

# EL FIN DE LA TEORÍA DE BERNARDO DE IRIGOYEN

Aparecen las sociedades argentinas

LUIS ALEJANDRO ESTOUP\*

## SUMARIO

1. ¿BERNARDO DE IRIGOYEN O PAUL NIBOYET?
2. Las sociedades tienen entonces, nacionalidad
3. Funciones de la nacionalidad de las sociedades
4. Los criterios para la atribución de la nacionalidad de las sociedades
5. La empresa nacional y la reserva de actividades
6. La empresa nacional, el trato nacional y el derecho del MERCOSUR

La atribución de una nacionalidad de las sociedades ha sido durante décadas una noción rechazada por los países hispanos del

---

\* Abogado de la Universidad de Buenos Aires, diploma superior en derecho comercial de la Universidad de París II. Director de la revista de derecho internacional y del MERCOSUR (*La Ley – Argentina*). Especialista en derecho del comercio internacional.

MERCOSUR. Toda la doctrina nacional<sup>1</sup> definía que las sociedades no podían tener nacionalidad, reservando esta noción de vínculo político para los individuos personas físicas.

La explicación económica tradicional se centra en que los países exportadores de empresas son quienes se interesan por la atribución de nacionalidad a sus sociedades para asignarles su protección diplomática y determinar la *lex societatis*. De allí que la nacionalidad no ofrezca utilidad a los países que las reciben sino la complicación de la admisión de la misma para ver aplicar en su foro la legislación de origen en materia de protección.

Si la idea tradicional es válida ya su valor argumental se ha desgastado. La protección diplomática de las sociedades incumbe al Estado del cual la misma es nacional. Este problema ha dado lugar a dos decisiones de la Corte Internacional de Justicia de La Haya quién al tener que determinar a cuál Estado le correspondía hacerlo también penetró en la cuestión de los criterios de la nacionalidad.

En un primer caso “Barcelona Traction”<sup>2</sup> del 5 de febrero de 1970, la Corte Internacional de Justicia afirma que la protección diplomática le corresponde al Estado bajo el cual la sociedad se ha constituido y en el territorio en el que tiene su sede social. En un segundo caso del 20 de julio de 1989 “Elettronica Sicula”<sup>3</sup> reconoce que la protección diplomática puede ser ejercida por el Estado nacional de sus socios, contra el Estado que toma medidas afectando el interés de la sociedad. Este fallo se distancia del “Barcelona Traction” y excluye la sede social como criterio determinante del

- 
- 1 Las citas argentinas son innumerables desde HALPERÍN, I. *Sociedades comerciales. Parte general*, ZAVALA RODRÍGUEZ, *Nacionalidad de las sociedades*, t. 6 pág.1047 hasta obras más modernas como VILLEGAS C., *Derecho de las sociedades comerciales*, Abeledo Perrot, 1994.
  - 2 CIJ 5 de febrero de 1970 caso Barcelona Traction Journal de Droit International 1970 pág. 968 Díez DE VELASCO “*La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*”, *Cours de l’académie de droit international*, 1974 I,87.
  - 3 CIJ 20 de julio de 1989 Elettronica Sicula JDI 1990, pág. 897, comentario de P. JUILLARD “*L’affaire Elettronica Sicula: procès sur un traité ou procès d’un traité*” *Annuaire français de droit international*, 1989.

Estado encargado de ejercerla. El fallo distingue entre la protección diplomática de los socios y la de la sociedad, que no están aseguradas siempre por el mismo Estado.

La Corte Internacional de Justicia se ha ocupado de admitir la protección diplomática como una de las funciones propias de la nacionalidad de las sociedades, de allí entonces que carece de objeto negar la existencia de la misma toda vez que el problema a debatir radica en cuáles son las funciones de la nacionalidad que un Estado admite que sean ejercidas en su territorio. La idea de no aceptar la existencia de la nacionalidad se enfrenta sin razón a la jurisprudencia de la Corte de Justicia Internacional, posición que parece indefendible en ese foro y que exige un replanteamiento más efectivo.

### 1. ¿BERNARDO DE IRIGOYEN O PAUL NIBOYET?

1. La doctrina negativista se afirma en las exposiciones de BERNARDO DE IRIGOYEN quien sostuvo en el famoso caso del Banco de Londres de quien se dijo que por ser una persona jurídica sólo existe con fines determinados, debe su existencia al país que la autoriza y que por ello no había en ella nacionales ni extranjeros porque no habían individuos de existencia material, sino socios. El hecho que existan socios no puede desnaturalizar la esencia de una sociedad anónima y la calidad de socio es transferible con sus acciones. Esta naturaleza circulatoria es la que impide ligar la nacionalidad de la sociedad a la nacionalidad de los socios.

Esta posición doctrinaria añeja, no analiza las características de la nacionalidad y su aplicabilidad a las sociedades, la mecánica de su atribución porque toma vida desde la teoría de PAUL NIBOYET.

2. En su célebre artículo publicado en la *Revue de Droit International Privé* en 1928<sup>4</sup>, PAUL NIBOYET enseñaba que las sociedades no

---

4 NIBOYET, JEAN PAUL, *Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?* 2ª ed., RIDP, 1928 pág. 6.

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.

3. La posición de IRIGOYEN, denominada doctrina latinoamericana y creada en Argentina en 1877, 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. Se limita a las sociedades anónimas y debe considerarse así expresada, como una doctrina diplomática más que técnica porque la nacionalidad de los socios personas físicas, no se discute y la nacionalidad de las sociedades para ser rechazada precisa de argumentos propios. Investigando dentro de la doctrina IRIGOYEN, se descubre que la verdadera razón argumental se encuentra plasmada en la teoría de la ficción de las sociedades.

La teoría de la ficción fue seguida por SAVIGNY, WINDSCHEID y PUCHITA, más explicada por el belga F. LAURENT y hábilmente abonada por el portugués ANTONIO DOS SANTOS quien considera que de ella debe deducirse que tienen un fuerte componente territorial pues son una creación *ex nihilo* de un legislador y que cada vez que se internacionalicen deberían ser “recreadas” porque su individualidad sería ficticia. Esta doctrina antigua, fue también sostenida jurisprudencialmente en el caso *Bank of United States v. Devaux* en 1809 por el juez MARSHALL.

4. La tesis negativista ha evolucionado más allá de la teoría de la ficción para asentarse en la teoría del control y de la *staatszugehörigkeit* alemana que se ampararon en que la unicidad de criterio para determinarla, típico de la nacionalidad de los

individuos, no puede usarse para determinar la nacionalidad de las sociedades.

La teoría de la ficción como posición original, ha perdido su vigencia pues las sociedades son tanto una ficción como una realidad y en definitiva siguiendo a NIBOYET, esta distinción no esta realmente ligada al problema de la nacionalidad. La evolución hacia NIBOYET, quién entendía al criterio del control el único idóneo para atribuir la nacionalidad a las sociedades, es cuestionable porque sólo es utilizable como correctivo o complemento de otros criterios que sí se aplican directamente. La nacionalidad de los socios mayoritarios es indiciaria aun cuando pueda variar al transferirse la calidad de socio, porque depende de la relación de éstos con el país y no de una relación efectiva de la sociedad con este último.

Notamos cómo la Corte Internacional de Justicia ya supo diferenciar ambas nacionalidades.

Finalmente queda la teoría de la unicidad de criterios. La nacionalidad de los individuos es atribuía *lege causae* únicamente y la nacionalidad de las sociedades en cambio sólo es atribuida mediante el método bilateral de aplicación de criterios. La falta de un método único para atribuir la nacionalidad puede ser útil para distinguir la nacionalidad de las personas físicas de aquélla de las jurídicas pero es insuficiente para negar su existencia.

## 2. LAS SOCIEDADES TIENEN ENTONCES, NACIONALIDAD

1. No es necesario negar la nacionalidad para anular sus efectos en la República Argentina y observamos ahora bajo la Ley 25.750 que la nacionalidad ha adquirido en nuestro país una valiosa función interna.

No parece actual negarle realidad económica a las sociedades pues es indiscutible que éstas son evidentes factores de producción cuya libertad de circulación debería a nivel del MERCOSUR, entenderse comprendida. Tampoco parece actual comparar la

nacionalidad de las personas físicas con aquélla de las jurídicas por el simple hecho de que tienen naturaleza distinta. ¿Entonces qué sucede con las legislaciones latinoamericanas que ni siquiera tratan la nacionalidad de las sociedades? ¿Son legislaciones negativistas?

2. 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. Dos cuestiones deben ser analizadas para comprender que sí tienen nacionalidad y que por ello, el vacío referido no deja tal espacio.

3. En primer término deben analizarse los métodos de atribución. La nacionalidad de las sociedades es atribuida mediante un método bilateral. Es el Estado que recibe a la sociedad extranjera quien la considera tal y por ello le atribuye una nacionalidad extranjera. La nacionalidad parece interesar a las sociedades únicamente cuando se internacionalizan porque es sólo entonces cuando se plantean sus funciones, la posibilidad de exigirla. Mientras la nacionalidad no es exigida y sus derechos por ende ejercidos, parece carecer de interés el debate sobre su existencia. En efecto, la nacionalidad es atribuida por el país de destino, por la *lege fori*. 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, 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 dónde no exista criterio para su atribución, se distingue una sociedad extranjera de una nacional para imponerle su reconocimiento.

Además de ello, desde la Segunda Guerra Mundial, desprendida quizá de la tesis francesa del enemigo extranjero, naturalmente asimilada por la historia como la protección de intereses nacionales, la nacionalidad de las sociedades ha sido también determinada en algunos casos, *lege causae*. Esto causa un impacto singular, porque la nacionalidad de las sociedades también es atribuida mediante un método usado para las personas físicas.

Esta forma de atribución que completa el criterio bilateral, significa que el Estado se preocupa por definir la nacionalidad para las sociedades que ahí se organizaron, según criterios generalmente combinados o como en este caso de la Ley 25.750 siguiendo el criterio del control. El objetivo radica en el interés de proteger actividades esenciales y de reservarlas para los nacionales.

4. En segundo término, debe razonarse qué sucede en los países que no definen criterios de atribución. Como en el caso de Argentina, es sostenible que la nacionalidad carece de funciones porque no se encuentran reguladas. Carece de funciones porque éstas sólo pueden ser definidas por el legislador y porque hasta el presente no se ha ocupado en hacerlo. De la misma forma que la doble nacionalidad de los individuos, una nacionalidad de éstas queda suspendida sin poder ser ejercida cuando la otra es invocada; las sociedades en Argentina tienen una nacionalidad pero no gozan de ella. La nacionalidad permanece en un estado latente, sin funcionalidad, pero en cualquier momento alguna de las funciones reconocidas de ésta cobra vida mediante normas como la que se comenta aquí.

No cabe dudas de que la nacionalidad de las sociedades existe y de que el real problema constituyen sus efectos, sobre los cuales también es importante reservarle atención.

### 3. LAS FUNCIONES DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

1. Las funciones de la nacionalidad constituyen derechos y obligaciones de los cuales se beneficia el nacional, siempre y cuando el legislador los haya reconocido expresamente.

Para tranquilizar el debate es necesario abordar la cuestión de la protección diplomática. La nacionalidad puede atribuir una protección diplomática a las sociedades y ésta consiste en lo que la Corte de Justicia Internacional ha definido. Es ejercida por el Estado del cual es nacional, contra el Estado que establece alguna disposición que pueda entorpecerla. No puede negarse la existencia de esta función, sólo puede negarse su aplicación si ésta no es expresamente admitida *lege fori*. De nada sirve que *lege causae* un Estado reconozca el derecho a tal protección a sus sociedades nacionales si éste no es admitido en el Estado de destino.

2. Otra función es la de determinación de la ley aplicable. Si la ley no fija esta función, entonces la ley aplicable será determinada mediante otros criterios como por ejemplo, el de la incorporación o el de la sede social. Normalmente nuestra doctrina confunde ley aplicable con nacionalidad, al entender que la ley aplicable es determinada por la incorporación y no por la nacionalidad, razón por la cual niega esta última.

Lo cierto es que la nacionalidad puede desprenderse de esta función si el legislador como en Brasil, por un lado establece criterios para atribuirle (sede real + organización bajo la ley brasileña) y por el otro fija criterios para determinar la ley aplicable (incorporación).

Así esta confusión debe escindir estos dos atributos de la internacionalización de las sociedades.

Asimismo, el hecho de la nacionalidad haya perdido esta función tradicional de determinar la ley aplicable, significa que la nacionalidad ve erosionar su operatividad, limitándose sus efectos, pero de modo alguno esto sirve para negar su existencia.

3. Otra función es la de permitirle a la sociedad gozar de ciertas prerrogativas atribuidas por los tratados internacionales. Cuando un país incorpora un tratado internacional a su ordenamiento, el mismo beneficia a sus nacionales. Así una sociedad argentina por ejemplo puede gozar en los países firmantes, de los derechos atribuidos por la Ley 24.409 que ratifica la Convención de La Haya de 1956 porque es argentina.

4. Una última función es la que se le asigna para reconocer sociedades extranjeras. Dependiendo de su nacionalidad, como el caso de las sociedades anónimas extranjeras en Francia, podrán ser reconocidas en ese territorio.

#### 4. LOS CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

1. Criterios son puntos de conexión legales que permiten atribuir o determinar la nacionalidad de una sociedad. Se pueden aplicar de manera combinada cuando dos o más criterios son usados simultáneamente, de manera subsidiaria o de complementación cuando un criterio es usado como base y otro sirve de corrección.

2. El criterio más usado es el de la incorporación, que también es utilizado para determinar en la ley aplicable. Se discute el valor de este criterio porque depende de la voluntad de los socios, porque se asimila a la sede estatutaria elegida por éstos, que en definitiva impone el país de incorporación. La discusión es la misma para cuando es usado para determinar la ley aplicable y ha sido corregida con la noción jurisprudencial de sede real.

3. Otro criterio usado es el de la sede real, que coincide con el centro de dirección, criterio intentado para atribuir una nacionalidad al grupo de sociedades, o en otros casos con el asiento principal de los negocios.

4. Otro criterio, generalmente usado como complemento pero ahora en Argentina es un criterio principal es el del control social. La idea se inspira en NIBOYET y como se verá puede ser tan ambigua que debería servir a quienes todavía niegan la nacionalidad de las sociedades, aun cuando este criterio se encuentre establecido. Anticipamos que la insuficiencia de este criterio, que es la causa por la cual se lo utiliza sólo como complemento, es confundida con la negación de la nacionalidad.

## 5. LA EMPRESA NACIONAL Y LA RESERVA DE ACTIVIDADES

1. La influencia de GETULIO VARGAS marcó tanto al Brasil como JUAN PERÓN dejó su sello en los argentinos. Presidentes que gobernaron períodos idénticos, protegiendo la industria nacional ante el crecimiento de las multinacionales. Así llegó, sorteando varios gobiernos y tendencias políticas, el art. 171 al Brasil impetrado en su Constitución de 1988. Ese artículo fue revocado por la enmienda 6/96 y definía la empresa nacional como hoy la define el Nuevo Código Civil vigente desde 2003, utilizando el criterio combinado de la sede de administración junto al de la incorporación.

2. El art. 171 inciso II definía la empresa nacional de capital brasileño, agregando el criterio del control a las mismas. Así Brasil entendía la necesidad de una reserva de actividades preferidas para estas empresas. Este último inciso no fue retomado por el nuevo Código Civil.

3. La Ley 25.750 crea en Argentina la noción de empresa nacional, básicamente definida bajo el criterio del control, definiendo cuáles son las áreas de protección o de reserva para las empresas nacionales.

La noción de empresa surge de la economía y permite despojar la cuestión de la teoría de la ficción tradicionalmente aplicable a sociedades. Así una actividad económicamente organizada que cumpla un ciclo comercial completo es una empresa. Pero el

legislador se ha limitado a definir a la empresa nacional como personas físicas y para el caso, jurídicas constituidas en el país o en el exterior controladas por personas físicas nacionales y domiciliadas en Argentina.

La noción liga directamente empresas a sociedades o a personas físicas sin agregarle ningún componente económico. El art. 4 inciso 1 de la normativa, reconoce en personas físicas argentinas una empresa. Es cierto que las personas físicas son factores de producción, pero tal asimilación parece despojada del sentido económico que caracteriza a una empresa. Queda claro que las personas físicas argentinas pueden formar individualmente una empresa y esto merece protección y preferencia para realizar ciertas actividades.

En el supuesto de las sociedades el mismo inciso a) define a las empresas argentinas como personas jurídicas, domiciliadas en el país e integradas mayoritariamente por ciudadanos argentinos. Esta norma puede ser deficiente por haber usado dos criterios combinados de bajo nivel determinante. El tener domicilio en el país, encuadra dentro de lo que se ha observado para la sede estatutaria y se distancia de la sede real. El criterio del control o de la integración mayoritaria de la sociedad por argentinos es más abajo moderado por el inciso 2). En efecto, esa norma ya exige que las sociedades sean controladas directa o indirectamente por argentinos o domiciliados en el país. Bajo el criterio del control indirecto puede admitirse una empresa de capital extranjero, incluso constituida en el extranjero como si fuese nacional. La norma flexibiliza entonces lo que busca proteger.

4. La idea de nacionalidad argentina para las sociedades está presente en el texto pero aún puede dejarse espacio para la teoría negativista. Quienes sean partidarios de la misma sostendrán que no se trata de la nacionalidad de las sociedades sino de la empresa y que ésta admite qué sociedades constituidas en el extranjero controladas por argentinos y domiciliadas. Además, el texto considera extranjeras a aquellas sociedades constituidas en el país y controladas por personas físicas extranjeras.

Empero, tal discusión pierde el objetivo si se considera el criterio de atribución elegido. En efecto la atribución de nacionalidad es explícita aun hecha para empresas y lo que hace que existan estos supuestos de sociedad extranjera - empresa argentina y de sociedad argentina - empresa extranjera, es la aplicación del criterio del control. La admisión de la nacionalidad de las sociedades en Argentina es tan explícita como la asimilación de empresas a sociedades sin mayor contenido económico. En suma, el mero hecho de constituir una sociedad aún sin actividad real, con mayoría de capital de personas físicas argentinas, hace que esa sociedad sea argentina. La nacionalidad argentina de las sociedades es indiscutible, lo que habrá de debatirse en un futuro son los criterios de atribución y su operatividad. La función que acaba de ponerse en vigencia es la de reserva de actividades.

5. La Ley 25.750 contiene un grave defecto que también alcanza la cuestión de la nacionalidad. *¿Qué sucede con sociedades controladas por otras sociedades?*

En un primer análisis deberíamos entender que siguiendo a NIBOYET, las sociedades siempre son en definitiva controladas por personas físicas. La idea es antigua y la realidad de los negocios se le ha sobrepuesto mediante la circulación de los títulos como anticipaba IRIGOYEN a quien ahora se ha olvidado.

Pero esto no despeja el problema normativo: no puede establecerse un mecanismo de detección del control societario indefinido porque de esa forma no desaparece la indefinición. Observase que existen sociedades controladas por argentinos personas físicas, aun indirectamente, mediante la mera influencia dominante, estructuradas en varios niveles de asociación de sociedades en sociedades, las cuales son nacionales pero deberán demostrar su condición. Tal demostración no puede ser soslayada y seguramente generará jurisprudencia sobre la atribución de nacionalidad.

En fin, por compleja que parezca esta cuestión, 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 indirectos personas físicas argentinas, sociedades (¡aun 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.

## 6. LA EMPRESA NACIONAL, EL TRATO NACIONAL Y EL DERECHO DEL MERCOSUR

1. Cada Estado puede elegir su propio mecanismo para proteger las actividades que son de interés nacional. Así mediante la aplicación *lege causae* de la nacionalidad a las sociedades, Argentina sin afectar derechos adquiridos no impone la aplicación retroactiva de esta norma, lo cual significa que coexistirán en la explotación de estas actividades reservadas, empresas argentinas con extranjeras ya establecidas. La idea es razonable pero no lógica, pues a través de esas empresas extranjeras ya existentes, puede ampliarse la explotación, formando nuevas empresas dentro de la misma estructura societaria.

La posibilidad de que empresas extranjeras ya existentes amplíen su campo de acción sin necesidad de reformar sus estatutos ni de adquirir empresas (supuesto que parecería vedado por aplicación de la ley) queda únicamente sometida al contralor de los organismos específicos competentes porque la norma aparece vacía de previsión.

La posibilidad de que empresas extranjeras continúen en la explotación de actividades reservadas es concebible también mediante la admisión de nuevas sociedades extranjeras que participen en las mismas, situación que ha sido contemplada en el inciso b del art. 2.

2. La idea de empresa nacional puede conciliarse con el derecho del MERCOSUR, aunque sea asimilada a una forma de proteccionismo. Brasil también protege actividades reservadas a sus nacionales en diferentes textos legales<sup>5</sup>, lo cual habilita una fecunda negociación bilateral para admitir la integración de cadenas de valor en esos sectores.

La noción de trato nacional puede habilitar ventajas de formación de grupos comunitarios y la circulación de empresas en actividades reservadas. De allí que pueda renacer el interés por reformar el tratado de empresas binacionales para volverlo operativo.

- 
- 5 Actividades reservadas a empresas nacionales o de mayoría de capital brasileña:
- actividades de navegación y cabotaje (art. 178 ref. const. 5/95 y dec. ley 2784 art. 1).
  - asistencia médica (art. 199.3. de la CN y Ley 8080 de 1990).
  - edición periodística (arts. 12 y 222 de de la CN y decreto 70436).
  - TV por cable (Ley 8977 de 1995).
  - Recursos hidroeléctricos y mineros (art.176 de la CN).
  - Transporte terrestre y aéreo nacional (Ley 7565 de 1986).