

COMISION IV

Profesor: Ana María Meirovich de Aguinis
Profesor: Inés M. Weinberg

CONSIDERACIONES EN TORNO AL ART. 123 DE LA LEY 19.550

I. Introducción

La aplicación del art. 123 de la ley 19.550 continúa suscitando interés ante la variedad y complejidad de las situaciones que pueden entrar en su normativa, pues contempla el supuesto de la sociedad constituida en el extranjero que participa de una sociedad constituida en el país.

La jurisprudencia, en consecuencia con lo sostenido por la mayoría de la Comisión Redactora de la ley 19.550, ha entendido que la expresión utilizada en el art. 123 "para constituir sociedad...", debe entenderse "con criterio amplio y queda comprendido en la norma no sólo el participar en el acto de fundación sino también la posterior adquisición de participación (Parker Hannifin Argentina SA S/Reforma Cam. Nac. Com. Sala B, 2.6.77, Rev. Der. Com. y de las Obligaciones año 10, página 723)".

De modo que la sociedad constituida en el extranjero que pretende "fundar" una sociedad en el país de cualquier tipo, suscribir acciones o "formar parte de" una ya constituida, debe acreditar ante el Juez de Registro (hoy la Inspección General de Justicia) que se ha constituido de acuerdo con las leyes de su país respectivo, inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio. (Rovira, Alfredo "Sociedades constituidas en el extranjero", La información T XXXV, página 677).

En ambos supuestos- fundar o participar en sociedad- la ley quiere que se proceda a la identificación e individualización de la sociedad inversora.

No importa identificar accionistas extranjeros "golondrinas", meros inversionistas, sino las participaciones calificadas en cuanto confieren capacidad de decisión sobre la actividad y desenvolvimiento de la empresa nacional, y ella sea ejercida de manera regular.

La simple compraventa de acciones no implica "per se" voluntad de "formar parte" de la sociedad local.

- 20 -

La ley de Sociedades dispone que el control de la voluntad social o la vinculación entre sociedades es un dato relevante en el orden societario que se refleja en los estados contables para sociedades por acciones y sociedades de responsabilidad limitada de 20 ó más socios. (Art. 33 y 63 de la ley 19.550).

La clarificación en las relaciones entre sociedades es inevitable al tiempo de fundarse y constituirse una sociedad. Si la adquisición de participación es posterior a la constitución de la participada, el legislador de 1972 entendió que ello debe defundirse cuando se encuadra en el art. 33 de la ley 19.550.

La ley de inversiones extranjeras 21.382 reformada por la ley 22.208 establece que éstas no requieren autorización cuando las participaciones en empresas locales no sobrepasan la suma de u\$s 2.000.000 por inversor ni el 2 % del capital por empresa receptora y el total de las tenencias de participaciones de capital, adquiridos por inversores extranjeros, no exceda el 20 % del capital de la empresa receptora (art.6 bis, ley 21.382).

Esta ley nos brinda una pauta más sobre lo que se debe considerar una participación relevante pero sólo eso; pues no obedece a consideraciones jurídicas sino que da respuestas económicas y políticas a inversiones que pueden ser provechosas para el país.

II. Aplicación del art. 123.

Hay que distinguir dos supuestos:

1) Una sociedad constituida en el extranjero concurre al país para constituir una sociedad local: frente a lo imperativo de la prescripción del art. 123 debe acreditar los extremos exigidos por la norma.

Ello no implica otra cosa que exigir a las sociedades extranjeras lo mismo que a las locales, que ya se encuentran registradas.

2) Distinto es el caso de la sociedad extranjera que adquiere participación en sociedad local ya existente, en cuyo caso hay que distinguir dos hipótesis:

a) La compra de participación como un acto aislado (art. 118,1 y 2da. parte L.S.) Es el caso de un socio de inversión, lo que en la literatura alemana se denomina accionista pasivo, que no concurre a las asambleas, no integra el directorio ni el consejo de vigilancia, que no ejerce en forma efectiva sus derechos de socio aunque cobre el dividendo.

b) La adquisición de participaciones en sociedad local que se concreta en el ejercicio activo de la calidad de socio de manera integral, sea concurriendo a las asambleas, eligiendo o siendo elegido para formar parte del directorio o consejo de vigilancia, y aunque ello ni implique el control conforme al art. 33 L.S.: en este caso debe cumplirse con los recaudos del art. 123 L.S.

La sociedad extranjera participante puede eventualmente asumir calidad de sociedad controlante o vinculada con la local, lo que se conocerá a través de los estados contables de esta última y de la nominatividad de las acciones (art. 16 de la ley 21.382).

III. Sanciones

En los supuestos en que la sociedad extranjera debe cumplir con el art. 123 L.S., es decir los casos 1) y 2) b), y no lo hiciera, siendo ello detectado por la autoridad de contralor, la ley debería contemplar una sanción.

Para el supuesto 1) de hecho existe, por cuanto la autoridad de aplicación deniega la conformidad administrativa hasta tanto se cumplan los extremos previstos en el art. 123.

Para el caso 2) b) la sanción consistiría en la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades correspondientes a las participaciones hasta tanto satisfagan los requisitos legales, sanción elegida por su analogía con la prevista por el art. 31 de la Ley de Sociedades.

IV. Conclusiones

La individualización de la sociedad inversora es irrelevante cuando estamos frente al inversionista pasivo que no ejerce sus derechos de socio y únicamente cobra el dividendo.

La identificación es necesaria, en cambio, cuando la sociedad extranjera constituye una sociedad local, cosa que no puede realizar en forma pasiva, o cuando adquiere participaciones en una sociedad local en la cual ejerce en forma activa sus derechos y aunque ello no implique el control conforme al art. 33 L. S. o aunque se esté dentro de los límites previstos por el art. 6 bis de la ley 21.382.

La sociedad extranjera que no se individualice no podrá constituir sociedad en el país y si ha adquirido participación activa debería perder su derecho a voto y a las utilidades.