

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL ART. 118 L.S.

Juan Pablo Kexel

I. Síntesis de las conclusiones.

· No compartimos la sanción de irregularidad para el supuesto en que una sociedad constituida en el extranjero, incumpla con el requisito de inscripción exigido por el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550.

· Dicha sanción, amen de no encontrarse expresamente establecida para el supuesto bajo análisis, constituye una solución de extrema dureza legal, que la ley ha concebido para otro momento de la sociedad: el de su constitución.

· Tampoco debería extenderse la aplicación del régimen de la irregularidad, para sancionar otros supuestos contemplados en la legislación mercantil, si bien alguno de sus efectos pueden coincidir con el de otras sanciones.

· Tampoco coincidimos con que la sanción para el incumplimiento del tercer párrafo del art. 118 sea la inoponibilidad de la persona jurídica, toda vez que en determinados supuestos resultaría exagerado e injusto hacer responder a los accionistas de las sociedades constituídas en el extranjero.

· Consideramos el hecho de la registración como un acto típico de administración, que por consiguiente es responsabilidad de los representantes y/o administradores de la sociedad.

· En consecuencia, teniendo en mira la protección de los terceros contratantes de buena fe, proponemos como solución que entendemos más justa y que guarda mayor coherencia con el resto de las normas de la ley de sociedades, responsabilizar solidaria e ilimitadamente a la sociedad incumplidora, a sus administradores extranjeros y a sus representantes locales.

· La imputación de responsabilidad a la sociedad deviene lógica. Pero no consideramos que deba extenderse a los accionistas, toda vez que éstos en su calidad de tales, no asumen responsabilidades de carácter técnico-administrativas.

· Respecto a los administradores extranjeros, su responsabilidad en la falta de inscripción de la sucursal o representación local resulta manifiesta, ya que asumir los recaudos legales necesarios —entre los que se encuentran conocer y cumplir con los recaudos exigidos por la ley del país en donde la sociedad realizará una inversión— hace a su labor específica.

· La imputación de responsabilidad al representante local, amen del sustento normativo que encuentra en los arts. 121 y 59 de nuestra ley mercantil, resulta fundamentada en que dicho representante ha sido el que contrató con el tercero, representando a la sociedad extranjera infractora.

II. Fundamentos.

1. Introducción.

El crecimiento del comercio internacional y la extraordinaria proliferación de empresas multinacionales han dado lugar a una preocupación constante de la pro-

blemática que rodea el actuar de las sociedades extranjeras, no sólo a nivel nacional sino también mundial. Nuestro país, en los últimos años, ha experimentado un acelerado proceso de transformación económica, en el cual la inversión extranjera cumple un rol protagónico para el desarrollo de nuestra economía.

Por ello, la problemática de las sociedades extranjeras en su conjunto reviste en la actualidad gran importancia, debiendo los hombres del derecho aportar al sistema los instrumentos jurídicos idóneos a fin de sustentar la transformación económica emprendida.

Nuestra ley de sociedades comerciales, luego de sentar el principio básico según el cual la sociedad constituida en el extranjero se rige, en cuanto a su existencia y forma, por la leyes del lugar de constitución (art. 118, primer párrafo)¹ distingue claramente cuatro supuestos de actuación en el país:

- Sociedades que realicen actos aislados (art. 118, segundo párrafo)²;
- Sociedades que ejecuten habitualmente actos comprendidos en el objeto social (art. 118, tercer párrafo);
- Sociedades que participen en otras sociedades (art. 123)³;
- Sociedades que tengan su sede en la Argentina y su principal objeto esté destinado a cumplirse en ésta (art. 124).

Nos abocaremos específicamente a analizar la actuación de aquellas sociedades comprendidas en el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550. Este trabajo tiene como finalidad abordar uno de los problemas puntuales que se presentan ante la actuación en el país de una sociedad extranjera: las consecuencias que pueden derivar del incumplimiento de dicho artículo, a aquellas sociedades extranjeras que realicen en el país ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación en la República.

Previo, corresponde formular una pequeña disgresión. A lo largo del presente trabajo, por una cuestión meramente práctica se utilizarán indistintamente las ex-

¹ Los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 respectivamente, establecen contrariamente que la ley que rige al contrato social (en su forma, respecto de las relaciones entre socios y ante terceros) es la del país en que la sociedad tenga su domicilio comercial. Sólo el Tratado de 1940 establece que los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración. La premisa sentada en el art. 118, 1ª parte, tiene su trascendencia si tenemos en cuenta que no hay uniformidad en las legislaciones acerca de cuáles son los tipos societarios a los que se les reconoce personalidad. Por ejemplo, en los sistemas románicos, las sociedades colectivas se reputan personas jurídicas, no así en los sistemas germánicos o sajones (Alemania e Inglaterra, partnerships).

² Zaldívar, Enrique. "Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina", Buenos Aires, Editorial Edifor, 1972, pág. 83. "La presentación en un concurso o licitación pública puede ser calificada como acto aislado, pero si la empresa formada en el exterior resulta adjudicataria, es indudable que antes del correspondiente contrato deberá cumplir con lo dispuesto en la tercera parte del art. 118".

Conf. Rovira, Alfredo Lauro. "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República", Revista Jurídica La Ley, Tº 155, pág. 983. Respecto del concepto de actos aislados, el mismo deberá apreciarse con criterio restrictivo.

En contra, Boggiano, Antonio. "Sociedades y Grupos Multinacionales", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985, págs. 63/64.

³ Rovira, Alfredo L., ob. citada, "Reflexiones ...", pág. 988. La ley 19.550 intentó poner fin a la controversia respecto de si debe considerarse la participación de una sociedad extranjera en una constituida en el país, un acto aislado, sentando el principio contemplado en el art. 123. En efecto, dicho artículo establece la necesidad de que toda sociedad constituida en el extranjero que desee constituir sociedad en la República debe previamente acreditar ante el Registro Público de Comercio, que se ha constituido de acuerdo con las leyes de su país de origen e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como las

presiones sociedad extranjera y sociedad constituida en el extranjero, dejando a salvo que la mencionada en segundo término resulta ser, conceptualmente, la expresión más correcta..

2. Requisitos exigidos por el art. 118 de la ley 19.550.

Toda sociedad extranjera que quiera realizar cualquiera de los actos que se mencionan en el tercero párrafo del art. 118, deberá:

1. Acreditar la existencia de la sociedad conforme a las leyes de su país.⁴
2. Fijar un domicilio en la República, cumpliendo con la publicación e inscripción exigidas por esta ley para las sociedades que se constituyan en la República.⁵
3. Justificar la decisión de crear dicha representación y designar la persona a cuyo cargo ella estará.⁶
4. Si se tratara de una sucursal se determinará además, el capital que se le asigne cuando corresponda por las leyes especiales.⁷

La sociedad extranjera, cuya existencia y forma se rige según la ley del lugar de su constitución, conforme el art. 118, primer párrafo de la ley de sociedades comerciales, debe cumplir con dichos requisitos a través del órgano de administración de la misma.

En la práctica suele suceder que dichas sociedades extranjeras no inicien trámite alguno tendiente al cumplimiento de los requisitos en cuestión o que, una vez iniciados, los mismos sean abandonados.

Tal es, en definitiva, la situación que se intenta abordar y analizar.

3. Consecuencias de la falta de inscripción establecida por el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550.

Las distintas posiciones doctrinarias.

La mayoría de nuestra doctrina se inclina por considerar a la sociedad que incumple con los requisitos de inscripción establecidos en el mencionado art. 118,

relativas a sus representantes legales.

⁴ A tal fin no sólo deberá presentar un certificado expedido por las autoridades de origen debidamente legalizado por las autoridades consulares argentinas – si el país de origen es ratificante de la Convención por la cual se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros de La Haya, apostille 51, 05.10.61, aprobada por ley 23.458 y ratificada por el PEN- sino que deberá acompañar copias autenticadas del acto constitutivo, estatutos y sus modificaciones traducidos, si correspondiere, correspondientemente legalizados por las autoridades del país de origen y de la Argentina. De esta única forma quedará probado el límite de actuación de la sociedad en el país, sin perjuicio de las especiales limitaciones que la ley nacional le imponga para su actuación en la República.

⁵ Rovira, Alfredo Lauro. “Sociedades Extranjeras”, Abeledo-Perrot, 1985, pág. 61. “A nuestro criterio, la exigencia legal quedaría cumplida con la mera indicación de la jurisdicción en donde la sociedad fijara su asiento, sin necesidad de especificar la calle, el número y la oficina –si la hubiere- en donde funcione la administración social”.

⁶ Rovira, Alfredo L., Ob. Citada, “Reflexiones ...”, pág. 984. Este requisito no apunta a una exigencia de mérito y oportunidad, implicando el compromiso de la sociedad extranjera a someterse a la legislación local, estableciendo en el caso del representante, el deber de inscribir y hasta publicar el poder que se le otorgue para ejercer sus funciones.

como sociedad irregular y afirman que se le aplicará el régimen que para tales sociedades se establece en los arts. 21 al 26 de la ley 19.550.

Para estos autores, de no cumplirse con los recaudos determinados por el artículo en cuestión, la sociedad incumplidora debe ser encuadrada dentro del régimen de irregularidad contemplado en nuestra ley mercantil. Ello significa que la sociedad incumplidora será considerada irregular respecto de los actos que celebre en el país, pudiendo los terceros prevalecerse de dicha circunstancia para repeler las acciones de los socios que se funden en la existencia de dicha sociedad. Por último se agrega que, de tratarse de participación en Uniones Transitorias de Empresas, el incumplimiento de lo normado por el art. 118, tercer párrafo de la ley 19.550, impide a las sociedades constituídas en el extranjero participar en tales formas de emprendimientos.

Uno de los primeros autores que trató la problemática aquí abordada fue el maestro Enrique Zaldívar, en su obra “Régimen de las empresas extranjeras en la República Argentina”, en la cual el prestigiosa jurista afirma que la sociedad que incumple con los requisitos del art. 118, tercer párrafo, de la ley 19.550, debe ser considerada irregular.

En su obra, Zaldívar sostiene que “las consecuencias –del no cumplimiento del tercer párrafo del art. 118- serán las establecidas por los arts. 22 y ss., que pueden resumirse de la siguiente forma: los socios o quienes contrataron por la sociedad quedan solidariamente obligados; cualquier socio puede asumir la representación de la sociedad y pedir su disolución; ni la sociedad ni los socios podrán invocar ante terceros ni entre sí, derechos nacidos del contrato social”.

A su vez, los prestigiosos autores que con posterioridad se expidieron en el mismo sentido (entre otros, Rovira y Kaller de Orchansky) se apoyaron prácticamente sin excepción en la citada obra de Zaldívar.

Pero tal postura, si bien mayoritaria, no es pacífica. En este sentido, autores como Nissen⁸ o Manóvil⁹, entre otros, sostienen que la sanción a la falta de inscripción dispuesta por el segundo párrafo del art. 118 nunca puede ser la irregularidad.

No existe ninguna norma legal vigente en la República Argentina que sustente, directa o indirectamente, la afirmación de que la falta de inscripción traiga como consecuencia la irregularidad de la sociedad regularmente constituida en el extranjero, ni la aplicación de este riguroso régimen. Se trata pues de una afirmación puramente dogmática.

⁷ Sin perjuicio del capital que se le asigne en virtud de lo que establezcan leyes especiales, la sucursal puede afectar fondos para su giro comercial. Que tenga un capital asignado no significa que dicha suma sea el límite de su responsabilidad patrimonial, toda vez que la sucursal obliga a su casa matriz por las obligaciones que hubiera asumido dentro de los límites de su autonomía jurídica que la sede central le hubiere conferido y sin perjuicio de los derechos que le asisten a los acreedores.

⁸ Nissen, Ricardo Augusto. “Ley de Sociedades Comerciales”, Tomo II, 2ª edición, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1994, págs. 118/119.

El autor no comparte la sanción de irregularidad para aquellas sociedades que incumplen las prescripciones establecidas por el art. 118. En primer lugar, porque sostiene que el art. 118 prescribe que las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su forma y existencia, por las leyes del lugar de su constitución, por lo cual mal puede la ley argentina modificar el status de la sociedad extranjera. En segundo lugar, advierte sobre las gravosas consecuencias de aplicar el régimen de la irregularidad a las sociedades extranjeras incumplidoras.

⁹ Manóvil, Rafael Mariano. “Las consecuencias de la falta de inscripción de una sociedad extranjera que actúa en el país no es su irregularidad”; ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995,

Es principio general del derecho que las sanciones y responsabilidades no son materia que se pueda aplicar en forma extensiva a casos no previstos en la ley. Cuando la ley de sociedades ha querido imponer sanciones o responsabilidades determinadas, lo ha hecho en forma expresa y clara (v.gr., arts. 99, segundo párrafo, para los administradores por la realización de operaciones ajenas a los fines liquidatorios; art. 94, inc. 8º, para el socio único; art. 29, respecto del representante del menor y los consocios mayores; art. 32, respecto de la violación de la prohibición de participaciones recíprocas, etc.).

Conviene reflexionar entonces, sobre las consecuencias de considerar irregular a la sociedad extranjera que incumple con la inscripción prevista en el art. 118 de nuestra ley de sociedades.

María Barrau, en trabajo publicado en Errepar¹⁰, consideró que la solución legal al problema del incumplimiento de los requisitos fijados en el art. 118 a las sociedades extranjeras que hicieran ejercicio habitual en el país de actos comprendidos en su objeto social o que establecieran sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente en el país está dada por:

1. Responsabilidad de los socios y controlantes a través de la teoría de la desestimación de la personalidad societaria, en este caso respecto de la sociedad extranjera, en los términos del art. 54 de la ley 19.550.

2. Responsabilidad de los administradores de la sociedad extranjera en los términos de los arts. 59 y 121 de la ley 19.550.

Funda su posición en que la finalidad de la ley es la protección a terceros; en consecuencia las infracciones cometidas en el país por las sociedades extranjeras se rigen por nuestras leyes.

Compartimos en parte la solución propuesta, ya que, como expresaremos más adelante, consideramos exagerada la sanción en cabeza de los socios. Por lo demás, esta posición encuentra un inconveniente común a todas las soluciones que se proponen para el tema: la declaración de responsabilidad efectuada por un juez argentino respecto a los socios, controlantes y/o administradores –según se entienda corresponde– será de muy difícil reconocimiento por parte del juez extranjero.

Todas las soluciones que se analizan no tienen sino una finalidad común; esta es, la de arribar a la responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales de aquellos que fueran los responsables del incumplimiento de los requisitos del art. 118 y de aquellos que hubieran actuado por la sociedad sin el cumplimiento de tales requisitos.

Más lo concreto y lo real es que no existe en nuestra legislación societaria una norma que sancione el incumplimiento de tales requisitos.

La cuestión desarrollada debe buscar una solución a través de otro camino, esto es, por medio de convenios internacionales en los cuales los diversos Estados sujeten la actuación extraterritorial de las sociedades a las leyes del Estado en donde realizaren los actos comprendidos en su objeto social; tal es la solución dada por los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940, y por la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles –CIDIP II– de Montevideo de 1979.

págs. 505/512.

¹⁰ Barrau, María. "Situación jurídica de las sociedades constituidas en el extranjero que realizan en el país el

4. Críticas a la sanción de irregularidad.

4.1. Inadmisibilidad de la irregularidad sobreviniente.

El fenómeno de la irregularidad se presenta cuando existe una sociedad de hecho con objeto comercial o sociedad constituida conforme a alguno de los tipos permitidos pero afectada por vicios en la constitución.

Para Nissen, “las sociedades irregulares son aquellas en las que los socios han suscripto el contrato social, que se encuentra ajustado a lo dispuesto por el art. 11 de la ley de sociedades, contodos los elementos y requisitos por él dispuestos, pero sin embargo, adolece vicios de forma por la omisión de la registración prevista en el art. 7º de la citada ley. Debe quedar claro entonces, que lo que caracteriza a la sociedad irregular es (i) la adopción de uno de los tipos previstos en la LS -a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de hecho- y (ii) la falta de inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio”¹¹.

A su vez, Emilio Radresa ¹² define a la sociedad comercial irregular como aquella que “instrumentada por escrito en forma tal que resulte inequívoco el propósito de responder a alguno de los tipos autorizados, no se haya inscripto, inicie su giro comercial con su inscripción en trámite, o se declare tal por sentencia judicial posterior a su inscripción en el Registro Público de Comercio”.

El régimen de las sociedades irregulares contemplado en el Capítulo Primero, Sección IV de la ley de sociedades trae aparejado una serie de gravosas consecuencias, a saber:

1. cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 24 ley 19.550);
2. los socios y quienes contraten en nombre de la sociedad quedan solidaria e ilimitadamente obligados por las operaciones sociales sin poder invocar los beneficios que resultan del art. 56, última parte, de la ley 19.550, ni las limitaciones que se funden en el contrato social (art. 23, primer párrafo, ley 19.550);
3. conforme y bajo las circunstancias previstas en el tercer párrafo del art. 22 de la ley 19.550, cualquier socio puede solicitar la disolución de la sociedad;
4. la sociedad ni los socios pueden invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social (segundo párrafo del art. 23, ley 19.550);
5. incapacidad -tópico muy cuestionado en doctrina que escapa al marco de este trabajo- para la titularidad de bienes registrables (art. 26 de la ley 19.550);

Este conjunto de consecuencias, configurada la irregularidad, se presentan todas juntas como efecto específico de la desatención del iter. Parecería que nada autoriza a ver configurada la irregularidad in totum por la sola presencia aislada de alguno de los elementos antedichos.

En efecto, el mismo título de la Sección IV del Capítulo I de la ley de sociedades comerciales versa “De la Sociedad no constituida regularmente”. Y el art. 21 de la ley mercantil establece que “las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección”. De dicha sistematización de-

ejercicio habitual de su objeto social”, Ediciones Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, Tomo V, págs. 965/982.

bería concluirse que nunca, por ninguna circunstancia, una sociedad regularmente constituida puede devenir o convertirse en sociedad irregular. En consecuencia, a ninguna sociedad que fue regularmente constituida, ya hubiese sido en el país o en el exterior, puede aplicársele el régimen de las sociedades no constituidas regularmente..

Decir que quien contrate por la sociedad queda solidariamente obligado puede acarrear consecuencias gravosas, seguramente no queridas por el legislador.

Sin perjuicio de lo expresado en el punto anterior, debe mencionarse, que el maestro Zaldívar¹³, en una obra posterior, desechó la posibilidad de que por vía analógica o extensiva se aplique como sanción el régimen de la irregularidad a una sociedad regularmente constituida. Ello así al considerar las consecuencias de la continuación de la actividad de una sociedad después de disuelta (art. 99 ley 19.550), supuesto que tradicionalmente había sido tratado en doctrina y jurisprudencia como un caso de conversión de la sociedad en irregular.

De lo dicho debe desprenderse que la irregularidad es una visicitud específica del momento de la constitución, no como un fenómeno sobreviniente. Debe tenerse en cuenta que la sociedad ya ha cumplido con el iter constitutivo en su oportunidad en su país de origen y se ha regularizado conforme a la ley causae. Pareciera que el riguroso sistema de la irregularidad contemplado en nuestra ley societaria se encuentra dirigido a aquellas sociedades que no han cumplido con la registración o bien no han iniciado el iter constitutivo. El iter definitivamente no iniciado trae como resultado una sociedad de hecho, y definitivamente abandonado, una sociedad irregular. En definitiva el esquema de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550 ha sido concebido para castigar la displicencia de los socios que soslayaron el régimen de publicidad social.

No debe confundirse la concurrencia de algún dispositivo de dureza legal (v.gr., la responsabilidad ilimitada y solidaria de socios y/o administradores) con la configuración de la irregularidad, con lo que en rigor, se invertiría el razonamiento: dado que -para ejemplificar con el tema de la responsabilidad- si en la sociedad irregular existe responsabilidad ilimitada y solidaria, no siempre que se imponga esta medida de responsabilidad, habrá irregularidad.

La falta de registración del acto constitutivo de la sociedad, tiene como efecto natural impedir al socio que invoque frente a terceros las cláusulas de un contrato, que la ley reputa conocido por estos con la inscripción del mismo. Nuestra ley de sociedades ha ido incluso más allá, y tratándose de sociedades irregulares -o de hecho- prohibiendo a los socios invocar entre sí los derechos o defensas nacidas del contrato social, lo cual no es efecto inherente a la falta de registración del mismo, sino que ha sido impuesto ese efecto como sanción a los socios incumplidores de los requisitos legales previstos por la normativa social.

Con suma claridad lo expone Etcheverry¹⁴ en su célebre tesis Sociedades irregulares y de hecho cuando expresa que “sociedades no regularmente constituidas son aquellas que han cumplido imperfectamente la etapa de constitución en cuanto a las formas, es decir, la etapa que podríamos denominar de regularización”.

¹¹ Nissen, Ricardo Augusto. Obra citada, Tomo I, pág. 221.

¹² Radresa, Emilio. “Sociedades irregulares”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 30.

¹³ Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael M.; Ragazzi, Guillermo E.; Rovira, Alfredo L.. “Cuadernos de Derecho Societario”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, págs. 298/299.

¹⁴ Etcheverry, Raúl Aníbal. “Sociedades irregulares y de hecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

En la misma obra, el prestigioso autor sostiene en relación a la debatida cuestión de la irregularidad sobreviniente, que la ley de sociedades “sólo prevé sanciones de responsabilidad, pero no es posible entender que el propio ente deje de ser regular, toda vez que el régimen del art. 21 y siguientes de la ley, ha sido dispuesto para los casos de no constitución regular y no para otros, a los que no cabe extenderles esa solución legal. Si la subversión afecta al tipo societario, la solución habrá que buscarla por el lado de la invalidez y no de la irregularidad”.

Para luego agregar a modo de conclusión que “dejamos ya expuesta nuestra oposición a que se sostenga, al menos como opinión genérica, que el ordenamiento admite la irregularidad -o de otra manera, que aparezca la sociedad que reconoce y regula el art. 21 y ss. de la ley- sobreviniente o sicesiva”.

Por último, entendemos que el principio jurídico de no contradicción impide que la aptitud de los diversos hechos para producir efectos pueda ser contemplada simultáneamente por dos disposiciones jurídicas opuestas. Y esto es lo ocurriría, precisamente, si se admitiera que una sociedad extranjera regularmente constituida en su país, por no inscribirse para actuar en el país, deba ser considerada irregular. Se incurriría en la contradicción de declarar a una misma sociedad como regularmente constituida, y al mismo tiempo aplicarle el régimen de las sociedades no constituidas regularmente.

4.2. Consecuencias de aplicar la irregularidad como sanción.

A fin de completar el análisis de la cuestión planteada, corresponde efectuar un estudio del tema a la luz de las consecuencias que podría implicar para la sociedad extranjera regularmente constituida ser considerada por un juez argentino como irregular, sometiéndola al régimen que prescribe los arts. 21 al 26 de la ley de sociedades.

Y dichas consecuencias no resultan ser solamente ilógicas sino, consideramos también inejecutables. Y ello así por las siguientes razones:

1. Resulta un contrasentido conferirle a una sociedad el carácter de regular conforme a la ley del lugar de su constitución y, a la vez, afirmar que es irregular conforme a nuestra normativa.

2. El régimen de las sociedades irregulares ha sido establecido por nuestra legislación para aquellas sociedades que no han cumplido con los requisitos formales de inscripción en la Inspección General de Justicia de nuestro país o que, habiendo iniciado los correspondientes trámites de inscripción, han abandonado el iter constitutivo. En consecuencia, mal puede ser aplicado el citado régimen a aquella sociedad que ha cumplido con todos los requisitos formales impuestos por la ley del lugar de su constitución, esto es, por la ley extranjera.

3. Si un juez argentino declarara la irregularidad de una sociedad extranjera regularmente constituida conforme a la ley del lugar de su constitución, los accionistas de la misma responderían solidaria e ilimitadamente. Sin embargo resultaría impensable que un juez extranjero reconociera contra esos accionistas extranjeros una sentencia de juez argentino que considerara irregular a esa sociedad que conforme a la ley del lugar de su constitución ha cumplido con todos los requisitos formales.

4. Ninguna sociedad a la cual se le reconoce su regularidad conforme a la ley del lugar de constitución puede transformarse posteriormente en irregular. O es

regular o es irregular, mas no puede detentar ambas situaciones jurídicas a la vez. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

5. La sociedad que resulta ser regular conforme a la ley del lugar de su constitución no puede devenir irregular posteriormente ya que la regularidad es una calidad que se obtiene desde su nacimiento. Su único camino sería su disolución y posterior liquidación, aunque también conforme a la “lex societatis”.

6. La declaración de irregularidad efectuada por juez argentino de esa sociedad extranjera que ha sido regularmente constituida conforme a la ley extranjera podría llevar, en principio, a que, por ejemplo, cualquier accionista pida su disolución. Más el juez extranjero jamás le otorgaría ejecutabilidad a tal pedido, toda vez que la sociedad ha sido regularmente constituida conforme a la citada ley extranjera y es precisamente por ésta por la cual se rige, careciendo el juez argentino de jurisdicción en la materia.

Concluimos entonces, que la sociedad extranjera que según la ley del lugar de su constitución ha cumplido con todos los requisitos formales como para ser considerada regular, no puede aplicársele bajo ningún punto de vista el régimen que para las sociedades irregulares prescriben los artículos 21 al 26 de la ley 19550.

5. Nuestra postura: las consecuencias del incumplimiento del tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550.

Como quedara expresado a lo largo del presente trabajo, no compartimos la sanción de irregularidad –entendida ésta como la aplicación integral del régimen previsto en la Sección IV del Capítulo Primero de la ley 19.550- como fenómeno sobreviniente.

Entendemos que el incumplimiento de las formalidades de actos posteriores a la constitución de la sociedad no origina la irregularidad del ente.

La irregularidad es insusceptible conceptualmente de constituir vicisitud social sobreviniente a la constitución. Habiendo culminado los socios el iter constitutivo y adoptado uno de los tipos societarios previstos en la legislación, resultaría desmesurado y contrario a la finalidad legal, aplicar para aspectos posteriores del ente societario, el referido conjunto integral de consecuencias, que implica un duro esquema represivo concebido para castigar la displicencia de socios que soslayaron el régimen de publicidad social, cuando éste régimen, ya inscrita la sociedad conforme la ley de origen, ha sido cumplido.

Como consecuencia de lo expresado, consideramos que resulta peligroso como técnica de interpretación legislativa, extender regímenes de responsabilidad como el de la irregularidad a supuestos para los que no fueron ideados. Si bien alguno de los efectos pueden coincidir, la aplicación in totum del régimen de la irregularidad acarrea consecuencias por demás gravosas.

Tampoco coincidimos que la solución para el no cumplimiento de lo establecido en el tercer párrafo del art. 118, sea la inoponibilidad de la persona jurídica. Si bien entendemos que la solución debe apuntar a resguardar los intereses de los terceros, consideramos excesivo hacer pesar en cabeza de los socios de una sociedad constituida en el extranjero, las consecuencias del accionar negligente de sus administradores y/o representantes locales.

Contemplemos el caso de una sociedad Norteamericana que cotiza en la Bolsa de Tokio y que establece una sucursal en Buenos Aires. Supongamos también que una ama de casa japonesa compre acciones de dicha sociedad. En el caso que un tercero en la Argentina reclame contra la sociedad por un perjuicio sufrido, parecería exagerado hacer responder solidaria e ilimitadamente a dicha señora oriental, por una negligencia en el accionar de los administradores y/o representantes locales de la sociedad en cuestión.

Teniendo en mira la protección de los terceros, consideramos que la mejor solución que puede plantearse en relación a la sanción por el incumplimiento de lo dispuesto por el tercer párrafo del art. 118, guarda relación con lo que establecen los arts. 121 y 59 de la ley 19.550.

En efecto, estamos analizando un caso en el que una sociedad extranjera se encuentra ejerciendo en el país en forma habitual actos comprendidos en su objeto social, habiendo establecido sucursal, asiento o cualquier otro tipo de representación permanente.

Recordemos que el art. 59 hace responsables ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resulten de la acción u omisión de sus actos a los administradores y representantes de la sociedad que no obraron con lealtad y con la diligencia del buen hombre de negocios en la realización de los actos sociales. A su vez, el art. 121 establece que el representante de la sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que los administradores o directores –en su caso- de las sociedades locales.

La inscripción a la que obliga el art. 118, constituye un acto de administración, siendo responsables de su ejecución los administradores extranjeros y el representante local. Además, debe tenerse en cuenta que el tercero seguramente contrató con la persona del representante.

En consecuencia la solución que a nuestro entender sería mas justa, llegado el caso que la sociedad tenga que responder ante el reclamo de un tercero y obviamente, no se encuentren cumplimentados los recuados del tercer párrafo del art. 118, es responsabilizar solidaria e ilimitadamente a la sociedad, los administradores y el representante local.

Debe mencionarse por último, que la solución precedentemente propuesta cuenta con el escollo de la dificultad del reconocimiento por parte de un juez extranjero de una sentencia dictada en la Argentina, basada en las normas antes citadas. El éxito de dicho emprendimiento resulta al menos incierto, por lo que resultaría adecuado intentar legislar internacionalmente en relación a la problemática aquí planteada.

Bibliografía

- Balestra, Ricardo R.. “Las Sociedades en el Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- Barrau, María. “Situación jurídica de las sociedades constituidas en el extranjero que realizan en el país el ejercicio habitual de su objeto social”, Buenos Aires, Ediciones Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, Tº V.
- Benseñor, Norberto Rafael. “Actuación extraterritorial de sociedades constituidas en el extranjero. Ambito del artículo 118 de la ley 19.550”, en “Negocios Internacionales

y Mercosur”, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, Instituto de Derecho Comercial, Universidad Notarial Argentina, Volúmen V, 1996.

· Boggiano, Antonio. “Sociedades y Grupos Multinacionales”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985.

· Etcheverry, Raúl Aníbal. “Sociedades irregulares y de hecho”, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1981.

· Farina, Juan M.. “Tratado de Sociedades Comerciales”, Tomos IV y IV, Rosario, Aeus editora, 1984.

· Halperín, Isaac. “Curso de Derecho Comercial”, Volúmenes I y II, 3a. edición, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1973.

· Kaller de Orchansky, Berta. “Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado Argentino”, Revista Jurídica La Ley, Tº 147, pág. 1201.

· Lovagnini, Ricardo José. “Régimen jurídico de las Sociedades Extranjeras”, ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, Tomo III, 1995.

· Manóvil, Rafael Mariano. “La consecuencia de la falta de inscripción de una sociedad extranjera que actúa en el país no es su irregularidad”, ponencia en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, Tomo III, 1995.

· Mascheroni, Fernando H.. “Sociedades Comerciales”, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1986.

· Messineo, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”, Milán, 1952, traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomos I y V, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1971.

· Nissen, Ricardo Augusto. “Ley de Sociedades Comerciales”, 2ª edición actualizada, Tomos I, II y III, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1993.

· Otaegui, Julio C.. “Invalidez de actos societarios”, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1978.

· Radresa, Emilio. “Sociedades irregulares”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977.

· Rovira, Alfredo Lauro. “Sociedades Extranjeras”, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1985.

· Solá Cañizares, Felipe de. “Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Comparado”, Tomos I, II y III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina SA, 1958.

· Verón, Alberto Víctor. “Sociedades Comerciales”, Ley 19.550, Buenos Aires, Ed. Astrea, Tomos I y II, 1991.

· Zaldívar, Enrique; Ragazzi, Guillermo E.; Rovira, Alferdo L.; Manóvil, Rafael M.. “Cuadernos de Derecho Societario”, Tomo III, vol. IV, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1976.

· Zaldívar, Enrique. “Régimen de las Empresas Extranjeras en la República Argentina”, Buenos Aires, Ed. Edifor, 1972.

· Zunino, Jorge Osvaldo. “Régimen de Sociedades Comerciales. Ley 19.550”, 11ª edición actualizada, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994.