

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOCIETARIO Y LA CONVENCIÓN SOBRE RECONOCIMIENTO DE LA PERSONERÍA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES, ASOCIACIONES Y FUNDACIONES EXTRANJERAS

ADRIANA DREYZIN DE KLOR Y
TERESITA SARACHO CORNET

PONENCIA

1) La Convención de La Haya recientemente ratificada por nuestro país, no responde a las necesidades que plantea el actual desenvolvimiento de las relaciones internacionales ya que faculta a los Estados a desconocer la personería jurídica adquirida cuando la sede real sea el criterio de vinculación fáctico-jurídico de ese Estado y dicha sede no se localice en ese país.¹

2) Nuestro país, enrolado en la teoría de la realidad, reconoce a las sociedades la personería jurídica atribuida por otro Estado, admitiendo su capacidad para la realización de actos genéricos: en este aspecto, existe coincidencia con la nueva fuente convencional. Antes bien, no existe uniformidad en los puntos de conexión empleados, a los efectos de la acreditación de la existencia y forma del tipo societario, como así tampoco, respecto al criterio de valoración para establecer la especificidad de los actos que hacen al objeto social.

3) Al asumir como cierto que el universalismo es hoy uno de los rasgos definitorios de la Conferencia de La Haya, afirmamos también que de él, todos somos tributarios y que por cierto, como dice Operti Badán, el regionalismo no tiene por finalidad competir con aquél o ni siquiera obrar de modo desvinculado y reiterativo.

¹ En igual sentido, ver GOLDMAN, Berthold y LYON-CAEN, Antoine: *Derecho Comercial europeo*, trad. española de la edic. francesa de 1983, Madrid, 1984, p. 149, citados por Héctor ALEGRIA en "Reconocimiento, libertad de establecimiento, sociedades y Mercosur", publicado en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 5, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 423.

4) En un campo más concreto al que analizamos, no puede tampoco hablarse de la influencia de La Haya sobre CIDIP sin reconocer que la tarea de cada una permea de algún modo a la otra. Es aquí donde aparece el valor de la coordinación como el gran lenguaje necesario de la comunidad internacional y no sólo en el Derecho Internacional Privado; existe actualmente una creciente interdependencia y ésta es la que reasegura la coordinación; ambas resultan de la evolución de la comunidad internacional. Es dentro de este marco que cabe observar el papel del regionalismo respecto al universalismo, más como un criterio de funcionalidad en la distribución de la tarea codificadora global que de una suerte de provincianismo científico aislacionista. Pero digamos también que universalismo no es un concepto histórico-geográfico y menos todavía geopolítico; reconocer el universalismo de La Haya es tanto como afirmar que en ella deben participar todos los Estados, de un modo u otro, sin desconocer que por tradición e influencia, La Haya reposa todavía en un gran consenso europeo. Bien se ha dicho que a un universalismo verdadero debe corresponder un regionalismo aperturista.²

5) Las discrepancias entre las soluciones acogidas por unos y otros sistemas de D.I.Pr. pueden entorpecer el flujo transfronterizo de la actividad económica. Para eludirlas, los Estados se han esforzado por llegar a un acuerdo mediante la conclusión de convenios internacionales de carácter multilateral o bilateral.³

6) La reglamentación contenida en el Derecho Internacional Privado Comercial Convencional—Tratados de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 y 1940 y CIDIP II sobre Sociedades Comerciales—armoniza con la del Derecho Internacional Privado Comercial interno: en el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad de las sociedades mercantiles constituidas en el extranjero y de su capacidad para ejercer actos aislados y actuar en juicio. El ejercicio de actos mediante los cuales se procura alcanzar el fin u objeto de su institución, trae como consecuencia el sometimiento de la sociedad a las leyes del Estado donde actúa. La discordancia se advierte en el punto de conexión utilizado; mientras en el orden convencional se emplea el domicilio comercial en el orden interno se acude al lugar de constitución.

7) La CIDIP II sobre sociedades coincide en la calificación autárquica de "lugar de constitución, con la que brinda la doctrina nacional a los términos homónimos empleados por el art. 118 de la ley 19.550.

8) El análisis efectuado es apenas una aproximación que no pretende ser más que un primer paso en el estudio de la Convención ratificada por la ley 24.409. Sólo

² OPERTTI BADÁN, Didier: "La Codificación del Derecho Internacional Privado: Análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho Internacional Privado y por la CIDIP", Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado llevadas a cabo en San Lorenzo de El Escorial los días 13 y 14 de diciembre de 1991 bajo la temática "España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado"; Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993.

³ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., y otros, op. cit. p. 178.

el probable beneficio de vincularnos con algunos Estados europeos (recuérdese que hasta el día de la fecha, únicamente tres países ratificaron la misma, fuera de la Argentina) permite conjeturar alguna justificación.

9) Su ratificación, sin la adecuada coordinación y respeto del criterio que orienta la política exterior argentina en materia de obligaciones internacionales, nos introduce en una red confusa de regulaciones normativas que no se compadecen entre sí.

10) Los inconvenientes y desventajas que trae aparejada la incorporación del nuevo marco normativo al sistema de derecho internacional privado argentino, no tienen contrapeso a la hora de efectuar el necesario balance sobre la utilidad y eficacia que dicho instrumento nos depara. Es indispensable efectuar un cuidadoso examen sobre la compatibilidad y armonía de los convenios elaborados en los diversos foros internacionales con los restantes ordenamientos convencionales vigentes en la República. Queda en manos de los especialistas y demás operadores jurídicos profundizar el análisis de la Convención.

FUNDAMENTOS

1. *Aclaraciones previas*

Desde la ratificación por nuestro país de la Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras,⁴ adoptada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el 1 de junio de 1956,⁵ veníamos postergando un estudio profundo de la misma, y el necesario debate sobre los motivos que llevaron a su ratificación. La oportunidad en que ésta se produjo, como así también la circunstancia de que la convención no ha entrado aún en vigencia,⁶ no dejó de sorprendernos.

Las Jornadas de Derecho Procesal y Comercial Internacional realizadas en Rosario⁷ obraron de marco idóneo, a la vez que fueron el motor que nos impulsó a abocarnos a la tarea pendiente, teniendo presente que la capacidad de actuación extraterritorial de las personas jurídicas extranjeras, específicamente, de las sociedades,

⁴ Ley 24.409, sancionada 30/11/94; promulgada 20/12/94; B.O. 28/12/94.

⁵ El proyecto de esta Convención consta en el acta final de la VII Conferencia de La Haya, reunida en la capital holandesa del 9 al 31 de octubre de 1951, con asistencia de dieciséis delegaciones de los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. Yugoslavia asistió tan sólo como observador.

⁶ A la fecha, cuenta sólo con las ratificaciones de Francia (1963), Bélgica (1962) y Holanda (1959).

⁷ Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, entre los días 11 y 12 de mayo de 1995.

asociaciones y fundaciones está indisolublemente unida al reconocimiento de la personería jurídica que los demás Estados les otorgan.

El punto de partida de nuestras reflexiones lo constituye la formulación de los siguientes interrogantes: ¿qué propósitos tuvo el Parlamento argentino al ratificar la Convención? y ¿qué efectos jurídicos, económicos, políticos y sociales, produce este hecho en el derecho internacional privado argentino de fuente interna, convencional e institucional?

Para dar respuesta a ello, hemos abordado el análisis comparativo de las diferentes vertientes jurídicas que regulan el tópico, con la finalidad de observar cómo se inserta esta nueva fuente convencional con las vigentes sobre la misma temática,⁸ con la fuente institucional en gestación,⁹ y con las normas de derecho internacional privado societario de fuente interna.

La coexistencia de distintos ámbitos de producción jurídica, nos sitúa frente a un panorama en el cual resulta difícil determinar cuál es la dirección en que se orienta la política convencional argentina, siendo para ello importante establecer qué tipo de influencia ejercen las relaciones de tráfico privado externo en dicha política.

La mayor participación que está teniendo nuestro país como consecuencia de una mayor inserción en la vida internacional hace necesario que disponga de instrumentos convencionales coherentes, para dar respuesta a las nuevas exigencias.

Con el propósito de encuadrar el tema, creemos conveniente efectuar unas breves consideraciones sobre los objetivos que persigue la Conferencia de La Haya, dado que es el foro en el cual se gestó la Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras.

2. La conferencia de La Haya de derecho internacional privado

2.1. Antecedentes

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es un organismo intergubernamental de carácter permanente, que tiene por finalidad trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado.¹⁰ Comen-

⁸ Recordemos que en materia de capacidad de actuación extraterritorial de las Sociedades, Argentina ha ratificado el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, la Convención sobre Sociedades elaborada en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP II) que reemplaza al Tratado de Montevideo de 1940, en razón de haber sido ratificada también por Paraguay y Uruguay.

⁹ DREYZIN DE KLOR, Adriana S., "El Mercosur: Generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni, n° 6, 1994.

¹⁰ La memoria del gobierno holandés destinada a los delegados de la I Conferencia

zó a sesionar en 1893, bajo la presidencia de T.M.C. Asser, y, si bien nació con un tinte marcadamente europeísta, actualmente nuclea Estados de los cinco continentes, dando signos contundentes del espíritu universalista que la anima. En efecto, no sólo se ha producido la incorporación de numerosos países como miembros de la Conferencia, sino que se ha instado a participar a Estados que no lo son, mediante la resolución por la cual admite que "los Estados no miembros puedan participar en los trabajos de la Conferencia cuando, en razón de la materia tratada, la necesidad se haga notar".¹¹ Las sesiones se celebran cada cuatro años, aproximadamente; sin embargo se permite la convocatoria a reuniones extraordinarias, en caso que se estime necesario.

2.2. Finalidad

La idea de una codificación general de los conflictos de leyes que imperó en un principio, fue luego sustituida, ya que el propósito de la Conferencia, es trabajar en la unificación progresiva de las reglas de Derecho Internacional Privado. Hoy puede afirmarse que ha logrado el objetivo que se propuso pues, no puede negarse, que es una codificación de reglas precisas, con relación a materias muy concretas.

Tradicionalmente, atraía la atención, la solución de conflicto de leyes y la necesaria determinación de la ley aplicable. Sin embargo, a partir de la participación de los países anglosajones, se ha ido produciendo un desplazamiento favorable a atribuir una mayor importancia al conflicto de jurisdicciones y de autoridades. Esta orientación se intensifica y puede actualmente decirse que la Conferencia actúa en un triple campo: ley aplicable, autoridad o jurisdicción competente; reconocimiento internacional de relaciones, situaciones y efectos jurídicos nacidos o establecidos en el extranjero.

Preocupada inicialmente por los temas de Derecho civil, ha ido progresivamente, sin descuidar su atención por estos problemas, proyectando su interés hacia las materias de derecho mercantil y procesal, que por su carácter más acusadamente técnico

de La Haya de 1893 proclamaba así sus fines: "La necesidad de reglas precisas y uniformes para la solución de conflictos de leyes se siente cada vez más de una manera general, y sobre todo en lo referente al Derecho de personas, Derecho de familia, y sucesiones, así como muchos aspectos del procedimiento civil". "Respetando por completo la autonomía legislativa de los Estados, parece deseable poner fin a la incertidumbre que existe sobre la ley aplicable cuando se trata de extranjeros o de personas domiciliadas en otro país, o cuando se trata de bienes muebles o inmuebles situados más allá de las fronteras, o de contratos otorgados en el extranjero, en fin, cuantas veces pueda surgir la duda con respecto a la ley que deba ser aplicada a una relación civil". Ver "The Influence of the Hague Conference on Private International Law"; T.M.C. Asser Instituut, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1993.

¹¹ Decisión adoptada en la Decimocuarta Sesión de la Conferencia de La Haya, cuyo texto completo puede verse en la *Revue Critique de Droit International Privé*; 1980, p. 177.

y menos condicionado por las particulares concepciones éticas y sociales de los pueblos, presentan un mayor grado de "unificabilidad".¹²

2.3. Metodología

Otro rasgo que merece destacarse es la metodología seguida en la elaboración de las normas; no se establecen exclusivamente reglas de conflicto, sino que se acude también a normas materiales, acentuándose inclusive la utilización de estas últimas en coincidencia con la tendencia moderna de dar soluciones directas a los problemas justiprivatistas internacionales.

3. Reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial de las personas jurídicas

3.1. Ámbitos de producción jurídica de derecho internacional privado

La existencia de una pluralidad de normas permiten distinguir tres contextos diferentes de producción jurídica. En primer lugar, las normas que se generan en el ámbito de un Estado determinado, en función de su peculiar concepción de la justicia, para reglamentar las situaciones internacionales. Se trata de D.I.Pr. interno. En segundo término, las normas que se originan en acuerdos entre Estados, D.I.Pr. convencional, o creadas en virtud de actos de organizaciones internacionales en el marco de un proceso de integración económica, D.I.Pr. Institucional. Por último, las normas que se crean en el marco del comercio jurídico internacional por obra de los particulares y que se realiza en el ámbito del *ius mercatorum*, D.I.Pr. transnacional.¹³

¹² Para una mayor profundización sobre la labor desarrollada por la Conferencia de La Haya, su funcionamiento y organización, ver: AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, t. I, Introducción y Fuentes, 4ª edic., Sección de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1982; "The Influence of the Hague Conference on Private International Law": publicado en *The Netherlands International Law Review*, Martinus Nijhoff Publishers; vol. XL, nº 1, 1993; FERNÁNDEZ ROSAS, JOSÉ y SÁNCHEZ, Lorenzo Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, S.A. Madrid, 1991; BOGGIANO, Antonio: "La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica", *La Ley*, Bs. Aires, 1993.

¹³ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: en ocasión de dictar su Curso de la Academia de La Haya de 1987, efectuó dicha clasificación de las fuentes del D.I.Pr. Conf. FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1991, p. 134.

3.1.1. EN EL ORDEN INTERNO

a) El Código Civil argentino. Reconocimiento y capacidad de actuación extraterritorial

El art. 33 del Cód. Civil, distingue en su segunda parte, al enumerar a las personas jurídicas de carácter privado, dos categorías: las asociaciones y fundaciones, a las que somete a una serie de requisitos que deben cumplir para quedar revestidas de esa condición jurídica,¹⁴ y las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La Convención de La Haya regula las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, aplicando a los tres tipos enunciados la misma regulación.

A fin de completar el cuadro de categorías descripto en el tipo de la norma convencional, conviene recordar que en nuestro ámbito interno las simples asociaciones están reguladas por el art. 46 del Cód. Civil; son consideradas sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público.

Por último, se consideran personas jurídicas "...los establecimientos, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones..." que las del art. 33 (conf. art. 34, Cód. Civil).

En el supuesto de las sociedades civiles y comerciales existentes en país extranjero, a las que no se les exige autorización para funcionar, basta que la ley que debe regir su capacidad, existencia y forma las considere capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, para que nazca el derecho de ser reconocidas como tales. Sin embargo, cabe aclarar que el régimen de las sociedades comerciales, está contemplado en una ley especial, por lo que el contenido de la norma queda de hecho reducido a las sociedades civiles.

Resulta oportuno señalar que la previsión contenida en el art. 3º de la Ley de Sociedades Comerciales¹⁵ se justifica atento la reducida regulación existente en el ordenamiento civil, de modo que las asociaciones que adopten formas societarias bajo alguno de los tipos previstos por la ley, quedan sujetas al régimen establecido por la L.S. Luego, el referido art. 3º actúa supletoriamente del Cód. Civil, en cuanto exista compatibilidad.

¿Qué ocurre con el reconocimiento de las asociaciones y fundaciones que se hubieren constituido en el extranjero? Adoleciendo el art. 34 de una redacción equívoca, hemos de dilucidar algunas cuestiones, a partir de dicho contexto.

¹⁴ El art. 33 del Cód. Civil expresa que las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado, incluyendo en estas últimas "las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado y obtengan autorización para funcionar".

¹⁵ Ley 19.550, modif. por la ley 22.903.

La norma sólo contempla las personas jurídicas extranjeras en lo que respecta a su existencia, pero no capta la actuación de ellas en nuestro territorio; de modo que no sólo estamos frente a una disposición imprecisa, sino también incompleta. Hay una laguna en el derecho argentino, respecto a la actuación extraterritorial de las personas jurídicas constituidas en el extranjero.¹⁶

¿Cuál es la ley por la que debe registrarse en cuanto a su capacidad y forma?

Como tampoco el Cód. Civil contiene una norma expresa relativa a la capacidad de las personas jurídicas, la doctrina recurre a la norma general contenida en los arts. 6° y 7° del citado cuerpo legal. En consecuencia, la Ley del Domicilio es la que decide los requisitos de su constitución y existencia; por ello, si pretende realizar en nuestro país actos que hacen a su capacidad genérica, bastará que se halle constituida legalmente de acuerdo al derecho de su domicilio; en caso que se trate de actos específicos de su objeto social, además de acreditar la existencia y capacidad según la referida ley, deberá someterse a la ley nacional.

El domicilio de las personas jurídicas se encuentra donde está la sede de su dirección o administración principal;¹⁷ luego, es la ley de ese lugar la que rige su capacidad y existencia.

3.2. Ley de Sociedades Comerciales

La Ley de Sociedades Comerciales,¹⁸ en la Sección XV, se ocupa de las sociedades constituidas en el extranjero; la conexión que utiliza para reconocer la personería jurídica adquirida en otro Estado, es el lugar de su constitución. En consecuencia, la sociedad constituida en el extranjero está habilitada para realizar en el país actos aislados y para estar en juicio. Sin embargo, si lo que pretende es el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, la ley argentina le exige cumplir una serie de requisitos, o sea que su personalidad jurídica se encuentra acotada al ejercicio de actos aislados.

Cabe destacar la recepción del fraude a la ley mediante una norma de aplicación inmediata, también llamada norma de policía, en estos términos: "La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté des-

¹⁶ KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Bs. Aires, 1991.

¹⁷ Así surge de lo establecido por los arts. 44 y 90 inc. 3° del Cód. Civil que respectivamente expresan: "Las personas jurídicas nacionales o extranjeras tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren, o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial..." "3) El domicilio de las corporaciones, establecimientos, y asociaciones autorizadas por las leyes o por el gobierno, es el lugar donde está situada su dirección o administración, si en sus estatutos o en la autorización que se les dio, no tuviesen un domicilio señalado".

¹⁸ Ley de Sociedades Comerciales 19.550, t.o. por dec. 841/84, modificada por las leyes 19.666, 19.880, 20.337, 20.468, 21.304, 21.357, 22.182, 22.686 y 22.903.

tinado 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 o funcionamiento” (conf. art. 124).

Esta disposición, contiene indicios que *iure et de iure* prueban la intención fraudulenta: *a)* el primero, de naturaleza económica, se evidencia en el propósito de lucrar en la Argentina, donde está destinado a cumplirse el “principal objeto”; *b)* el segundo, de índole administrativo, queda ínsito al hacerse referencia a “la sede”. Realizándose uno de tales indicios, se produce la asimilación al régimen de las sociedades nacionales y por consiguiente, la sujeción a las disposiciones de la ley argentina en cuanto a los requisitos de constitución y control de funcionamiento.¹⁹ Éste es el mecanismo normal del funcionamiento del fraude a la ley, que no debe conducir a la inexistencia o nulidad de los actos realizados, sino a la recuperación o reintegro de los mismos para someterlos a la ley imperativa que se pretendió evadir.

Para Boggiano, el art. 124 es una norma de policía—entendida ésta como norma de autolimitación del ámbito espacial de vigencia de nuestro derecho, fundada en razones de orden público internacional—cuya finalidad suele ser también la prevención del fraude a la ley nacional. Si existe sede o exclusiva explotación en la Argentina, de nada les valdrá a las partes constituir la sociedad comercial en el extranjero, pues en aquellas circunstancias se aplica exclusivamente la ley argentina. Para evadirla, deberían crear ficticiamente la sede en el extranjero.²⁰

3.2.1. EN EL ORDEN CONVENCIONAL

a) Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940

Es necesario distinguir preliminarmente, la regulación contemplada en materia civil de la específicamente comercial, pues en el primer caso, se da respuesta a la problemática de las personas jurídicas y en el segundo, al régimen de las sociedades.

Los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo no regulan del mismo modo la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado; mientras que el de 1889 las somete a “las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales”, el Tratado de Montevideo de 1940, deriva la existencia y capacidad de las personas jurídicas a “las leyes del país de su domicilio”.

En cuanto a la capacidad de actuación extraterritorial, ambos ordenamientos se enrolan en la teoría de la extraterritorialidad parcial, al reconocer que el carácter que revisten las habilita “plenamente para ejercitar todas las acciones y derechos que les correspondan”, fuera del lugar de su institución. Difieren, sin embargo, en la modalidad consagrada; el primero, recepta el criterio cualitativo—un solo acto de los comprendidos en el objeto especial de su institución la obliga a cumplir las prescripciones

¹⁹ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner: ob. cit., p. 114.

²⁰ BOGGIANO, Antonio: ob. cit., p. 85.

establecidas por el Estado en el cual pretenda efectuarlo— mientras que el Tratado de 1940. incorpora el requisito de la habitualidad, optando por el criterio cualitativo-cuantitativo.

3.3. Los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo

El contrato societario, su contenido, las relaciones jurídicas entre los socios, con la sociedad y entre la misma y terceros, quedan regidos por la Ley del Domicilio Comercial, según ambos tratados. El art. 3° del Tratado de 1940 brinda la calificación autárquica, definiéndolo como el lugar donde la sociedad tiene el asiento principal de sus negocios.

La existencia y personalidad jurídica de las sociedades se someten asimismo a la Ley del Domicilio Comercial. Reconocidas de pleno derecho en el territorio de los demás Estados partes, están habilitadas para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio; pero si lo que pretenden es practicar actos comprendidos en el objeto de su institución, deben sujetarse a la regulación del país en el cual intentan realizarlos. Cabe agregar que el Tratado de 1940, introduce la habitualidad en la práctica de actos específicos.

El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional innova en relación al anterior, pues contempla a las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo un tipo desconocido por la ley de otro; se les reconoce la facultad de ejercer actos de comercio, quedando sujetas a las prescripciones de este último.

3.4. Las conferencias especializadas interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP)

3.4.1. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE PERSONALIDAD Y CAPACIDAD DE PERSONAS JURIDICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP III)

La CIDIP III,²¹ sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas, no ha sido aún ratificada por Argentina; sin embargo, por tratarse de una Convención elaborada en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado en las que nuestro país participa activamente,²² consideramos importante referirnos a las soluciones que proporciona en la materia.

²¹ Esta convención se llevó a cabo en Bolivia, en 1984.

²² A instancias del Comité Jurídico Interamericano, la Asamblea General de la O.E.A., por resol. del 23/4/71, decidió convocar la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), que se reunió por primera vez en Panamá, en 1975. La II Conferencia tuvo lugar en Montevideo, en 1979. La III Conferencia se convocó en La Paz, en 1984; Montevideo fue sede de la IV Conferencia especializada en 1989 y en marzo de 1994, se reunió en México, la V Conferencia Especializada en Derecho Internacional Privado.

La existencia, capacidad, responsabilidad, disolución y fusión de las personas jurídicas de carácter privado, quedan sometidas a las leyes del lugar de constitución. Consecuente con la intención de brindar soluciones materiales manifestada en estas convenciones, adopta una calificación autárquica de "ley del lugar de constitución", definiéndola como "la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas". La capacidad de actuación extraterritorial, así como el criterio cualitativo en que se enrola, quedan captados por los arts. 3º y 4º de la Convención, de esta forma: "Las personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados partes...". Por su lado art. 4º agrega que: "Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado parte donde se realicen tales actos". Se regula asimismo el supuesto en que la persona jurídica constituida en un Estado parte, pretenda establecer "la sede efectiva de su administración" en un Estado diferente; en tal caso, podrá ser obligada a cumplir con los requisitos exigidos por el país en el cual intenta establecerse.

3.4.2. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES²³

La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales, según este instrumento, se rige por la ley del lugar de su constitución. La calificación de este punto de conexión coincide con la dispensada por la CIDIP III sobre Personas Jurídicas, dado que el lugar de constitución se localiza en el Estado donde se cumplen los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de las sociedades mercantiles. Luego, opera como principio general el reconocimiento de la personería de pleno derecho en los demás Estados. Sin embargo, el país ante el cual se pretende el reconocimiento podrá exigir la acreditación de su existencia y en ningún caso dichas sociedades gozarán de mayor capacidad que la que se les otorga a las sociedades locales.

En cuanto a la regulación de la actuación extraterritorial, se adopta el criterio cualitativo; para el ejercicio directo o indirecto de actos comprendidos en el objeto social, quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren. Si bien una primera lectura induce a pensar que el punto de conexión predominante es el lugar de constitución de la sociedad, entendemos que prevalece la conexión de "la sede" en cuanto se dispone que cuando la sede efectiva de la administración social se encuentre en otro Estado, éste podrá obligarla a cumplir con los requisitos establecidos por su ley local.

²³ CIDIP II, celebrada en Montevideo, 1979. Ratificada por ley 22.921 del 1/12/83. En razón de haber sido ratificada también por Paraguay y Uruguay, entre otros países, sustituye al Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, que nos vinculaba con dichos Estados.

4. *La Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras*

4.1. Introducción

Durante la VII Conferencia de La Haya, celebrada bajo la presidencia de Offerhaus, del 9 al 31 de octubre de 1951, se elaboró la Convención sobre Reconocimiento de la Personería Jurídica de las Sociedades, Asociaciones, y Fundaciones Extranjeras, adoptada el 1 de junio de 1956.

A modo de preámbulo, se señala en el convenio que el propósito de los miembros de la Conferencia fue "establecer disposiciones comunes" concernientes al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras entre los Estados vinculados por la Convención.

Argentina la ha ratificado recientemente, y como expresáramos en las consideraciones preliminares, esta actitud nos planteó ciertos cuestionamientos respecto a las causas que generaron esta toma de posición, máxime si se repara que se trata de una materia que se inserta en un ámbito de profundas transformaciones en las relaciones de tráfico externo, con los efectos propios suscitados en el desarrollo del comercio internacional. El carácter que hoy asume la negociación internacional otorga un rol protagónico a las sociedades, asociaciones y fundaciones; es por ello que resulta sorprendente la ratificación de un convenio hecho a la medida de las condiciones vigentes en la década del 50, esencialmente disímiles con las actuales; llama asimismo la atención la actitud tardía del legislador nacional.²⁴

Por otro lado, la ausencia en Argentina de una política precisa en materia de acuerdos internacionales, se manifiesta también en ocasión de tratar de encontrar el hilo conductor de su participación en la Conferencia de La Haya de D.I.Pr.

4.2. *Ámbito personal de validez*

En primer lugar, se contabiliza una regulación amplia, abarcativa tanto de las sociedades civiles como las comerciales, incluyéndose asimismo, a las asociaciones y fundaciones; en suma, el ámbito de aplicación personal está constituido por las personas jurídicas de carácter privado (conf. art. 1º, primer párrafo).

²⁴ El art. 11 de la Convención textualmente reza: "La presente Convención entrará en vigencia sesenta días después del depósito del quinto instrumento de ratificación previsto en el art. 10, ap. 2". El apartado establece que la ratificación y los instrumentos que la acreditan deben ser depositados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos.

4.3. Requisitos a que se sujeta el reconocimiento

Se prevé el reconocimiento de pleno derecho por los demás Estados contratantes de la *personería jurídica* adquirida de conformidad a la legislación de uno de aquellos en el que se cumplieron las formalidades de registro o de publicidad y (la exigencia es acumulativa) en el que se encuentra su sede estatutaria, o bien, cuando se hubieran constituido de conformidad con la legislación que las rige (segundo párrafo, art. 1º); en ambos casos, siempre que, "...además de la capacidad para promover acción judicial, se atribuya por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos..." (conf. art. 1º, primer párrafo).

Se adopta, según se advierte, la teoría de la Incorporación;²⁵ los recaudos exigidos en el último párrafo del citado artículo, obedecen al seguimiento de ciertos regímenes como el francés, en materia de fundaciones.²⁶

4.3.1. LA PERSONERÍA JURÍDICA

Su reconocimiento de pleno derecho queda sujeto a la condición de que la *personería* adquirida implique admitir, al menos, la capacidad de poseer bienes y de contratar; esta sujeción conduce a un problema de calificaciones, esto es, qué se entiende por *personería jurídica*, o lo que es lo mismo, cuál es el alcance que corresponde asignar al término "*personería jurídica*".

En la Argentina, en virtud de la calificación que se atribuye al término "*persona jurídica*", dicho recaudo no sería un obstáculo o limitación. Ahora bien, parte de la evolución del concepto de sociedad se vincula al de su personificación, pues actualmente la sociedad no es un contrato, sino una persona jurídica que puede nacer de un contrato o de otro negocio jurídico.²⁷

La dificultad interpretativa se agrava cuando se emplea el vocablo "*sociedad*" con un sentido lato para referirse a relaciones no personificadas, o sea contractuales.

A fin de comprender el sistema normativo es fundamental reconocer dos concepciones distintas de "*sociedad*", cuyo contenido diverso no es diferenciado al tratarse ciertos efectos como personificación, responsabilidad, sociedad irregularmente constituida, la oponibilidad del contrato, alcance de la previsión del art. 30 de la Ley de Sociedades, sistema de nulidad general, responsabilidad del socio oculto, etcétera.

²⁵ Al receptor está teoría entendemos que se hace referencia al país donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescriptas por las leyes allí vigentes, para obtener de los poderes públicos el reconocimiento de su personalidad jurídica, o la ha obtenido de manera automática, como consecuencia del acto jurídico privado originario. Ver KALLER DE ORCHANSKY, Berta: ob. cit. p. 425.

²⁶ Ver MENEU, Pascual: "La Convención de La Haya sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras", *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, nº 2, 1960.

²⁷ Ver RICHARD, Efraín Hugo: *Organización Asociativa*, Zavalía, Bs. Aires, 1994, p. 24.

El derecho de limitar el alcance de la aplicación de la Convención. La reserva del art. 9º. Expresamente se ha previsto la facultad de los Estados contratantes de efectuar una reserva al firmar, ratificar o adherir a la Convención; dicha reserva consiste en la limitación del alcance del reconocimiento de la personería jurídica adquirida en otro Estado; sabido es que el reconocimiento implica admitir que la sociedad actúe en otro Estado de la misma manera en que podría hacerlo en el Estado de su constitución o de su sede. Sin embargo, puede un Estado contratante limitar los efectos del reconocimiento para ciertas categorías de contratos y actos jurídicos; verbigracia, la regulación contenida en el art. 31 de la L.S. por el que se prohíbe a las sociedades locales tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Luego, esta limitación impuesta a las sociedades locales se extiende para las extranjeras que pretendan actuar en la Argentina. Ahora bien, al Estado que haya efectuado la reserva, se le impide la pretensión de aplicación de la Convención respecto a los actos sobre los que versó la reserva.

4.3.2. LA SEDE SOCIAL ESTATUTARIA

Autárquicamente se califica la *sede real* como el lugar en el que se encuentra la administración central (art. 2º, tercer párrafo).

4.3.3. LA LEY QUE RIGE LA SOCIEDAD, ASOCIACIÓN O FUNDACIÓN

La admisión al establecimiento, funcionamiento y, en general, del ejercicio permanente de la actividad social en el territorio del Estado de reconocimiento, queda sometido a la ley de este Estado, según establece el art. 7º de la Convención.

4.4. Supuestos en que puede desconocerse la personería jurídica adquirida. El fraude a la ley

Puede no reconocerse la personería jurídica adquirida en un Estado contratante, en los siguientes casos: *a)* cuando la sede real sea considerada por un Estado contratante como elemento relevante, y esa sede se encuentra en el territorio de *ese Estado*, distinto al que le concedió la personería y *b)* cuando la sede real es considerada por un Estado contratante como elemento relevante y esa sede se encuentra localizada en el territorio de *otro Estado* (distinto del que le otorgó la personería y también diferente de aquel al que se le pide el reconocimiento).

En el primer caso (sede real en el Estado donde se pretende al reconocimiento), se recepta el *fraude al derecho propio*, y en el segundo (sede real en otro Estado contratante), el *fraude al derecho extranjero*.²⁸

²⁸ Ver de nuestra coautoría: "El fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado", *LL* del 13-7-95, p. 1.

El último párrafo del art. 2º es altamente interesante desde que, con un criterio pragmático, pero no exento de razonabilidad, legitima el reconocimiento de la personería jurídica al no existir, al tiempo de tener que efectuarse el mismo, ordenamiento jurídico evadido o transgredido.

4.5. La posibilidad de purgar la maniobra fraudulenta.

El traslado de la sede real y el plazo razonable

Se prevé que los supuestos de exclusión de reconocimiento de la personería jurídica no serán aplicables si la sociedad, asociación o fundación, traslada su sede real a un Estado que concede la personería sin tener en cuenta a esa sede (art. 2º, último párrafo), como así también si el traslado se produce al Estado "de sede real", en ambos casos, dentro de un *plazo razonable* (art. 3º, tercer párrafo).

Estimamos valiosa la regulación pues a lo que se apunta es a avalar el reconocimiento, que es en definitiva el objetivo de la Convención.

Por otro lado, es de interés contabilizar la regulación contenida en el primer párrafo del art. 3º, en tanto dispone que en caso de traslado de la sede estatutaria de un Estado contratante a otro, se reconocerá la continuidad de la personería en todos los Estados contratantes, si ésta es reconocida en los *Estados involucrados en el traslado*.

4.6. El reconocimiento de la personería jurídica y la fusión (art. 4º)

Se han previsto en la Convención dos supuestos que aparecen bien diferenciados. En primer lugar, se reconoce la personería jurídica adquirida por el nuevo ente constituido por fusión, siempre que ésta se haya realizado en el mismo Estado en el que las entidades fusionadas hubieran adquirido personería; de no confluir tales recaudos, se configura la segunda hipótesis, al supeditarse el reconocimiento por los demás Estados contratantes a la aceptación de la fusión por los Estados interesados.

4.7. Efectos del reconocimiento de la personería jurídica

El reconocimiento de las sociedades significa "admitir su existencia jurídica como entidad autónoma resultante de una legislación extranjera".²⁹ El derecho de re-

²⁹ CEREXHE, Etienne: "Le droit européen. La libre circulation des personnes et des entreprises"; Nauwelaerts. Bruselas. 1982. p. 337. Es interesante recordar lo señalado por este autor cuando afirma que reconocer a una persona moral extranjera es una cosa y admitirla al beneficio del derecho de establecimiento es otra. El derecho de establecimiento implica la posibilidad de una persona moral de establecerse de manera permanente en el extranjero para ejercer una actividad económica, sea que ella establezca su principal establecimiento, sea que ella cree establecimientos secundarios (agencias, sucursales, filiales). El derecho de establecimiento se sitúa al nivel de ejercicio de actividades económicas. Se puede reconocer una sociedad, sin por ello acordarle el beneficio

conocimiento implica, por sí mismo, y cuando menos, ciertas consecuencias inmediatas: la posibilidad de invocar su existencia jurídica cada vez que debe actuar como titular de derechos y obligaciones, estar en juicio en jurisdicción foránea y adquirir la calidad de parte en contratos internacionales y otros permitidos.

A través de una disposición que *prima facie* podría considerarse de considerable amplitud, se prevé que el reconocimiento de la personería jurídica trae como consecuencia admitir la capacidad de actuación que le atribuye la ley por la que se adquirió la misma (art. 5º, primer párrafo) sin que se apele a la distinción tradicional fundada en la calidad de los actos. Empero, tal regulación se ve luego limitada al establecerse que *podrán denegarse* los derechos que la ley del Estado de reconocimiento no concede a las sociedades, asociaciones y a las fundaciones de tipo equivalente—protección de los intereses locales—, estableciéndose asimismo que el Estado de reconocimiento se encuentra facultado para reglamentar el alcance de la capacidad de poseer bienes en su territorio, bajo el imperio de la regla *lex rei sitae*, con justificación en razones de orden público.

De todas maneras, y a todo evento, expresamente se dispone que la personería implicará en todos los casos la capacidad para intervenir en juicio, como demandante o demandado, de conformidad a la legislación territorial donde se ventila la acción, en salvaguarda del derecho de defensa.

4.8. El orden público en la Convención (art. 8º)

En cada uno de los Estados contratantes, la aplicación de las disposiciones de la Convención bajo análisis podrán ser rechazadas “por motivos de orden público”³⁰ (conf. art. 8º).

del derecho de establecimiento. Pero, a la inversa, una persona moral no se puede beneficiar del derecho de establecimiento si ella no ha sido previamente reconocida.

³⁰ En un sentido amplio el orden público puede ser definido “como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico, y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”, según lo conceptualizan FERNÁNDEZ ROSAS, Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: ob. cit. p. 482. A efectos de profundizar sobre el orden público internacional, puede verse: AGUILAR NAVARRO, Mariano: ob. cit. p. 187 y ss.; BOGGIANO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1993, p. 218; KALLER DE ORCHANSKY: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Plus Ultra, Bs. Aires, 1991, p. 136; GOLDSCHMIDT Werner: “El Orden Público Internacional (O.P.I.) en el Derecho Internacional privado (DIPr)”, en *LL*, t. 109, p. 889.