

## **SOCIEDADES EXTRANJERAS ANTE LA FALTA DE REGISTRACION**

**Marcelo A. Lozano**

### **Ponencia**

La falta de registración de una entidad extranjera que actué en el país bajo cualquiera de sus formas acarrea a ésta un defecto formal que generará consecuencias directas en su persona y en la de sus representantes, basados en el régimen inoponibilidad y responsabilidad de sus representantes, pero en ningún caso implicará sancionarla con el régimen de irregularidad establecido en la ley de sociedades.

### **D) La inscripción del artículo 118, párrafo 3º, inciso 2º, ley 19.550**

Conforme a este artículo la sociedad extranjera que realice actos habituales comprendidos en su objeto, establezca sucursal, asiento, o cualquier otro tipo de representación tendrá que acreditar que se constituyó de acuerdo a las leyes de su país, inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa de a sus representantes, fijar un domicilio en la República, justificar la decisión de crear la representación, llevar contabilidad separada, y de tratarse de una sucursal establecer la asignación de capital cuando corresponda por las leyes especiales. Al referirse a la registración, la ley de sociedades omitió determinar que consecuencias acarrea su incumplimiento, tema del que se ocupó la doctrina y la jurisprudencia considerando a la entidad infractora como sociedad irregular aplicándoles analógicamente los principios que rigen en materia societaria ante la falta de registración (artículos 21 a 26 la ley). Al respecto Enrique Zaldivar dice que *"la sociedad del exterior debe considerarse irregular si se desenvuelve en la República sin cumplir los recaudos que establece el art. 118, tercera parte, y que culmina con la inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 7º)"*<sup>1</sup>. Tal postura es seguida entre otros por Berta Kaller de Orchasnsky<sup>2</sup> y Alfredo Rovira<sup>3</sup>. Luego la doctrina consideró que la irregularidad abarca únicamente su actuación en el país y al respecto Eduardo Favier Dubois(h) sostiene *"la falta de cumplimiento de los recaudos del art. 118, tercera parte, llevará a que la sociedad extranjera pueda ser considerada "no constituida regularmente", pero solo cuanto a su actuación en el país"*<sup>4</sup>. En los últimos tiempos han aparecido opiniones doctrinarias que le quitan sustento a la aplicabilidad del régimen de irregularidad otorgándole efectos basados en la inoponibilidad frente a terceros<sup>5</sup>, en la

<sup>1</sup> "Régimen de las Empresas Extranjeras en la República Argentina", Editor 1972, Buenos Aires, p.88.

<sup>2</sup> "Las Sociedades Comerciales en el Derecho Internacional Privado Argentino".L.L.t.147,p.1210

<sup>3</sup> "Sociedades Extranjeras", Abeledo Perrot 1985, p.64

<sup>4</sup> "Derecho Societario Registral", Ad hoc 1994, p. 207

<sup>5</sup> Manovil, Rafael: "La consecuencia de la falta de inscripción de una sociedad extranjera que actúa en el país no es su irregularidad", ponencia en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en Derecho Societario Argentino e Iberoamericano, T. II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 505.

responsabilidad de sus funcionarios y eventualmente de sus socios<sup>6</sup>, o simplemente sanciones de índole policial<sup>7</sup>.

Adherimos a esta nueva doctrina, al entender que el legislador no tuvo en cuenta la consideración de "irregular" para las sociedades extranjeras que no cumplan con su inscripción, ni puede inferirse por aplicación analógica de normas referidas a otras situaciones que conceden a la inscripción efectos y finalidades distintas. Los fundamentos vertidos por la moderna doctrina que no considera aplicable el régimen de irregularidad son: I.- No hay norma legal que sustente, directa o indirectamente, la irregularidad ni la aplicación de este régimen; II.- Según explica Rafael Manóvil<sup>8</sup>, el legislador no tuvo en cuenta: a) La fuente inspiradora de la ley en este materia, el Código Italiano, que posee una norma (art. 2508) que establece la sanción de responsabilidad solidaria e ilimitada a las personas que actúan por la sociedad, y b) el art. 288 del antiguo Código de Comercio que establecía una sanción para quienes contrataban a nombre de la sociedad que no funcionase conforme a sus normas, obligándolos personal, ilimitada y solidariamente; III.. Si una sociedad está regularmente constituida, ya sea en éste o en otro país, nunca puede devenir en irregular, calificación ésta que se aplica al no cumplirse las formalidades propias de la constitución IV.- Las sanciones se imponen expresamente, no pueden aplicarse en forma extensiva o analógica.; V.- Imposibilidad de aplicar los artículos 22 y 23 de la ley 19.550 en cuanto a sostener que la sociedad extranjera quedara expuesta a la acción de disolución y que sus socios resultaren alcanzados por las consecuencias propias de nuestro régimen de irregularidad; VI. *Sería contradictorio admitir que para ciertos actos -los aislados- para estar en juicio, la sociedad no inscripta fuera regular en tanto que irregular para otros, es decirlos practicados con "habitualidad", aún cuando los realizara simultáneamente*<sup>9</sup>.

Los fundamentos expuestos son determinantes para desestimar la postura original que aplica la irregularidad a sociedades constituidas en el extranjero, postura que parte de la errónea interpretación de sostener que la registración comercial en el ámbito de estas sociedades que actúan en el país es constitutiva. La ley 19.550, en su artículo 7, Sección II, establece la obligación de la sociedad comercial de inscribirse en el Registro Público de Comercio para ser considerada regular, con lo cual se le da a la registración societaria el carácter de constitutiva de regularidad; y luego el artículo 21, sección IV, establece las sanciones para aquellas sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección. De las normas citadas es claro que para que la sociedad esté formalmente constituida no solo tiene que instrumentarse, sino adoptar un tipo, y finalmente inscribirse en el Registro de Comercio requisito indispensable para culminar su constitución y no ser objeto de las sanciones establecidas en el capítulo IV de la ley.

<sup>6</sup> Barrau, María "Situación Jurídica de las sociedades constituidas en el extranjero que realizan en el país el ejercicio habitual de su objeto social" ERREPAR - DSE - T.V. P 965

<sup>7</sup> Fortin, Pablo "Consecuencias de la falta de inscripción impuesta por el artículo 118 de la ley 19950", Congreso Argentino de Derecho Comercial 1990, publicado en Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, p.133

<sup>8</sup> Op.cit.p.505

<sup>9</sup> Fortin Pablo. Op.cit.p.133

El artículo 118 de la ley al fijar el principio "la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución" establece la ley aplicable al proceso que va desde la suscripción del contrato constitutivo que le da vida hasta el cumplimiento de los requisitos formales para ser considerada regular (adopción de tipo, publicidad, inscripción), pasos a través de los cuales el ente social adquiere plena capacidad. La ley nacional le reconocerá personalidad jurídica a la sociedad extranjera en tanto y cuanto la legislación del lugar de constitución se la haya reconocido. Siguiendo a la profesora Berta Kaller de Orchansky el lugar de constitución es el lugar donde la sociedad fue reconocida como tal, o sea "*el país donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescritas por las leyes vigentes*"<sup>10</sup>. La sociedad extranjera adquiere regularidad en dicho país, y su legislación regulará todo lo concerniente a los derechos y obligaciones de los socios, la designación de los órganos sociales, y la representación societaria. Al adquirir regularidad podrá realizar en nuestro país todos los actos para los cuales está autorizada en las condiciones establecidas, pero no podrá devenir en irregular, ni siquiera en su país de constitución, a no ser que la legislación de origen lo contemple. Cabe destacar que el reconocimiento de la personalidad jurídica de la entidad extranjera es congruente con lo establecido por el artículo 34 del Código Civil, por la Convención Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles de 1979, y por la Convención sobre reconocimiento de la personería jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras del 1º de junio de 1956 aprobada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ratificada por la ley 24.409.

La obligación de inscribir que le compete a la sociedad extranjera en estos casos, no puede por una cuestión de lógica de nuestro ordenamiento societario constituir regularidad de ninguna clase. El carácter de la inscripción establecida es netamente declarativo a fin de que los terceros conozcan su existencia, estatutos, domicilio constituido, y representantes legitimados para actuar; no hay una nueva constitución, no goza la representación local de personalidad jurídica propia, por ende no puede adoptar un tipo social, y mucho menos ser irregular, calificación que como ya dijéramos se aplica únicamente al período de constitución. La falta de inscripción no provoca falta de capacidad o legitimidad para actuar, significa que la entidad extranjera adolece de un defecto formal que generará consecuencias directas en su persona y en la de los representantes.

Desterrada la idea de la irregularidad debemos determinar que efectos ocasiona la sociedad extranjera no inscrita al actuar en el país. Para ello debemos preguntarnos a quien protege la inscripción en el Registro Público de Comercio; la doctrina entiende que está destinada a proteger a los terceros que contratan con la entidad, no interesando la situación de sus socios a la que es materia de regulación del país de origen. Así lo sostuvo el fallo de Cámara del 29 de julio de 1983 en autos "Febre J. c/Wolwide Fin Corp. Ltda. y otros", al decir "... *está obviamente destinada a proteger a los terceros que contratan con la entidad, y no a quienes forman parte de la compañía infractora*".<sup>11</sup> Eduardo Roca adiciona un concepto interesante y nos obliga a fijar la atención en la figura del representante, al esta-

<sup>10</sup> Op.cit, T.147,p.1206

<sup>11</sup> Sumario publicado en Revista del Notariado N°791, año 1983, p.1660

blecer que la protección se da en favor de éste, dado que al registrarse los estatutos de la extranjera y constituir domicilio en el República ésta podrá ser emplazada judicialmente en el país, desvinculándose el representante por el acto ejecutado frente a los terceros; expresa que la protección "*consiste fundamentalmente en que quien actúe en nuestra plaza por cuenta de una sociedad no inscripta, no tendrá la posición de privilegio que el derecho comercial concede a los comerciantes . . . pero, asimismo confieren protección patrimonial a los administradores y socios de sociedades de capital que actúen según las reglas de registración desvinculándolos de la suerte de la compañía*".<sup>12</sup> A esta necesidad de los administradores y representantes de exigir la inscripción de la entidad extranjera que representan, en salvaguarda de su patrimonio, se les agrega la obligación legal de éstos en hacer inscribir a su representada y sus designaciones en el país, toda vez que deben obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ateniéndonos a que sus responsabilidades son las mismas que para los administradores locales, y les caben por imperio del artículo 121 de la ley que establece "*El representante de las sociedades constituidas en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley, y en los supuestos de sociedades de tipo no reglamentadas, las de los directores de las sociedades anónimas*"; se aplicará por consiguiente, y ya no por analogía sino por una remisión expresa de la ley, la normativa de los artículos 59 y 274 de la ley, que los hace personal ilimitada y solidariamente responsables.

### Consecuencias aplicables

Las consecuencias derivadas de la actuación de la sociedad extranjera sin registración de acuerdo al art. 118 L.S. serían las siguientes:

- 1) La sociedad extranjera, en virtud de la validez del acto: A) Queda obligada y legitimada para accionar frente a su contratante local a fin de obtener el cumplimiento de lo convenido, no pudiendo su contratante pretender desligarse de su obligación invocando la inexistencia de ésta por falta de registración de la entidad; y B) Podrá oponer limitaciones y defensas proveniente de sus estatutos si el contratante local tuviere conocimiento de ello, circunstancia que se deberá probar; en los demás casos será inoponible.
- 2) El representante de la sociedad extranjera queda ilimitada y solidariamente responsable en cada uno de los actos en que haya intervenido.

### II) La inscripción del art. 123 ley 19550

El artículo establece la obligación a las sociedades extranjeras que participen como socias en la constitución de una sociedad local, la acreditación de que sean constituido de acuerdo con las leyes de sus países y se inscriba su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales.

<sup>12</sup> "Sociedad Extranjera no Inscripta" Abeledo Perrot, 1997, p.65

La doctrina y jurisprudencia se han ocupado, correctamente, en sostener la aplicación de la norma no solo al acto constitutivo sino a la ulterior toma de participación social a través de la adquisición de partes, cuotas o acciones de una sociedad ya constituida.

En este caso la sociedad no realiza actividad comercial habitual en forma directa, sino a través de otra constituida en el país, y la jurisprudencia ha seguido el criterio, con alguna excepción<sup>13</sup>, expresado en el fallo de Cámara Comercial del 9 de noviembre de 1959 en autos "Roure Dupont S.R.L." donde se estableció que la constitución de una sociedad no importa la realización de un acto aislado, sino que implica el desarrollo de las más amplias y diversas actividades mercantiles, al integrarse a la vida económica del país a través de su incorporación a una sociedad local. Si bien la ley 19550 no la consideró un acto aislado la distinguió de aquellas que realizan actos habituales dentro del objeto, o que establecen sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, desobligándola a llevar contabilidad separada, constituir domicilio en la República, y cumplir con la publicación en el diario de publicaciones legales.

Ricardo Nissen<sup>14</sup> divide lo determinado por nuestros Tribunales en cuanto a la necesidad de registración en cuatro supuestos atendiendo a si la participación extranjera tiene por objeto el control de la sociedad participada o integra el directorio o consejo de vigilancia, o si tiene por objeto la participación activa en la sociedad emisora o se le concede una posición de control de hecho o de derecho, o si ha hecho adquisiciones circunstanciales de acciones a breve término de sobranes financieros. El citado autor sostiene que en todos los casos en que una sociedad extranjera participa en una nacional corresponde su registración, dado que *"no importa la realización de un "acto aislado", sino el ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos que confieren el estado de socio, y que deben ser ejercidos en forma permanente y no aislada, la necesidad de inscripción de la sociedad extranjera en los registros mercantiles locales es derivación forzosa de esa conclusión, sin que deba importar la naturaleza o "quantum" de esa participación"*<sup>15</sup>.

El fallo de Cámara Comercial de Capital Federal "Under Wood Co. S.R.L.", del 8 de noviembre de 1939<sup>16</sup>, estableció la finalidad de la inscripción de la sociedad extranjera al sostener que se disponía *"a los efectos de que los terceros conozcan los antecedentes, constitución o responsabilidad de las mismas"*. Sin bien consideramos necesaria la registración mercantil atendiendo a los fines sostenidos en el fallo "Under Wood Co S.R.L.", nos adherimos a la doctrina y jurisprudencia que sostiene que no debe ser exigida en los casos en que la toma de participación por parte de la sociedad extranjera fuere irrelevante para la adopción de resoluciones societarias o resolver integraciones de los órganos de funcionamiento; cuestión que deberá ser atendida con especial atención a las particularidades del caso. Reiteramos lo expuesto en el punto anterior en cuanto a que la falta de inscripción no afecta la capacidad ni la legitimidad para actuar del ente, su omi-

<sup>13</sup> Fallo de C.S.J.N. "Corporación El Hatillo S.A.-Tercera de Dominio en autos Potosí S.A. c/Coccaro, A." 29-3-63

<sup>14</sup> "La participación de Sociedades Extranjeras en Sociedades Nacionales". ERREPAR-DSE-TVI, p.207.

<sup>15</sup> Op.cit. pag.209.

<sup>16</sup> L.L.T.16, p.820, citado por Rovira Alfredo, op.cit, p.65

sión solo implica un defecto formal que generará consecuencias directas en el régimen de responsabilidad del representante y en la oponibilidad atenuada de los estatutos y reformas de la sociedad extranjera frente a la sociedad local y restantes socios.

Como complemento expresamos nuestro rechazo al criterio vigente en el Registro Público de Comercio de Capital Federal, a cargo de la Inspección General de Justicia, de detener el trámite de registración de una reforma estatutaria de una entidad nacional cuando en ella participa una sociedad extranjera que no cumplió con la previa inscripción del artículo 123, si la participación de ésta no es suficiente para alterar la voluntad social, ya que más que castigar a entidad infractora se está afectando los intereses de la sociedad local y de los demás accionistas. En estos casos, Favier Dubois (H) entiende *“que la autoridad de contralor registral sólo deber denegar el pedido de inscripción de un acto de una sociedad nacional cuando, restando las acciones de la partícipe extranjera no registrada, aquél no alcance los presupuestos exigidos por la ley para su validez (quorum y mayorías, en su caso). De lo contrario, deberá hacerse lugar a la registración a pesar del incumplimiento del artículo 123, ya que -en principio- sus facultades se refieren al control de legalidad (art. 6° L. 19550) del “acto” a inscribir, y no a otro cosa (art. 34. C.Co)”*<sup>17</sup>. Si bien nos parece atinado el cálculo de resistencia del doctor Favier Dubois (h), disentimos con él al entender que la participación de la entidad extranjera en tales condiciones no afecta el quorum y mayorías de la asamblea celebrada, la que será válida independientemente de la participación de aquella. La entidad extranjera deberá acreditar haberse constituido regularmente de acuerdo a la legislación del país de origen y se le deberá aceptar su participación en la asamblea.

### Consecuencias aplicables

Las consecuencias aplicables a la falta de inscripción del art. 123 L.S. son las siguientes:

- 1) La sociedad extranjera en cuanto a su actuación en el país mantiene la situación de inoponibilidad de sus estatutos y reformas frente a aquel que no esté en conocimiento de los mismos, con responsabilidad solidaria e ilimitada de sus representantes.
- 2) La sociedad extranjera partícipe de la sociedad local no perderá el ejercicio de los derechos inherentes a su calidad de socio.
- 3) La sociedad local participada no verá afectada su conformación y sus decisiones asamblearias serán válidas y oponibles entre los socios que conocieren la situación de la sociedad extranjera.

<sup>17</sup> Op.cit.p.205