

## ENFOQUE MODERNO DE LAS SOCIEDADES INTERNACIONALES

JAVIER J. SALERNO

### *PONENCIA*

1) El establecimiento de relaciones entre la empresa y el derecho comparado en esta nueva era de globalización económica enfatiza la necesidad de profundizar los conocimientos de Derecho Internacional Privado.

2) Todos los países tienen el derecho y la obligación de proteger a sus ciudadanos, como así también a sus intereses económicos, con el límite que le impone el respeto de la soberanía de otros países; lo cual involucra también las sociedades que sus nacionales constituyen en el exterior.

3) La sede social es el sistema de nacionalidad más efectivo para evitar el fraude a la ley.

4) Actualmente el domicilio es el punto de conexión indicado para regular la existencia y forma de las sociedades.

5) Los tratados y convenciones de los mercados comunitarios permitirán en un futuro que la autonomía de las partes regule la forma y nacionalidad de las sociedades.

6) Las sociedades *off shore* son consecuencia de la falta de optimización fiscal y jurídica. El objetivo radica en estudiar las causas y analizar en la legislación la forma de incentivar a las sociedades extranjeras a invertir en el país.

### *FUNDAMENTOS*

#### *1. Introducción*

La globalización de la economía ha dado lugar a un sinnúmero de consecuencias dentro del marco jurídico del derecho empresarial. Las empresas multinacionales y los juristas comenzaron a vivir una nueva era donde una suerte de "Babel de derechos" gobierna las operaciones internacionales.

La diversidad de dimensiones jurídicas y conocimientos lingüísticos son los elementos que más resaltan en este mundo de mercados comunitarios. Los abogados de empresa que limiten su horizonte al derecho nacional quedan aislados de este proceso de evolución y cambio que estamos viviendo.

El derecho juega un rol fundamental en esta transformación, por ello las legislaciones de los países comprometidos con estos mercados deben dar una adecuada protección a las sociedades extranjeras que quieran invertir y producir fuera de sus fronteras. Si la voluntad es la de cooperación e integración, menuda contradicción significaría no poseer en las leyes las soluciones prácticas a problemas concretos. El Derecho Internacional Privado tiende ante todo a encontrar denominadores comunes entre los países (sean de *civil law*, *common law* o *religion law*) para así lograr el bien común a través del respeto y la convivencia en la comunidad internacional.

En esta presentación analizaré la nacionalidad de las sociedades, la elección del lugar de constitución y sede social (arts. 118 y 124, respectivamente, de la Ley de Sociedades 19.550) como puntos de conexión, la importancia práctica y su trascendencia en el marco jurídico del Derecho Internacional Privado.

### 1.1. Puntos de conexión

#### a) NACIONALIDAD

Los intereses económicos y las circunstancias históricas han tenido una incidencia sustancial en la elección del sistema de asignación de nacionalidad de las sociedades. Según sea el sistema elegido, éste regulará: 1) la ley aplicable a la sociedad (reglas de constitución, funcionamiento y disolución); 2) la capacidad para gozar de los mismos privilegios que tienen las sociedades "nacionales" (concesión de servicios públicos, fábrica de armamentos etc.) y 3) el Estado que ejercerá la protección diplomática.

En Inglaterra y en los Países Bajos se aplicó la teoría de la *incorporación*. Vale decir, sigue la antigua doctrina por la cual el Estado concede la personería jurídica a un ente ideal e impone el sistema normativo que va a regularla. Las personas jurídicas se someten a la ley del país en donde se han constituido y registrado.

En Francia, Alemania, Italia, España y en la mayoría de los países continentales europeos, el régimen jurídico de una sociedad se rige en principio por la ley de la "sede social". La sede social debe ser cierta y real, ni ficticia ni fraudulenta.

Durante la primera guerra mundial nació la Teoría del control, aplicada tanto en Francia como en Inglaterra. Una sociedad que tuviere su sede social en Francia o estuviere registrada en Inglaterra, no es considerada sociedad nacional si el control societario es ejercido por ciudadanos de una nación enemiga.

En nuestro país prevaleció la doctrina Rigoyen de 1876 que enuncia que "las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza y por consiguiente ellas no son nacionales ni extranjeras".

Si nos remontamos a fines del siglo pasado y a comienzos de éste, vemos en la "Cláusula Calvo" y en la tesis de Luis María Drago la misma preocupación ante la presión de las potencias europeas y la posterior intervención militar debido a deudas de los países latinoamericanos o, como en el caso de la Provincia de Santa Fe y el Banco de Londres, el perjuicio económico que condujera a idénticos resultados.

Los países tienen la obligación de proteger a sus ciudadanos en el exterior como así también sus intereses económicos. Lejos de discutir si una persona jurídica puede o no tener nacionalidad, lo importante son las personas que la integran y es un derecho indiscutible de cada nación velar por su protección. Cada caso debe ser analizado en particular para comprobar si realmente los intereses de un país extranjero se encuentran comprometidos o si por el contrario se pretende tener infidencia en las cuestiones de Estado de otro país.

#### b) LUGAR DE CONSTITUCIÓN

El art. 118 de la ley 19.550 en su primer párrafo dice que "La sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución...". En primer lugar debemos analizar a quién corresponde la definición jurídica del término "constitución", lo que en Derecho Internacional Privado se denomina "el problema de las calificaciones". Concretamente, si esta definición corresponde a las leyes argentinas (*lex fori*) o a las leyes donde la sociedad ha sido constituida (*lex causae*). Evidentemente, la legislación del país donde se ha constituido la sociedad es la que debe dar la definición y alcance de dicho término, pues de otro modo las sociedades que no respondan a nuestro concepto de "constitución" quedarían marginadas de actuar en la Argentina.

El punto de conexión mencionado regula la existencia y forma de las sociedades extranjeras. El lugar de constitución resulta insuficiente para determinar estos aspectos pues, como bien sostiene Balestra "posee un carácter contingente y accesorio".

El Tratado de Montevideo de 1940 en sus arts. 6° y 7° dispone que la Ley del Domicilio Comercial (definida como el asiento principal de los negocios) regula la calidad del documento, contenido del contrato social y las relaciones jurídicas entre los socios, la sociedad y los terceros. Esta elección suple las falencias de la hecha por nuestra ley. Asimismo evita con mayor eficacia el fraude a la ley, o sea que las sociedades que se constituyan en un país con legislación más favorable, posean su asiento principal en otro, no puedan eludir en los países ratificantes otras legislaciones más rigurosas.

El Código de Bustamante utiliza la Ley del Contrato Social como punto de conexión a fin de regular la constitución y funcionamiento de las sociedades mercantiles y la responsabilidad de sus órganos y subsidiariamente la gerencia o dirección principal. El principio de la autonomía de la voluntad de las partes, como sostiene el jurista panameño Gilberto Boutin, "es el que rige el criterio fundamental para la canalización y determinación de la forma y nacionalidad de las Sociedades Anónimas".

Conforme la jurisprudencia nacional e internacional el punto de conexión "domicilio" es el más indicado para regular la existencia y forma de las personas jurídicas. Pero las nuevas tendencias económicas, como así también los futuros convenios entre los bloques comerciales, acentuarán la practicidad y conveniencia de la utilización de la ley aplicable prevista en el contrato social como punto de conexión.

En materia de sociedades, la autonomía de los socios crea cierto recelo debido a las consecuencias que pueden sufrir los terceros ante la elección de la ley aplicable. Evidentemente, los legisladores deben adecuar las leyes al momento histórico que están viviendo, pero a su vez deben tener en cuenta los cambios que se producen en el mundo para que en un futuro inmediato no devengan obsoletas las leyes dictadas. Las relaciones entre los países, desde un punto de vista económico, van a desarrollarse de acuerdo a los convenios y tratados que suscriban los mercados comunitarios. Tanto el orden público, como el fraude a la ley y las normas de policía funcionan como límites a esta autonomía de la voluntad. Por lo tanto, no habría óbice aparente para impedir a las partes elegir la ley más conveniente para regir su sociedad.

## 1.2. Sede social y sociedades *off shore*

Los "paraísos fiscales" son entidades territoriales dotadas de soberanía fiscal donde los no residentes obtienen beneficios y ventajas sustanciales al constituir sus sociedades y transferir sus ganancias. Sus legislaciones comerciales e impositivas son atrayentes, y poseen una imagen sólida en cuanto transmiten seguridad política y económica.

Las sociedades que se constituyen en los "paraísos fiscales" se denominan sociedades *off shore*. Su objetivo es el de evitar altas cargas impositivas y a su vez salvaguardar en mayor medida el anonimato.

En el derecho nacional la sociedad *off shore* "...que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma" es considerada sociedad local, según reza el art. 124 de la Ley de Sociedades. La norma remite directamente al derecho nacional, lo que implica excluir de su regulación a la autonomía de las partes y la aplicación del derecho extranjero. Su fin es el de evitar que se configure el fraude a la ley.

La sede es el centro de vida jurídico de la sociedad. Se define en principio como el lugar del funcionamiento de los órganos de dirección. Se toman en cuenta para definirla de este modo otros elementos, a saber: lugar de las reuniones asamblearias de los órganos administrativos, el lugar donde se realizan los estados contables, las oficinas principales, donde se desarrollan las tareas administrativas, etcétera.

En el centro de explotación comercial de las sociedades ("su principal objeto"), se cumplen las operaciones técnicas: producción, fabricación, prestación de servicios, ventas etcétera. Una empresa americana cuyo órgano de administración se encuentra en Boston puede tener su centro de explotación comercial en Buenos Aires y viceversa. Bajo nuestro derecho es considerada una sociedad local a los efectos del

cumplimiento de las formalidades de constitución o de reforma y contralor de funcionamiento.

La utilización de la "sede" y subsidiariamente su "principal objeto" configura una excepción al sistema de asignación de nacionalidad utilizado por nuestra ley.

Existen múltiples disposiciones en los países desarrollados tendientes a evitar el uso abusivo de los paraísos fiscales. Son preceptos sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y reformas al impuesto a las ganancias entre otros.

Cabe destacar que la optimización fiscal y jurídica son los elementos indispensables para atraer inversiones y generar confianza en los mercados.

Se deben estudiar con profundidad las causas por las cuales se constituyen las sociedades *off shore*. El desafío radica en incitar a los inversores extranjeros a constituirse en el país conforme a las leyes y no delimitar el horizonte societario solamente a la protección de las sociedades nacionales.

### **BIBLIOGRAFÍA**

BALESTRA, Ricardo R.: *Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1991.

BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, Depalma, Bs. Aires, 1983.

BOUTIN, Gilberto: *Código de Bustamante y Normas Internas de Derecho Internacional Privado*, Panamá, 1991.

GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Depalma, Bs. Aires, 1990.

LAMETHE, Didier: "L'entreprise et le droit comparé: une mesure de la Babel des droits", *Revue Internationale de Droit Comparé* (abril-junio 1995).

LAMY, Sociétés, "Droit des sociétés commerciales", París, 1985.

LEFEVRE, Francis: *Memento pratique*, "Sociétés commerciales 1985-1986", Éditions Juridiques Lefevre, París.

SALERNO, Marcelo Urbano: "La comunidad económica europea: un modelo de integración jurídica"; *Revista de la Asociación Miembros Individuales de la Federación Interamericana de Abogados, Rama Argentina*.

WOLFF, Martín: *Derecho Internacional Privado*.