

LA ACTUACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES. REGLAS LOCALES, INTERNACIONALES E INTEGRACION

*María Celia Marsili
Carlos San Millán*

Síntesis de la ponencia

1.- Las reglas de la ley de sociedades relativas a la sociedad extranjera deben adaptarse a la conformación globalizada de los negocios contemporáneos. Para el logro de este objetivo es conveniente despejar algunas incógnitas que provoca dicha legislación, para así poder precisar el régimen doméstico que tiene que articularse con las regulaciones internacionales y las internas de los demás países.

2.- Es preciso avanzar en el proceso tendiente a tornar operativas las normas del Tratado de Asunción, relativas a la libertad de establecimiento.

3.- La armonización normativa no ha de limitarse a las legislaciones de los países del Mercado Común del Sur, sino que también requiere la de los compromisos internacionales que aquéllos hubieran asumido.

I.- La interpretación de las reglas de la ley 19.550 sobre la actuación extraterritorial de las sociedades.

El régimen de la sociedad constituida en el extranjero, en adelante SCE, se ha regulado sobre la base de colocar a éstas “ en un pie de paridad a las sociedades constituidas en el país”. Así dice la Exposición de Motivos de la Ley 19.550 en adelante LS, en su comentario a la Sección XV. Sin embargo, cabe preguntarse si sus reglas responden a dicho postulado.

Tomemos uno de los casos previstos en la normativa, cual es el ejercicio habitual, por parte de una SCE de actos comprendidos en su objeto, entre los que se ha interpretado queda comprendida la participación en una sociedad constituida en el país, que no se considera acto aislado. (1) Según dispone el artículo 118 inciso 2 de la LS, aquella deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio que corresponda.

La doctrina se ha preguntado cuáles son las consecuencias de la falta de inscripción de la SCE (2). Ellas podrían presentarse para la sociedad, los administradores, los fiscalizadores y para los socios.

En ánimo de aportar ideas para una solución de estas cuestiones, como método preliminar indispensable para encarar una adecuada armonización, conviene analizar brevemente los diversos efectos.

Conforme las normas de derecho internacional privado de la LS aplicables al caso, el emplazamiento a una SCE resulta poco práctico por las dificultades de hacer efectiva la decisión de la autoridad argentina sobre aquella. El legislador,

¹ In re “Parker Hannifin Argentina S.A. en E.D. 78: 367 y otras decisiones jurisprudenciales.

² Le Pera, Sergio “ Cuestiones de derecho comercial moderno”, pág. 228. Ed. Astrea 1979. Roca, Eduardo “Sociedad extranjera no inscrita”. Ed. Abeledo Perrot 1997.

sin embargo, ha previsto (artículo 122 LS) que puede emplazarse al representante en sustitución de la sociedad inasible, en una suerte de delegación imperfecta impuesta por la ley.

De este modo no quedará desprotegido el cocontratante de la sociedad, evitándosele los efectos de la falta de inscripción de la SCE que realice ejercicio habitual del comercio en el país. Esta solución no es ajena a la política legislativa por la que optó la LS en cuanto recurre a la figura del rehén para asegurar la tutela de algún derecho. Ejemplos de tal política pueden encontrarse en las reglas sobre responsabilidad del síndico o la del director renunciante cuya renuncia no ha sido inscrita.⁽³⁾

En otras palabras, el representante que hubiere actuado en nombre de la SCE será responsable por las consecuencias del acto celebrado. La manera de evitar esta responsabilidad será inscribir a la SCE, según lo establece el artículo 118 tercer párrafo de la L.S. Esta carga queda en cabeza del representante.

De más está decir que no es necesario que el representante a quien nos hemos referido, esté inscripto en los términos de la norma citada. Basta con que resulte probada, de algún modo, su actuación. Con ello se disipa la importancia que podría revestir para el tercero que aquel sea técnicamente representante de la SCE, por cuanto los efectos, en materia de responsabilidad, existen independientemente de la prueba de tal calidad.

Lo hasta aquí expresado también es aplicable a la sociedad constituida en el extranjero con sede en el país o cuyo principal objeto está destinado a cumplirse en él, según lo establece el artículo 124 LS.

En síntesis, la sociedad que no cumple con el trámite impuesto por el artículo 118 no podrá invocar los beneficios de su carácter de persona jurídica, en el país. Téngase en cuenta, que el contratante local no ha quedado desamparado en sus derechos, sino que tendrá por responsable al representante de la SCE incumplidora no inscrita.

Por estas razones, es que se convierte en abstracta la especulación planteada por la doctrina (4), acerca de la imputación de los efectos del acto a la sociedad o la duda sobre si ésta es inexistente, irregular, nula o anulable.

En este sentido, cabe advertir que la solución de la ley argentina, en cuanto responsabiliza al representante de la SCE, desplaza otras soluciones del orden jurídico local. Así debe leerse que, en realidad, no importa tanto si es o no representante acreditado, basta con que haya celebrado el acto. De esta manera, la ley argentina optó por un sistema de protección a quien contrata con la SCE, que tiende a evitarle desvelos para lograr la imputabilidad de las consecuencia de los actos celebrados, a la SCE.

En cuanto a los efectos de la falta de inscripción en relación a los administradores, socios, fiscalizadores y la propia sociedad, cabe reiterar que la imputación de la responsabilidad al celebrante del acto (representante de la SCE, según la LS) descarta la de aquellas personas. En otras palabras, puede decirse que la LS optó por una solución que desplaza el nexo vinculante por el cual tales personas podrían ser responsables.

³ Artículos 12, 257, 259, 287, 295, 296 y 297, entre otros, de la LS.

⁴ Le Pera op. y loc.cit.

De allí el cuidado y diligencia que debe tener el contratante para verificar la inscripción de la SCE o establecer el grado de solvencia del representante, con el matiz de que, en realidad, su responsabilidad emana de la calidad de celebrante del acto más que la de representante de un sujeto societario.

Consecuentemente, del análisis de la legislación interna, con esta interpretación, surge un sistema coherente y normativamente maduro y eficaz para un proceso de coordinación como el que el mundo globalizado de los negocios reclama.

Como enseña Le Pera en el trabajo citado en nota 4, “es amplio el panorama de construcción jurídica y de incitaciones para una elaboración ulterior” y, en este sentido, hemos entendido que es el de este Congreso el ámbito propicio para su planteo.

Este desafío se actualiza aún más cuando analizamos la cuestión a raíz del proceso de globalización o cuando se trata de SCE que actúan en el marco regional, v.g. el Mercosur u otros acuerdos, a cuyo respecto se presentan cuestiones diversas, de tratamiento vinculado a las aquí señaladas.

Despejadas, con la interpretación propuesta algunas de las incógnitas que provoca la LS en el orden doméstico, estamos en condiciones de considerar la coordinación esta normativa con el resto de las regulaciones internacionales y regionales.

II.- Acuerdos Internacionales y de Integración. Armonización.

Se ha señalado, antes de ahora, la necesidad de formular propuestas de armonización de las legislaciones de los países que integran el Mercosur, al tiempo que se ha puesto de manifiesto que ello requiere la identificación preliminar de las cuestiones a armonizar y la definición de la orientación que se imprimirá a las normas.⁽⁶⁾

La doctrina ha encarado el estudio comparado de la legislación de los cuatro países. Desde los trabajos de Aguinis (7) hasta los más recientes, se ha señalado la similitud en la regulación de los diversos tipos previstos en esas regulaciones, de las cuales se ha dicho que responden a sistemas jurídicos homogéneos, de raíz romano-germánica (8), puntualizándose, asimismo, las cuestiones de tratamiento disímil.

⁵ Esta tarea se encuentra con las carencias de las legislaciones locales en la regulación de la actuación extraterritorial de sociedades, que derivan de la circunstancia que aquellas, en algunos casos, han quedado detenidas en un tiempo en que “una nación podía confortablemente confinar su regulación a la protección de los accionistas y a la promoción de un manejo eficiente de las compañías sujetas a sus leyes, un tiempo en que las sociedades operaban como entidades económicas independientes. Sin embargo, en el presente, cuando tantas empresas se han convertido en globalizadas, el límite entre los conceptos sociológicos y económicos de la empresa y su concepto legal, frecuentemente se pierde y ningún concepto legal nuevo ha aparecido todavía que se corresponda con el concepto económico de la empresa globalizada, y este problema debe ser resuelto.” Goddard, David “Convergence in corporations law. Towards a facilitative model”. Informe general en el Coloquio de la International Association of Legal Science celebrado en UADE, Bs. As. 1995.

⁶ Marsili, María Celia “La armonización de las legislaciones societarias de los países del Mercosur” en La Ley T 1994 E Sec. Doctrina pág. 1042 y “La legislación sobre sociedades anónimas y el Mercado Común del Sur” en Integración Económica y Management Análisis comparado pág. 53. Publicación de UADE y Ecole Superieure de Commerce de Paris, 1996.

⁷ Aguinis, Ana María M. de “Empresas e inversiones en el Mercosur”. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, también Gagliardo, Mariano en “Sociedades en el Mercosur” De. Abeledo Perrot. Bs. As. 1996.

⁸ Araya, Miguel “El derecho de sociedades en el Mercosur” en Mercosur y la Unión Europea: dos modos de

Además, las legislaciones de los países del Mercosur aseguran el reconocimiento de la sociedad constituida en el extranjero y su razonable actuación extraterritorial, pero es deseable la equiparación de estas posibilidades o su eventual modificación armonizada, entre otras que se presentan, para la concreción del objetivo previsto en las llamadas cinco libertades del Tratado de Asunción.(9)

Creemos que, en tanto no se acoplen las normativas locales de los países integrados, proveyendo regímenes si no uniformes, por lo menos de equivalencias, no se creará el clima propicio que nos conducirá a aquellas libertades.

Si bien el Tratado de Asunción no menciona expresamente la “libertad de establecimiento” la doctrina (10) considera que ésta integra el esquema de las cinco libertades del Tratado de Asunción. La libertad de establecimiento debe ser entendida como la posibilidad de cualquier sociedad mercantil constituida en un país de ser admitida en otro país miembro, con plenitud de derechos y obligaciones, facultades y deberes, sin perder sus atributos en el país de origen.(11) En consecuencia, por aplicación del principio se prohibiría a los Estados Miembros todo trato discriminatorio en el ámbito de los países del Mercado Común.(12)

Del Tratado de Asunción resulta que los países signatarios no tienen obligación de unificar sus legislaciones y que durante el denominado período transicional en él previsto, la obligación de los Estados consistió en la armonización de sus legislaciones (artículo 1).

La suscripción del Protocolo de Ouro Preto sobre estructura institucional del Mercosur, aprobado por Ley N° 24.560 del 20 de setiembre de 1995, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado de Asunción, importó, a la expiración del referido período de transición, la instauración de los órganos integrantes de aquella estructura. De ésta reviste particular importancia, a nuestros fines, la Comisión Parlamentaria Conjunta (artículo 25) cuya función es la de “procurar acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur”. De la misma manera, ha de coadyuvar a la armonización de las legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración.

En este genérico panorama, no conociéndose avances en la tarea de armonización largamente reclamada, es menester establecer cuál es la situación que se presenta para las sociedades de los cuatro países signatarios del Mercosur.

El marco regulatorio predominante es el Tratado de Asunción complementado con el Protocolo de Ouro Preto. Es en el primero, como se ha expresado, que se encuentra plasmado el reconocimiento de la libertad de establecimiento, como principio rector de la actividad de las organizaciones empresarias que suponen, en gran medida, la actuación bajo la forma de sociedades comerciales.

En el sistema jerárquico normativo que se desprende de nuestra Constitución

integración económica pág.151. Ed. Lex Nova, España 1998.

⁹ Artículo 1 del Tratado de Asunción.

¹⁰ Así expresa Alegría, Héctor en “Reconocimiento, libertad de establecimiento, sociedades y Mercosur”: “la libertad de circulación de bienes, servicios y factores productivos (se refiere al artículo 1 del Tratado de Asunción) comprende el reconocimiento y la libertad de establecimiento de las sociedades y otras personas morales que actúen en el ámbito integrado.” Publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario Num. 5 pág.441. Ed. Rubinzal Culzoni.

En igual sentido Araya, Miguel, op.cit. pág.144.

¹¹ Aguinis, Ana María M. de, “Empresas e inversiones en el Mercosur”, Abeledo Perrot, 1993, Bs.As., pág. 26.

Nacional, de manera harto explícita tras la reforma de 1994, este principio de la libertad de establecimiento, al estar incorporado a un tratado de integración se encuentra en una posición jerárquica en cuya virtud, su aplicación desplazaría a toda otra normativa instrumentada en tratados o leyes internas que se le opongan o que pueda restringir los efectos del principio.(13)

No obstante, cabe señalar que algunas opiniones plantean dudas sobre la calidad de tratado de integración del de Asunción en los términos del artículo 75 inciso 24 de la Constitución Nacional, con fundamento en que sólo revisten aquella categoría los que fueran aprobados con los recaudos previstos en la norma constitucional citada, lo cual no ocurrió en el caso.(14)

Asimismo, se ha manifestado que la nueva estructura prevista por Ouro Preto no ha previsto un órgano contralor de legalidad, no configurando, en principio, el plexo de disposiciones, un ordenamiento sistemático con efecto directo y eficacia operativa (15).

Alegría, en opinión que no menciona al Protocolo de Ouro Preto propone, con apoyo en fallos de la Corte Suprema de la Nación “la admisión del efecto directo en cuanto a la libertad de establecimiento ínsita en el artículo 1ro. del Tratado de Asunción.” Respalda su posición en que “si el Mercado Común, deberá estar conformado (al 1ro de enero de 1995) e implica la libertad de circulación de factores productivos, se desprende naturalmente que la libertad de establecimiento, aún cuando no hubiera recibido más consagraciones normativas (comunitarias o de tratados) debe aplicarse para que el Mercado Común quede conformado”. Con sensatez premonitoria advierte que el reconocimiento del efecto directo evitará tener que supeditar la actuación de esa libertad a la negociación de nuevos instrumentos legales, cuya tramitación seguramente llevará un tiempo que excederá largamente el 1ro. de enero de 1995.(16)

Lo anotado con respecto al carácter de tratado de integración de Mercosur y a su efecto directo, puede traer dudas acerca de su aplicabilidad desplazante, para los países signatarios, de otras normativas, ya sea como las disposiciones de derecho internacional privado previstas en la LS referenciadas en el capítulo I, o las instrumentadas en acuerdos internacionales.

Viene al caso recordar, con respecto a los últimos, que Argentina, Paraguay y Uruguay han ratificado la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles suscripta en Montevideo el 8 de mayo de 1979. La República Argentina la aprobó por Ley N° 22.921.

¹² Conf. Araya, Miguel op. cit. pág. 144.

¹³ Badeni, Gregorio en “Reforma constitucional e instituciones políticas” Ed. Ad hoc. Buenos Aires, 1994 sitúa a los tratados de integración en el tercer escalón jerárquico, luego de la Constitución Nacional y de los tratados sobre derechos humanos (pág. 143), si bien señala, con respecto en general a los tratados internacionales que “si el carácter pragmático de sus cláusulas impone la necesidad de un acto político y discrecional del Congreso para precisar normativamente sus contenidos, el tratado no tendrá aplicabilidad jurídica interna hasta tanto se sancione una ley que le brinde operatividad” (pág. 135 y nota)

Por su parte, Bidegain, Carlos María en su “Curso de Derecho Constitucional, Ed.. Abeledo Perrot, Bs. As. 1994, sitúa a las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración que emitan organismos supraestatales con jerarquía superior a las leyes, con cita del art. 75, inc. 24 de la C.N.

¹⁴ Badeni, Gregorio, en opinión vertida en conferencias

¹⁵ Dreyzin de Klor, Adriana en “La dinámica institucional del Mercosur” en Revista de Derecho Privado y

Entre las cuestiones que se tratan en dicha Convención, vale destacar, a los fines de este trabajo, que se declara el reconocimiento de pleno derecho de las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado por los demás (artículo 3). Asimismo, que para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social, las sociedades quedan sujetas a la ley del Estado en que los realizan (artículo 4); esta ley también se aplica al control que una sociedad constituida en un Estado ejerza sobre una constituida en otro Estado. También se ha regulado el supuesto de la sociedad constituida en un Estado que pretende establecer la sede efectiva de su administración en otro (artículo 5) y el caso de la sociedad mercantil constituida en un Estado para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social (artículo 6).

Recordemos que si no se acepta el efecto directo del Tratado de Asunción, cuestión ésta, que como se ha señalado, no está definida, rige entre los países signatarios la Convención citada.

Es de notar que en este contexto de normativas internacionales, las soluciones de la Convención pueden ser estrechas, si se considera la amplitud de actuación que otorgaría un principio tan vasto como el de libertad de establecimiento.

Se ha recomendado en profundos trabajos “realizar un rápido análisis del problema para lograr la sanción de una normativa comunitaria, ya sea por vía de tratados que habrían de comprometer a todos los países del Mercosur, ya sea por las decisiones que a esta altura deberían emanar de los órganos que configuran la estructura institucional del mercado”.⁽¹⁷⁾

Ello se sustenta en las dudas planteadas acerca de la posibilidad de atribuir efecto directo al Tratado de Asunción, que el Protocolo de Ouro Preto no disipa definitivamente.

Aquél cometido no debería dejar de lado una aconsejable armonización con otros compromisos internacionales que involucren a los países de la región. Puede también ser útil, en el terreno de las definiciones, la sanción de la ley que apruebe al Tratado de Asunción, como un tratado de integración.

Queda así planteado el esquema de las normas aplicables y algunas soluciones posibles para la actuación extraterritorial de las sociedades comerciales, con especial énfasis en la situación de las de los países del mercado integrado.

Comunitario N° 17 pág. 474.

¹⁶ Alegría, Héctor op. cit. pág. 445

¹⁷ Alegría Héctor op. y loc. cit. pág. 447.