

LA SOCIEDAD PREVISTA EN EL ART. 124 DE LA LEY 19.550

DANIEL ROQUE VITOLO

PONENCIA

La norma contenida en el artículo 124 de la ley 19.550 no es una típica norma que sanciona el fraude a la ley, sino que es:

- (i) una norma de policía de Derecho Internacional Privado;
- (ii) tiene carácter imperativo;
- (iii) resulta de aplicación exclusiva y excluyente en los casos en que se presenten cualquiera de las dos circunstancias de conexión contenidas en ella;
- (iv) la jurisdicción de los tribunales argentinos también es exclusiva y excluyente en el caso; y —finalmente—,
- (v) la sociedad comprendida en el artículo 124 no deviene en sociedad constituida en el país.

1. NATURALEZA DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ART. 124 DE LA LEY 19.550

En cuanto a la naturaleza del artículo 124 de la ley 19.550, no existe consenso en la doctrina respecto de este punto; pues tanto ha sido concebido como una *norma de policía* de Derecho Internacional Privado, como un claro precepto que regula la constitución de sociedades en *fraude a la ley*.

Para Boggiano,¹ por ejemplo, se trataría de una norma de policía de Derecho Internacional Privado argentino en virtud de la cual se defiende la aplicación del derecho argentino con todo rigor y exclusividad cuando una sociedad tiene su sede en el país o cuando el principal objeto social está destinado a cumplirse en el territorio de la república. Contrariamente, si tales elementos se ubican en territorio de otro país extranjero, en la Argentina no se defiende la aplicación del derecho de la sede o del principal objeto, sino que se acepta la aplicación de la ley del lugar de constitución; como ocurre en el caso del artículo 118, parte primera, de la ley 19.550.

Señala Boggiano que se advierte el carácter unilateral de la norma contenida en el artículo 124 de la ley 19.550, que sólo enfoca dos conexiones alternativas en el territorio nacional: la *sede* o la *principal actividad del objeto social* y, produciéndose en los hechos cualquiera de esas dos hipótesis, la aplicación del derecho societario argentino es perentoria y excluyente de cualquier eventual derecho extranjero.

Por el contrario, tanto para Goldschmidt² como para Kaller de Orchansky³ se trataría de un típico caso de *fraude a la ley*.

Como bien lo señala esta última autora, es sabido que en el Derecho Internacional Privado la norma indirecta remite a un determinado ordenamiento para que éste regule una situación jurídica; para ello la norma utiliza un punto de conexión personal, real o voluntario. El legislador prevé, al regular la cuestión, la *realización normal* del

¹ Boggiano, Antonio, Curso de Derecho Internacional Privado, Ab. Perrot, pág. 609 y siguientes, 2000.

² Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, Ed. Depalma, 8° Ed., 1997.

³ Kaller de Orchansky, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Ed. Plus Ultra, 1995.

punto de conexión y asigna la competencia *normal* del derecho señalado. Claro está que en ciertos casos los particulares se acogen deliberadamente a un ordenamiento jurídico cuya reglamentación de ciertas situaciones le resultan más favorables que otra, nacional o extranjera, a la cual están normalmente sujetos y —para lograr sus propósitos— evadir el derecho normalmente competente y lograr la aplicación de otro derecho más favorable, alteran voluntaria y maliciosamente el punto de conexión utilizado por la norma indirecta. La intención que anima a los particulares es fraudulenta porque los cambios operados en los puntos de conexión carecen en absoluto de la sinceridad, son efectuados con el fin exclusivo de eludir la ley normalmente competente y obtener la aplicación del derecho escogido. Al decir de Kaller de Orchansky, la competencia de la nueva ley —aquella que es buscada a través del fraude— resulta así anormal o artificial, es el producto de móviles egoístas ansiosos de burlar el derecho normalmente competente y colocarse bajo el imperio de una ley más favorable.

Claro está que ello debe ser sancionado, pues como recordaba Niboyet,⁴ la noción de fraude a la ley en Derecho Internacional Privado es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo, y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica, por haberse los interesados acogido a una nueva ley.⁵

2. CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN

La diferencia entre ambas posiciones no es algo menor.

En efecto, mediante normas de policía, el legislador nacional —enseña Boggiano— elige su derecho interno (*lex fori*) como aplicable para un caso multinacional. La autoelección del derecho propio del legislador de normas de policía, está inspirada en el fin de proteger ciertos intereses generales y públicos del país comprometidos en los actos multinacionales. Se trata —entonces— de la incidencia de los inte-

⁴ Niboyet, J.P., Principios de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1928.

⁵ Debe reconocerse que este concepto tan afín a la doctrina francesa y belga, y que ha sido recogido también por la doctrina y jurisprudencia italiana, tiene sus detractores en un sector no menos importante de la doctrina nacional quienes no encuentran razonable intentar aprehender los móviles de quienes han generado la conducta o el hecho centrando la atención en determinar si pueden invocar la ley en la cual se amparan.

reses nacionales en los casos multinacionales jusprivatistas, incidencia que adquiere mayor importancia cuando los Estados se proponen organizar, controlar y dirigir las estructuras jusprivatistas que repercuten, en conjunto, en la planificación económica de aquellos estados. Al decir de Boggiano, ciertamente no sólo los intereses públicos económicos dominan la finalidad de las normas de policía, sino también intereses públicos familiares, asistenciales, y sociales, entre otros. Finalmente, también cabe destacar que en la materia en que el legislador dicta la norma de policía de Derecho Internacional Privado, también allí se debe afirmar la jurisdicción internacional de los jueces argentinos; es el paralelismo de competencias que permite deducir la jurisdicción internacional argentina de las normas de policía argentinas. La aplicación de la norma de policía es imperativa.

Por el contrario, en el caso de *fraude a la ley* existe un elemento subjetivo —que debe probarse— que es la intención dolosa, y la evidencia de la intención fraudulenta tiene que ser extraída de la conducta exterior de las partes. Como advierte Goldschmidt, los dos indicios típicos de la intención fraudulenta en este campo son: a) la expansión espacial de las conductas, y b) la contracción temporal. Las partes aparecen en un país extranjero donde no pueden justificar su actuación, y obran aceleradamente. Pero para destruir las presunciones típicas del fraude deben suministrarse razones objetivas que justifiquen las conductas aparentemente extraordinarias; lo que no es sencillo, toda vez que el fraude puede ser —a su vez— (i) retrospectivo, que es el cometido para eludir las consecuencias de un acto ya realizado; (ii) simultáneo, que falsea los hechos ya al llevarlos a cabo o bien a fin de evitar las consecuencias inmediatas del acto llevado a cabo en forma sincera; y (iii) el fraude a la expectativa, manipulando los hechos y no porque —como bien advierte Goldschmidt— el acto sincero produzca consecuencias que se quieren evitar, sino porque se teme que en el futuro puedan darse esas secuelas, y se procura evitarlas.

Para que exista fraude a la ley deben darse tres requisitos básicos:

- (i) el punto de conexión debe haberse alterado mediante un proceso regular no objetable;

- (ii) el derecho que se pretende eludir por ser el normalmente competente, debe ser un derecho coactivo; y
- (iii) la invocación del fraude a la ley debe ser el último recurso y operar sólo en ausencia de cualquier otro remedio para neutralizar los resultados queridos por las partes.

Cómo puede advertirse, de acuerdo con la posición que se adopte en relación a la naturaleza de la norma, será la forma en que debe considerarse operará la protección legal.

Si se adhiere a la posición que otorga a la regulación contenida en el artículo 124 de la ley 19.550 la naturaleza de una *norma de policía de Derecho Internacional Privado*, verificados cualquiera de los dos puntos alternativos de conexión en relación con dicha norma —que la sociedad tenga su sede en la República o que su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma— de nada les valdrá a las partes constituir la sociedad en un país extranjero y someterla a otras leyes, ya que en aquellas circunstancias de conexión se aplica exclusivamente la ley argentina y para evadirla deberían crear ficticiamente una sede y una explotación en el extranjero (fraude), pues éstos son los puntos de conexión.

Contrariamente, si se adhiere a la posición de que se trata de un caso típico de *fraude a la ley*, el mismo debe probarse, con la carga de la prueba en cabeza de quien invoqué el fraude, y ello debilitaría —desde nuestro punto de vista— el alcance de la norma.

3. NUESTRA OPINIÓN

Por nuestra parte adherimos a la primera de las posiciones, es decir a la que considera la norma del artículo 124 como una *norma de policía de Derecho Internacional Privado*, de carácter imperativo, y señalamos que esta división doctrinaria en relación con el tema específico —norma de policía vs. fraude a la ley— obedece a una situación que en la doctrina se ha pasado algunas veces por alto y es que las normas de policía de Derecho Internacional Privado también persiguen —muchas veces— evitar y prevenir el fraude a la ley nacional; y de allí viene

la confusión.⁶ El hecho de que el artículo 124 contenga una norma de policía de Derecho Internacional Privado que –además– intenta prevenir el fraude a la ley nacional, no convierte sólo por este motivo a la norma en una típica norma sancionatoria del *fraude a la ley*.

Prueba de ello es que la norma en modo alguno sanciona el hecho fraudulento con la sanción típica aplicable al fraude a la ley como lo es la ineficacia de las consecuencias fraudulentas perseguidas por las partes, haciendo que caiga también el acto o hecho instrumental del fraude, ni tampoco juzga como no ocurridos los puntos de contacto artificiales.

Por el contrario, la norma contenida en el art. 124 de la ley 19.550 se preocupa muy bien de establecer una consecuencia particular y con alcance acotado respecto de la sociedad constituida en el extranjero que tiene su sede en la República o cuyo principal objeto esté destinado a ser cumplido en la misma: (i) considerarla sociedad local y (ii) con el sólo alcance respecto de las formalidades de constitución, o de su reforma y contralor de funcionamiento.

Por ello, desde nuestro punto de vista, la norma contenida en el artículo 124 de la ley 19.550 no es una típica norma que sanciona el fraude a la ley, sino que es:

- a) una norma de policía de Derecho Internacional Privado;
- b) tiene carácter imperativo;
- c) resulta de aplicación exclusiva y excluyente en los casos en que se presenten cualquiera de las dos circunstancias de conexión;
- d) la jurisdicción de los tribunales argentinos también es exclusiva y excluyente en el caso, y –finalmente–
- e) la sociedad comprendida en el artículo 124 no deviene en sociedad constituida en el país.

⁶ Puede verse con mayor amplitud el tema de Vitolo, Daniel Roque, *Sociedades Extranjeras y Off Shore*, Ed. Ad Hoc, 2003

4. LA RESOLUCIÓN GENERAL 12/2003 DE LA IGJ

La resolución 12/2003 de la IGJ coloca la cuestión en su justo punto al disponer que deba otorgarse una escritura pública de adecuación y sujeción de la sociedad a la ley argentina a todos sus efectos –que no pueden ser otros que los que emanan del art. 124–, otorgada por los socios actuales y los que en su caso se incorporen en oportunidad de la adecuación, por sí o mediante apoderado o apoderados con facultades especiales; el poder o poderes especiales deberán consignar expresamente tanto el porcentaje de participación de cada socio como los porcentajes que dicho socio reconoce a los restantes en el capital social. Igualmente es acertado lo resuelto en materia de disponer que dicha escritura pública deberá contener: a) la identificación de los socios; b) la acreditación de la calidad de tales; c) la declaración de su voluntad regularizatoria; d) la confección de un balance de regularización; e) el nuevo contrato social o estatuto; f) las cuestiones relativas al capital social; g) la designación de los administradores o integrantes de los órganos de administración y de fiscalización; h) la fijación de domicilio y sede social; y i) la nómina de socios que se separan de la sociedad y el valor de sus participaciones.

Sin perjuicio de ello no compartimos que se requiera de la sociedad la cancelación de su inscripción en su lugar de origen, toda vez que la “regularización” –en sentido lato y no técnico de la palabra– de la situación en los términos del art. 124 de la ley 19.550 no hace devenir a la sociedad constituida en el extranjero en sociedad constituida en el país sino que se la considera “como” sociedad local –y no “sociedad local” propiamente dicha– y a los sólo efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento, lo que en modo alguno implica obligarla a renunciar a su carácter de sociedad constituida en el extranjero a otros efectos, o a cancelar su inscripción en su lugar de origen.