consideración, que el inciso 2) del artículo 99 no hace referencia alguna al control efectivo⁴⁹. Tal como está redactado el artículo 99, inciso 4), el control y la propiedad de la sociedad local podrían, indirectamente, estar en manos de extranjeros.

VI. Necesidad del dictado de una norma modificatoria del Artículo 99, inciso 4 del Código Aeronáutico.

En virtud de lo desarrollado en el capítulo anterior, no queda duda de que el artículo 99, inciso 4) debe ser modificado a fin de resolver la incertidumbre jurídica existente en cuanto a si las aerolíneas dedicadas al transporte aéreo interno de pasajeros pueden ser explotadas en forma indirecta por accionistas extranjeros.

La Profesora Dra. Griselda D. Capaldo presentó el 3 de diciembre de 2010 ante la Administración Nacional de Aviación Civil un proyecto de Código Aeronáutico, a solicitud de la Organización de Aviación Civil Internacional. En lo que respecta al artículo 99 del

⁴⁹ Por control efectivo se entiende el control que ejercen determinadas personas en una sociedad, independiente de si tienen una participación directa o indirecta en la misma, y está determinada por la influencia que ejercen sobre dicha sociedad o por el hecho de poseer los votos necesarios para formar la voluntad social.

Código Aeronáutico, la Dra. Capaldo propone modificarlo de la siguiente manera: *“Las personas de existencia ideal que exploten servicios de transporte aéreo interno deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Estar constituidas conforme a las leyes argentinas; b) El control efectivo, la propiedad sustancial y la dirección de la empresa deben estar en manos de personas con domicilio real en la República Argentina. c) Si se trata de una sociedad de personas, la mitad más uno de los socios deben ser argentinos con domicilio real en la República y poseer la mayoría del capital social; d) Si se trata de una sociedad de capitales, la mayoría de las acciones, a la cual corresponda la mayoría de los votos computables, deberán ser nominales y pertenecer en propiedad a argentinos con domicilio real en la República. La transferencia de estas acciones solo podrá efectuarse con autorización del directorio, el cual comunicará a la autoridad aeronáutica, dentro de los ocho (8) días de producida la transferencia, los detalles de la autorización acordada; e) El presidente del directorio o consejo de administración, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores deberán ser argentinos; f) Tener establecida su oficina principal y domicilio permanente en el territorio argentino”⁵⁰.*

Como puede apreciarse del párrafo citado, en este proyecto de reforma sí hay una tendencia marcada a que tanto el control como la propiedad quede en manos de argentinos. Al incluir en el inciso 2) que el control efectivo y la propiedad sustancial de la empresa esté en manos de argentinos, se está contemplando toda la cadena de accionistas, buscando asegurar que ésta termine siempre en personas físicas argentinas. Sin embargo, en este proyecto no se hace ninguna aclaración a la palabra “argentinos” del inciso 4) (como sí lo hizo el Decreto N° 52/1994), lo que nos deja en otra incertidumbre jurídica sobre si la palabra “argentinos” contempla también a las personas jurídicas. Esa situación debería subsanarse.

Por otra parte, tenemos la propuesta para reformar el Código Aeronáutico de Luis Alejandro Rizzi, que en su artículo 99 establece: *“Las sociedades se constituirán en*

⁵⁰ Capaldo, Griselda D. 2010. “Proyecto de Código Aeronáutico”. Consultado el 5 de febrero de 2021. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/capaldo-proyecto-de-codigo-aeronautico.pdf>

cualquiera de las formas que autoricen las leyes, condicionadas en particular a las siguientes exigencias: 1) El domicilio de la sociedad debe estar en la República. 2) Si se trata de una sociedad de personas éstas deberán tener domicilio en la República. Los no domiciliados deberán constituir las garantías que determine la reglamentación o que fije la autoridad de aplicación. 3) Si se trata de una sociedad de capital deberá ser constituida según las disposiciones legales vigentes e inscribirse ante la autoridad de aplicación y control societario. El directorio deberá estar constituido por personas que conformen mayoría para decidir, con domicilio real y permanente en la República. 4) Si se trata de una sociedad de capital controlada en los términos de la ley de sociedades por una o más sociedades constituidas en otros países deberán constituir las garantías que determine la reglamentación o que fije la autoridad de aplicación. 5) Si se tratar de una sociedad constituida en el extranjero deberá constituir sucursal o representación en la República y deberá afectar el capital mínimo que determine la autoridad de aplicación aeronáutica”⁵¹.

Esta redacción resulta más simple, permite a cualquier sociedad de cualquier nacionalidad explotar el servicio de transporte aéreo interno en Argentina y si ésta fuera extranjera, le exige la constitución de una garantía. Desde ya que deja de lado cualquier idea de nacionalismo, permitiendo que las aerolíneas sean explotadas por cualquier país, sin más requisito que la constitución de la garantía. No obstante, subsana cualquier vacío jurídico respecto a quienes están habilitados para explotar el servicio de transporte aéreo interno en Argentina.

VII. Conclusiones

En virtud de las cuestiones que han sido analizadas a lo largo de este trabajo, es posible concluir, en primer término, que la redacción del artículo 99, inciso 4 del Código Aeronáutico es deficiente en cuanto a su contenido. Asimismo, la clarificación que se intentó realizar a través del dictado del Decreto N° 52/1994 tampoco contribuyó a

⁵¹ Rizzi, Luis Alejandro. “Propuesta para Reformar el Código Aeronáutico”. Consultado el 9 de febrero de 2021. <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Proyecto%20Rizzi.pdf>

esclarecer su interpretación. La principal deficiencia del artículo examinado radica en el hecho de que la norma otorga nacionalidad a las personas jurídicas, pero no establece el modo de atribución. Como consecuencia de ello, no es posible determinar qué personas jurídicas están habilitadas a prestar servicios de transporte aéreo en Argentina.

Esta omisión nos ha llevado a preguntarnos y analizar si las sociedades tienen nacionalidad, para entonces determinar si es correcto hablar de “personas jurídicas argentinas”. Si bien en doctrina no hay unicidad de criterios y la legislación argentina no reguló esta cuestión expresamente (ni en el Código Civil y Comercial ni en la Ley General de Sociedades), lo cierto es que en los últimos años se fueron sancionando ciertas leyes (como la Ley N° 25.750 y la Ley N° 21.382 aquí analizadas) que dejan entrever una marcada tendencia a admitir la nacionalidad de las sociedades, utilizando como criterio de atribución la teoría de control, es decir, que la nacionalidad de las sociedades está determinada por la nacionalidad de quienes poseen la propiedad sustancial y control efectivo de dicha sociedad.

Sin perjuicio de lo que establezcan las normas de cada Estado, lo cierto es que la nacionalidad es un atributo de las sociedades, ya que toda sociedad se encuentra vinculada jurídicamente a un Estado al que pertenece. Aun cuando la legislación de un Estado no reconozca la nacionalidad de una persona jurídica expresamente, siempre distingue entre sociedades nacionales y sociedades extranjeras, a los efectos de determinar los derechos y obligaciones aplicables a cada una. Lo que varía es el modo de atribución elegido por cada Estado ya que, según cual sea el modo de atribución elegido, una sociedad pertenecerá a tal o cual Estado. Y si no se estableciera ningún modo de atribución, la nacionalidad continuará existiendo, pero sus efectos no serán aplicables (por ejemplo, la protección diplomática).

Ahora cabe preguntarse si las sociedades locales de capital mayoritario extranjero pueden prestar servicios de transporte aéreo interno en Argentina. Claramente, la respuesta a esta pregunta no podemos encontrarla en el Código Aeronáutico, ya que es la incertidumbre jurídica del artículo 99, inciso 4, la que nos lleva

a analizar esta cuestión. Habiendo admitido que las sociedades tienen nacionalidad, podemos afirmar que cualquier “persona jurídica argentina” estaría en condiciones de prestar este servicio. No obstante, se nos presenta el inconveniente de cual es el criterio de atribución adoptado por el Código Aeronáutico.

Si bien el Código es deficiente porque no adopta un criterio expreso, podemos descifrar su interpretación del análisis del resto de los incisos del artículo en cuestión. Y si bien encontramos una marcada tendencia nacionalista en el cuerpo normativo, lo cierto es que ninguno de los incisos del artículo 99 niega la posibilidad de que las aerolíneas pertenezcan en su mayoría a accionistas extranjeros. El inciso 2 del artículo 99 refiere al control de la sociedad, que debe estar en manos de personas con domicilio real en la República, pero peca de dos defectos: (i) no aclara a qué control refiere (podría ser control directo, indirecto o efectivo); (ii) solo menciona que las personas deben tener domicilio real en Argentina, pero no hace referencia alguna a la nacionalidad de dichas personas. Los demás incisos refieren a la administración interna de la sociedad local, pero no hacen ninguna referencia a los accionistas. En consecuencia, no pareciera haber en la norma ninguna intención de vedar la participación de accionistas extranjeros en aerolíneas argentinas.

Todo lo hasta aquí expuesto nos lleva a afirmar que resulta necesario e imprescindible reformar el artículo 99 del Código Aeronáutico. Teniendo en consideración la tendencia internacional que ha sido desarrollada en este trabajo, en virtud de la cual en los últimos años se ha venido adoptando un enfoque más liberal en materia de propiedad y control, se recomienda la modificación del artículo 99, de modo tal que se permita expresamente a las sociedades locales de capital extranjero prestar el servicio de transporte aéreo interno en Argentina. Una posible redacción del artículo 99 podría ser la siguiente:

“Las sociedades se constituirán en cualquiera de las formas que autoricen las leyes, condicionadas en particular a las siguientes exigencias: 1) El domicilio de la sociedad debe estar en la República; 2) La dirección de la sociedad debe estar, en su mayoría, en manos de personas con domicilio real en la República; 3) Si se trata de una

sociedad de personas, al menos la mitad más una de éstas deberán tener domicilio en la República y deberán constituir las garantías que determine la reglamentación o que fije la autoridad de aplicación; 4) Si se trata de una sociedad de capital, deberá ser constituida según las disposiciones legales vigentes e inscribirse ante la autoridad de aplicación de la República Argentina. Los accionistas deberán constituir las garantías que determine la reglamentación o que fije la autoridad de aplicación; 5) El presidente del directorio o consejo de administración, los gerentes y por lo menos dos tercios de los directores o administradores deberán ser argentinos.”



Universidad de
San Andrés

VIII. Bibliografía

Foglia, Ricardo Arturo. 1974. *Código Aeronáutico Anotado*. Buenos Aires: Eudeba.

Folchi, Mario. 1992. *El Nuevo Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: La Ley.

Folchi, Mario y Eduardo Cosentino. 1977. *Derecho Aeronáutico y Transporte Aéreo*. Buenos Aires: Astrea.

Folchi, Mario, Eduardo Cosentino y Federico Videla Escalada. 1968. *Cuestiones Actuales de Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: Eudeba.

Giménez Videla, Raúl y Ramón T. Méndez. 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.

Rodríguez Jurado, Agustín. 1986. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: Depalma.

Ruiz Moreno, Isidoro (h). 1941. *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad.

Verón, Alberto Víctor. 2015. *Ley General de Sociedades 19.550*. Tomo III. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Videla Escalada, Federico. 1976. *Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: Zavalia.

Videla Escalada, Federico. 1996. *Manual de Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires: Zavalia.

Zavalía, Clodomiro, Héctor Lafaille y Hugo Alsina. 1933. "Cámara Civil 1° de La Plata". En *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 41: 516-518.

Bibliografía Web

Cabriza, Ramón María. "El Principio de Reciprocidad en la Doctrina de Cielos Abiertos". Consultado el 10 de enero de 2021. <https://derechonatural.tripod.com/ponencias/cielosabiertos.htm>

Calderón Vico de Della Savia, Lilia María del Carmen. 1995. "La Nacionalidad de las Sociedades". Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995.

<https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1059/CDS06020477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cámara en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “*Agropecuaria La Ventana S.A. c. Clovis Internacional Corp.*”. 15 de junio de 2004.

Capaldo, Griselda D. 2010. “Proyecto de Código Aeronáutico”. Consultado el 5 de febrero de 2021. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/capaldo-proyecto-de-codigo-aeronautico.pdf>

Coloma, G., Gerchunoff, P. y Olmos, M. 1994. “La Privatización de Aerolíneas Argentinas”. Trabajo de investigación de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago de Chile, abril de 1994. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/9513/S9400013_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Dipublico.org. “Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Segunda Fase). Fallo de 5 de febrero de 1970”. Consultado el 24 de enero de 2021. <https://www.dipublico.org/116468/caso-relativo-a-la-barcelona-traction-light-and-power-company-limited-segunda-fase-fallo-de-5-de-febrero-de-1970/>

Dipublico.org. “CASO RELATIVO A ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI). Fallo de 20 de julio de 1989”. Consultado el 24 de enero de 2021. <https://www.dipublico.org/cij/doc/84.pdf>

Estoup, Luis Alejandro. 2003. “El fin de la Teoría de Bernardo de Irigoyen. Aparecen las sociedades argentinas”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 2. <https://www.redalyc.org/pdf/824/82400205.pdf>.

Fargosi, Diego. 2017. “¿Se encuentra vigente el Decreto 52/1994 que autoriza la propiedad extranjera en líneas aéreas?”. *Abogados.com.ar*. <https://abogados.com.ar/se-encuentra-vigente-el-decreto-521994-que-autoriza-la-propiedad-extranjera-en-lineas-aereas/19708>

Folchi, Mario O. 2013. “Servicios de Transporte Aéreo”. En *Tratado de Derecho Aeronáutico y Política de la Aeronáutica Civil*. Cita: IJ-LXIX-116. <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66116&print=2>

Franzetti, Carlos Alberto. “La Nacionalidad de las Sociedades”. Consultado: 17 de diciembre de 2020. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/32/la-nacionalidad-de-las-sociedades.pdf>

Luongo, Norberto E. 2008. “El caso Aerolíneas Argentinas y una mirada sobre la cuestión de la “propiedad sustancial” y el “control efectivo” en las empresas aéreas”. *El Dial*.

<https://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=3899&base=50&resaltar=aerol%EDneas, caso, casos, aerolinea, aerol%EDnea, aerolineas, aerol%EDneas>

Maciel, Rogelio N. 2011. "Nacionalidad o simple domicilio para los accionistas de líneas aéreas locales". Thomson Reuters. Publicado en: Sup. Act. 17/02/2011, 17/02/2011. Cita Online: AR/DOC/381/2011.

<https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc600001672cb254afde012043&docguid=i812047CCF7F294639529C2A30930383A&hitguid=i812047CCF7F294639529C2A30930383A&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=iOADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=56&crumb-action=append&>

Mariani, Pablo Raúl. "Sociedades Constituidas en el Extranjero – La Situación de la Sociedad Extranjera no Inscripta". Consultado el 22 de enero de 2021. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiLkPmEir_uAhVKEbkGHY5Laf8QFjABegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.mariani-abogados.com.ar%2Fdocumentos%2F9%2FSociedades%2520Extranjeras.doc&usg=AOvVaw385i0WF8-To4-DhhJn33I

Nota de Estudio de la Organización de Aviación Civil Internacional sobre la Sexta Reunión de la Conferencia Mundial De Transporte Aéreo (Atconf), Montreal, 18 - 22 de marzo de 2013. Publicado en:

https://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp049_es.pdf

Rizzi, Luis Alejandro. "Propuesta para Reformar el Código Aeronáutico". Consultado el 9 de febrero de 2021. <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Proyecto%20Rizzi.pdf>

Trucco, Marcelo F. 2007. "La nacionalidad en el derecho internacional. Régimen jurídico de la nacionalidad argentina". Consultado el 15 de enero de 2021. <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dasf070028-trucco-nacionalidad en derecho internacional.htm>