

CONSECUENCIA FRENTE A AFIP-DGI DE LA NO INSCRIPCIÓN EN LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE SOCIEDAD EXTRANJERA

POR GUILLERMO J. CERVIO¹

Sumario

- La normativa societaria no establece específicamente la sanción que corresponde aplicar al caso en que una sociedad constituida en el extranjero adquiera acciones de una sociedad local sin haberse previamente registrado en la Inspección General de Justicia (IGJ).
- La AFIP-DGI podría resolver que la compra de acciones por parte de una sociedad extranjera no inscrita en la IGJ no le resulta oponible, con el consecuente impacto impositivo que dicha posición tendrá.
- Si como consecuencia de la posición que adopte la AFIP-DGI se inicia una disputa en sede judicial, existen chances razonables de que el tribunal adopte un criterio restrictivo respecto de la oponibilidad a terceros del contrato de compraventa de acciones.

El artículo 123 de la Ley 19.550 establece que para constituir sociedad en Argentina la sociedad extranjera debe *previamente* acreditar ante la IGJ que se ha constituido de acuerdo con las leyes de su país respectivo e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en la IGJ.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Buenos Aires).

Una primera lectura de la norma permite concluir que la compra de acciones de una sociedad local no requiere la previa inscripción de la sociedad extranjera adquirente en la IGJ²; sin embargo, la jurisprudencia estableció que la obligación prevista en el artículo 123 incluye la adquisición de acciones (casos “*Scaab Scania Argentina S.A.*”³ y “*Squibb S.A.*”⁴).

El artículo 123 de la Ley 19.550 no establece específicamente la sanción que corresponde aplicar ante el supuesto hipotético en que una sociedad constituida en el extranjero adquiera acciones de una sociedad local sin haberse previamente registrado en la IGJ. La IGJ ha intentado llenar el vacío, al menos de forma parcial, mediante el dictado de la Resolución N° 9/05⁵.

² Manóvil hace notar que el artículo 123 Ley 19.550 no reprodujo el texto del Anteproyecto de 1968, que establecía los requisitos para asociarse y participar en sociedad en la República y limitó la exigencia a la constitución de sociedad (“Sociedades multinacionales: ley aplicable a sus formalidades de constitución y contralor de funcionamiento”, *La Ley*, Actualidad, ejemplar del 28 de diciembre de 2004). También se ha hecho referencia a la circunstancia de que “*diversos artículos de la Ley 19.550 atribuyen unívocamente al verbo constituir una sinonimia con fundar (...)*” y “*el deber de registrarse impuesto a un ente ideal que la ley reconoce como preexistente en el extranjero significa en definitiva una carga que debe ser establecida por la misma ley. En tal orden de ideas no es legítimo efectuar una lectura analógica o extensiva del texto legal que contradiga principios constitucionales*” (Luciano A. Sáenz Valiente, “Alcance del Artículo 123 de la Ley de Sociedades”, *La Ley*, ejemplar del 14 de abril de 1999).

³ C. N. Com., Sala D, *La Ley*, 1978-C, 522.

⁴ C. N. Com., Sala D, *La Ley*, 1979-C, 552. También existe un caso en el cual se resolvió que la inscripción sólo era necesaria si lo que se adquiría era una participación de control (C. N. Com., Sala B, 02 de junio de 1977, “*Parker Hannifin Argentina S.A.*”, *La Ley*, 1977-C; ver también 597 y C. N. Com., Sala C, 21 de marzo de 1978, “*AG McKee Argentina S.A.*”, *La Ley*, 1978-B, 343). Rafael M. Manóvil (en su artículo antes citado) anota que esta última era la tesis de Halperin, Isaac, en *Curso de Derecho Comercial*, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, p. 300. Manóvil también comenta en el artículo antes mencionado, que la tendencia a que sólo se registre la compra de un paquete accionario de control se revirtió en el caso “*Proquifin Argentino S.A.*” (C. N. Com., Sala A, 11 de agosto de 2003, “*IGJ contra Proquifin Argentino S.A.*”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 23, julio-agosto de 2003, p. 137).

⁵ A través de la cual se establece que la IGJ no inscribirá o, en su caso, declarará irregulares e ineficaces a los efectos administrativos, las resoluciones adoptadas en asambleas de accionistas en las cuales hayan participado ejerciendo derechos de voto sociedades constituidas en el extranjero que, a la fecha de las referidas asambleas, no hayan cumplido debidamente con el régimen informativo establecido en la Resolución IGJ 7/03 y concordantes. La condición es que los votos emitidos, por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la

La ausencia de previsión en la Ley 19.550 de una sanción específica para el caso de incumplirse con la inscripción prevista en el artículo 123 ha dado lugar a que se elaboren distintas teorías que analizan las consecuencias aplicables a un acto llevado a cabo en tales circunstancias⁶. Así, las consecuencias de la falta

voluntad social (artículo 1° Resolución 9/05). Esta resolución ha merecido la crítica de Rafael M. Manóvil, para quien la IGJ no tiene facultades para reglamentar el artículo 123 de la Ley 19.550 (“El artículo 123 de la Ley de Sociedades. Inaplicabilidad del artículo 124 a ese supuesto y ausencia de facultades de la IGJ para establecer reglamentaciones a su respecto”, *IX Congreso Argentino de Derecho Societario*, Tomo I, p. 369). La sanción impuesta por la IGJ tiene consecuencias sobre los derechos políticos del accionista extranjero. Si bien no se prohíbe la emisión del voto (lo cual, por otra parte, sería cuestionable), sí se resuelve que lo votado por el accionista extranjero (con el agregado de que el voto tiene que haber sido determinante para la formación de la voluntad social) no será registrado. En sede judicial se ha dicho que “(...) la sociedad extranjera no había cumplido con su previa inscripción en la IGJ al momento de celebrarse las asambleas en cuestión. En consecuencia, le faltaba legitimación, no podía invocar su existencia respecto de la sociedad local, ni ejercer ninguno de sus derechos de socio, ni políticos ni patrimoniales, hasta tanto no cumpliera con la respectiva inscripción” (C. N. Com., Sala B, 12 de diciembre de 2001, “R. de B., E. contra Rosarios y Cía. S.A.”); en otro fallo se sostuvo que: “(...) el artículo 243 dispone que el quórum en primera convocatoria requiere la presencia de accionistas que representen mayoría de las acciones con derecho a voto; esto es: 1) no se computan las acciones preferidas, salvo en los supuestos en que recuperen ese derecho (artículo 217 párrafos 2 y 3); 2) no se computan las acciones adquiridas por la sociedad, suspendidas en sus derechos (...) y en situación análoga a los casos mencionados se encuentran aquellas acciones de la que es titular la sociedad extraterritorial que no se halla legitimada para emitir el voto” (C. N. Com., Sala B, 26 de septiembre de 2003, “Betesh Rosarios, Armando D. y otro contra Rosarios Egon, Germán y otros”).

⁶ Entre las doctrinas que se han elaborado pueden mencionarse las siguientes: (i) la de la irregularidad de la sociedad extranjera; (ii) la de la irregularidad territorial, restringida a la actuación de la sociedad extranjera en el país, con las consecuentes responsabilidades; (iii) la de la inoponibilidad relativa, como consecuencia de la falta de registración, salvo cuando al tercero se le hubiera hecho conocer el contrato y la representación orgánica de la sociedad [debe anotarse que para Manóvil “la consecuencia de la falta de inscripción registral es solamente la inoponibilidad en nuestro país de la existencia de la sociedad a los terceros a los que específicamente no se pruebe que se les haya hecho conocer”, ponencia presentada en el *VI Congreso Argentino de Derecho Societario*, Tomo III, p. 505]; (iv) la de la inoponibilidad absoluta de la sociedad en el país, a todos los efectos, lo que implica su falta de legitimación para reclamar los derechos y obligaciones emergentes de los contratos celebrados por ella; (v) la de la nulidad del vínculo asociativo en el supuesto de no cumplirse con el artículo 123; (vi) para el mismo supuesto, la de la ineficacia e inoponibilidad de la participación societaria a quienes no la hayan consentido; (vii) la privación del ejercicio del voto a la sociedad no inscrita por el artículo 123; y (viii) la de la nulidad de los actos realizados.

de inscripción varían desde la irregularidad de la sociedad a la inoponibilidad de su actuación frente a terceros⁷. La primera postura ha recibido diversas críticas dado que la existencia y forma de las sociedades se rigen por la ley del lugar de constitución y, en consecuencia, esta última ley será la encargada de definir si la sociedad es o no regular. La segunda postura es la tesis a la cual se arribó por unanimidad en el X Congreso Nacional de Derecho Registral del año 1997. Esta consecuencia ha sido elogiada por cuanto resultaría coherente con la legislación argentina mercantil en general ante el incumplimiento de la carga de matriculación o inscripción de actos y documentos⁸. En este sentido, se ha manifestado que un repaso de las registraciones exigidas por el ordenamiento argentino comercial permite concluir que el incumplimiento de la registración es sancionado con la inoponibilidad o ininvocabilidad a terceros del acto sujeto a inscripción o la actuación del sujeto de derecho cuya matriculación es requerida⁹.

Se ha llegado a sostener que *“la inoponibilidad en la Argentina de la actuación de la sociedad extranjera que ha omitido el cumplimiento de las exigencias del legislador nacional, inoponibilidad que debe durar hasta el efectivo cumplimiento de esas cargas, no constituye ni muchísimo menos una sanción de gravedad para quienes eluden la posibilidad de que los habitantes de la República puedan conocer todas las condiciones en que el comerciante colectivo extranjero ejerce sus actividades en nuestro país”*¹⁰. En línea con esta última postura se ha resuelto en sede judicial que *“la registración exigida por la Ley 19.550 a las sociedades extranjeras no se funda exclusivamente en razones patrimoniales sino y básicamente en principios de soberanía y control que exceden el ámbito del interés económico de quienes se vinculan con aquellas, todo lo cual se halla inserto en forma nítida dentro del cauce del orden público, con su lógico corolario: la inoponibilidad de la actuación habitual de la sociedad extranjera no inscrita, situación que es claro opera de pleno*

Estas posturas, con sus respectivas citas, pueden verse en Manóvil, Rafael M. “Sociedades...”, artículo citado, p. 2.

⁷ Un detalle de la legislación comparada en materia de no registración de sociedad extranjera puede verse en “Sociedad Extranjera No Inscrita”, Alejandro P. Monteleone Lanfranco, *La Ley*, ejemplar del 11 de febrero de 2002.

⁸ Ver Ricardo A. Nissen, “Situación legal de las sociedades extranjeras no inscriptas en los registros mercantiles de la República”, *El Derecho*, ejemplar del 22 de abril de 1998.

⁹ Ricardo A. Nissen, artículo citado, p. 3.

¹⁰ Ricardo A. Nissen, artículo citado, p. 4.

derecho y no puede ser objeto de convalidación ulterior, porque ello importaría tanto como tolerar el incumplimiento de dispositivos legales de indudable contenido imperativo¹¹. En este último fallo también se dijo que: “el tercero interesado puede actuar jurídicamente como si el acto jurídico inoponible no se hubiera celebrado, vale decir, desconociendo su existencia. Mas si el acto jurídico inoponible hubiera sido ejecutado, esto es, si se hubieran cumplido las obligaciones que de él nacieron, el tercero interesado puede recurrir a la justicia para hacer cesar los efectos propios del acto que lo perjudicar”.

También se ha resuelto en sede judicial que “descartada la afirmación de la sociedad extranjera acreedora de tratarse de un acto aislado y ante el incumplimiento de los recaudos que impone el artículo 118 de la Ley 19.550 por parte de aquella, corresponde concluir que tal omisión que resulta de suma trascendencia por tratarse de una norma de orden público, priva en consecuencia a la ejecución hipotecaria intentada por aquella de tutela judicial en los términos en que ha sido planteada, pues no puede ser admitida la vía elegida para convalidar actos u operaciones fuera del marco de la ley¹²”.

Estos precedentes judiciales han merecido algunas críticas por parte de la doctrina¹³. En cualquier caso, debe tenerse presente que los contratos no pueden perjudicar a terceros (artículo 1195 del Código Civil) ni tampoco oponerse a estos últimos (artículo 1199 del Código Civil¹⁴). La doctrina ha apuntado que entre las consecuencias jurídicas de los contratos se distinguen los efectos directos, o sea aquellos que las partes quieren producir, respecto de los cuales rige el principio de relatividad,

¹¹ Fallo “*Cinelli, Nicolasa contra Dispan S.A. sobre Nulidad de Acto Jurídico Ordinario*”, Juzgado 1° Instancia Civil, N° 91; firme (11 de agosto de 2003).

¹² “*Rolyfar S.A. contra Confecciones Posa SACIFI sobre Ejecución Hipotecaria*”, C. N. Civil, Sala F, 05 de junio de 2003. Si bien este fallo luego fue revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cierto es que ello se sustentó en cuestiones procesales y no de fondo.

¹³ El fallo *Cinelli* ha sido criticado por la doctrina (ver pie de página 14 del artículo citado de Rafael M. Manóvil, quien remite a un artículo de Carolina Iud). Daniel R. Vitolo compendia los fallos antes mencionados en *Sociedades Extranjeras, Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias*, Ad-Hoc, p. 181. Ver también comentario de Nissen al fallo “*Rolyfar S.A.*”, en *El Derecho*, ejemplar del 06 de agosto de 2003 y Bollini Shaw, Carlos A., “Otro golpe mortal a los principios generales del derecho. Alcance de la no inscripción de las sociedades extranjeras”, *El Derecho*, ejemplar del 11 de septiembre de 2003.

¹⁴ La norma agrega “ni invocarse por ellos, sino en los casos de los artículos 1161 y 1162”.

de los *efectos indirectos o reflejos*, que son los que de hecho, en forma material, inciden sobre los terceros. Ejemplo de estos efectos reflejos son los actos no fraudulentos de un deudor, cuyos movimientos patrimoniales pueden beneficiar o perjudicar a sus acreedores¹⁵.

El concepto de inoponibilidad rige esencialmente frente a los terceros, no entre las partes del negocio¹⁶. La inoponibilidad está fuera *-strictu sensu-* de la eficacia o ineficacia del acto; es decir, cuando se considera esa categoría jurídica no se atiende al efecto obligacional del negocio, sino a la oponibilidad *erga omnes*, propia de todos los derechos y deberes¹⁷.

La Ley 19.550 exige que la transferencia de acciones sea registrada únicamente en el libro de registro de acciones —es decir, no es requisito la registración en la IGJ—; además, la propia

¹⁵ Conforme doctrina que surge del *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, Directores Belluscio-Zannoni, Tomo V, Astrea, Buenos Aires, p. 882. Asimismo, la doctrina se ha pronunciado sobre la diferencia entre acto inexistente y acto nulo (ver *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, Astrea, Buenos Aires, Director Belluscio-Coordinador Zannoni, Tomo IV, p. 680). Se aclara en este trabajo que no es lo mismo que no haya acto jurídico a que exista un acto jurídico, pero esté viciado. Se dice también que “*de ahí que se haya dicho que esta teoría se aparta de las regulaciones legales sobre nulidad, para sustentarse en una construcción racional, lógico-jurídica, pues el acto carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de suerte que no responde ni siquiera a la definición genérica que de él da la ley*” (ver. ps. 680 y 681). También se citan en este trabajo antecedentes judiciales en los cuales se aceptó la teoría del acto inexistente.

¹⁶ Ernesto E. Nieto Blanc, “Ineficacia y Nulidad”, *El Derecho*, 116-731.

¹⁷ La doctrina ha tratado la diferencia entre *inoponibilidad* e *ineficacia*. Al respecto, se ha dicho que [la inoponibilidad —categoría de ineficacia que nace, a principios de siglo; a través de las observaciones de Japiot sobre las nulidades y que se desarrolla sistemáticamente a partir de las obras de Daniel Bastian y Alex Weill en Francia— no predica un vicio sustancial del acto, sino sólo de sus efectos. Bastian, cuya obra hace muchos años difundió entre nosotros Martínez Ruiz, lo explica muy claramente, al diferenciar nulidad de inoponibilidad. Los rasgos esenciales de ésta se distinguen de aquélla por su naturaleza. La nulidad es un *estado del acto*, y lo que caracteriza la imperfección de que está tachado el acto nulo, es que resulta de un hecho existente desde que el acto se otorgó. “La inoponibilidad, al contrario, es una sanción que no se refiere al acto mismo sino a sus efectos, dejándolo subsistir, y se traduce en una ineficacia de extensión más o menos considerable”. Desde otro punto de vista, lo que es una consecuencia, “la nulidad hace caer el acto *erga omnes*, en tanto la inoponibilidad lo deja subsistir en la medida de lo posible y respeta los efectos que produce *inter partes* poniendo a los terceros al abrigo de los que pueden perjudicarlo”] (conforme Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, p. 192 y 193).

Ley 19.550 establece que dicha inscripción *surte efectos frente a terceros desde su inscripción*; sin embargo, la Ley 19.550 debe entenderse en su totalidad y, por ende, el artículo 215 debe ser analizado en conjunto con el artículo 123. Ahora bien, la circunstancia de que el directorio de la sociedad local resuelva inscribir la transferencia de las acciones en el registro de acciones de la sociedad local (dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 215) sin revisar que el comprador –sociedad extranjera– se encuentra debidamente inscrito en la IGJ, no podría subsanar la omisión en que incurre este último dado que no tiene facultades para ello. En otras palabras, la inoponibilidad no se convierte en oponibilidad por la registración de la transferencia que lleve a cabo el directorio de la sociedad local¹⁸. Asimismo, las cuestiones relativas a la personalidad jurídica, capacidad, formalidades de constitución, tipicidad y órganos se rigen por la ley del país de origen; sin embargo, debe distinguirse entre el reconocimiento de la existencia de la sociedad constituida en el extranjero y la exigencia por parte de la Ley 19.550 del cumplimiento de requisitos para otorgarle a dicha sociedad extranjera legitimación para que pueda actuar en nuestro país¹⁹.

¹⁸ El conflicto se planteará en la práctica si la sociedad que vende sus acciones a la sociedad extranjera no inscrita intima al directorio a que registre la transferencia bajo el argumento de que este último no tiene facultades para negarse. Si el directorio registra la transferencia y luego permite la participación de la sociedad extranjera en las asambleas de accionistas se expone a multas de la IGJ; si no lo hace, entonces asume el riesgo de que el accionista le inicie acciones a partir de su accionar pasivo. En sede judicial se convalidó la aplicación de una multa por parte de la IGJ a directores que, entre otras cosas, permitieron la presencia de sociedades extranjeras no inscritas en la IGJ en las asambleas de la sociedad participada. Al respecto se dijo: "(...) *la Resolución General 7/2003 de la IGJ establece en su artículo 8, la imposición de sanciones para los directores de sociedades que permitan la participación de sociedades no inscriptas conforme al artículo 123 Ley de Sociedades Comerciales' en asambleas de sociedades por acciones sujetas al control de dicho organismo. Esta norma se encuentra vigente desde el 10 de octubre de 2003 y no ha sido tachada de inconstitucional por los apelantes. En tales condiciones, resultan pasibles de la multa prevista en el artículo 302 Ley de Sociedades Comerciales, por haber permitido la participación de tales entes en las asambleas celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución General 7/03*" (C. N. Com., Sala C, 21 de noviembre de 2006, "*Inspección General de Justicia contra Biasider S.A. sobre organismos externos*").

¹⁹ La discusión doctrinaria en torno al alcance a ser dado al concepto de "acto aislado" no reviste importancia en el presente caso en atención a que la propia ley 19.550 exige la registración en la IGJ de la sociedad constituida en el extranjero para la adquisición de acciones de una sociedad local (se reitera

La posición de la IGJ y los fallos antes mencionados han generado un criterio que podría ser orientador de una jurisprudencia tendiente a considerar inoponibles frente a terceros los actos llevados a cabo en Argentina por sociedades constituidas en el extranjero que no han cumplido con la inscripción prevista en el artículo 123 de la Ley 19.550.

En los hechos se suelen encontrar casos de sociedades extranjeras (inscritas en la IGJ) que, por una cuestión impositiva, resuelven transferir sus acciones en la sociedad local participada a otra sociedad extranjera (no inscrita en la IGJ) que forma parte del mismo grupo empresario pero que fue constituida en un país que ha celebrado con Argentina un tratado que permite no tributar bienes personales; de no existir este tratado, la sociedad extranjera estaría obligada a pagar el tributo antes mencionado, lo que haría la sociedad local participada por cuenta y orden de aquélla. En concreto, frente a la venta de un paquete accionario a favor de una sociedad constituida en el extranjero pero no inscrita en la IGJ, la AFIP-DGI podría entender que la ausencia de registración tiene como consecuencia la inoponibilidad de la transferencia de acciones reflejada en el contrato y, a partir de ello, reclamar el pago del impuesto.

La sociedad extranjera podría alegar que la posición de la AFIP-DGI es abusiva dado que la finalidad de la registración en la IGJ no tendría relación con la capacidad de la sociedad extranjera. Incluso, sería razonable argumentar que la posterior inscripción de la sociedad extranjera en la IGJ "subsana" la ausencia de registración al momento en que se produjo la adquisición de las acciones; no obstante ello, la posición que pueda adoptar la AFIP-DGI es incierta.

Si como consecuencia de la posición que adopte la AFIP-DGI el tema llega a sede judicial, existen chances razonables de que el tribunal adopte un criterio restrictivo respecto de la oponibilidad a terceros del contrato de compraventa de acciones por ser el Estado (en este caso, AFIP-DGI) parte interesada en la cuestión y mediar un interés público relevante (el cobro de impuestos).

que la doctrina y los fallos extendieron el alcance del término "constituir", incluyendo el término "adquirir").