

EL ARTÍCULO 118 DEL PROYECTO DE REFORMA

DANIELA SANTA CRUZ

RESUMEN

El Anteproyecto introduce cambios en la regulación de la actuación de las Sociedades Extranjeras en territorio nacional. Nos centramos en el análisis de algunos puntos del art. 118; creemos que el reemplazo de “actos aislados” por “actos jurídicos” y la supresión de “ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social” trae mayor confusión en cuanto a los supuestos para los cuales las sociedades extranjeras deben inscribirse en los Registros locales.

El término “establecimiento” no parecería englobar todas las formas posibles de representación que pueda tener la sociedad extranjera en nuestro país. Deberían precisarse requisitos homogéneos en caso de asignación de capital a una sucursal por parte de la casa matriz. Es acertada la reforma del 1º y 2º requisito del 3º párrafo, pero debe seguirse exigiendo la resolución social que decide la creación de la sucursal.

ACTOS AISLADOS

La LSC en su actual redacción, distingue 4 supuestos de actuación territorial de la sociedad extranjera:

- Actos aislados (art. 118, 2º párrafo)
- Ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social y el establecimiento de sucursal u otra representación permanente. (art. 118, 3º párrafo)
- La sociedad extranjera que participe en una sociedad argentina en los términos del art. 123.
- La sociedad extranjera constituida en fraude a la ley, es decir, aquella que, constituida en otro país pero que desarrolle su objeto principal o tenga su sede en la República. (art. 124).

En el Anteproyecto de reforma, luego de afirmar en el art. 118 que la “*sociedad extranjera se halla habilitada para realizar en el país actos jurídicos y estar en juicio*”, regula en su parr. 3º las condiciones bajo las cuales las sociedades extranjeras podrán ejercer el comercio en territorio nacional. En sus arts. 123 y 124 mantiene los tópicos regulados en la actual redacción.

Se suprime entonces, toda referencia a los actos aislados, reemplazándolos aparentemente por “actos jurídicos”.

Somos concientes de la magnitud del debate doctrinario y jurisprudencial que se ha generado en torno al concepto de “actos aislados”. No hay, en doctrina y jurisprudencia, un criterio uniforme que diferencie claramente un acto aislado, del ejercicio habitual del comercio por una sociedad extranjera en territorio nacional.¹

Sin embargo, de una lectura integral del art. 118, a *contrario sensu* surge que actos aislados son aquellos cuya ejecución no implica

¹ “Ciertas posturas doctrinarias se pronuncian por propiciar un criterio realista aunque no definen el concepto de acto aislado. Otras prefieren inducir un concepto excepcional y restrictivo, al punto tal que deben ser tales los esporádicos y accidentales. También se sostiene aunque los actos sean frecuentes no deberán ser considerados habituales si no están ligados entre sí, demostrando un ejercicio regular, constante, indicativo de la existencia de una empresa” (Bonseñor, Norberto R., “*Sociedades constituidas en el extranjero. Reconocimiento de la personalidad jurídica y legitimación para actuar*”, Suplemento Especial de Sociedades Extranjeras. comentario al fallo “Rolyfar SA c. Confecciones Poza SACIFI”, CNCiv Sala F, 6/05/03)

el ejercicio habitual de ~~actos comprendidos en su~~ objeto social ni requiere el establecimiento de alguna especie de representación permanente. Claramente, dicha definición no evita la aparición de casos dudosos, incluso un mismo acto puede calificarse de aislado o habitual dependiendo de las circunstancias que lo contextualicen. En este punto, coincidimos con la CNCiv Sala F en el caso "Rolyfar SA", en cuanto a la imposibilidad de prever la infinidad de situaciones factibles de ser consideradas como acto aislado, correspondiendo a la autoridad de control o al juez meritar las cuestiones de hecho y calificar al acto en el caso concreto. *Ergo*, consideramos acertado que la LSC en su redacción actual no precise el concepto de acto aislado.

Ahora bien, surge del Anteproyecto que se reemplaza a la expresión "acto aislado" por "actos jurídicos", quizás en un intento por superar toda la problemática planteada.

Según el art. 944 del CC, son actos jurídicos "*los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos*".

Es decir, los supuestos de ejercicio habitual del comercio y participación en sociedades nacionales de los arts. 118 3° párrafo y 123, respectivamente, caben dentro de la definición transcrita. No se configura con el término "acto jurídico" una categoría diferenciada de actos para los cuales la ley permita a la sociedad extranjera libertad de ejecución.

Las interpretaciones posibles que podrían darse son:

- se elimina el supuesto que hasta ahora configura los actos aislados, permitiéndose solo la ejecución de los actos jurídicos posteriormente enumerados y reglados en los arts. 118, 3° párrafo y 123;
- se establece una relación de género-especie donde se fijan requisitos específicos solo para los actos jurídicos expresamente contemplados, y libertad de ejecución para el resto, con un criterio aparentemente residual.

De nuevo deberíamos aplicar el argumento *ad contrarium* para definir lo que se entiende por "actos jurídicos" del 2° párrafo del art. 118, pues la definición existente en el CC es demasiado amplia y no

contempla características propias del derecho societario. Es decir, no sólo no se agota la problemática de indefinición actualmente existente, sino que se agregan elementos que suman confusión en vez de introducir criterios que permitan un deslinde más claro entre los actos que pueden realizarse sin establecimiento de representación permanente y los que están subordinadas a ella. Consideramos que los “actos aislados” deben mantenerse en la regulación del art. 118 del Anteproyecto.

EJERCICIO HABITUAL DE ACTOS COMPRENDIDOS EN EL OBJETO SOCIAL

Versa luego el actual art. 118, 3º párrafo: “*Para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, debe...*”. En el Anteproyecto, se lo reemplaza por “*Ejercicio del comercio. Para instalar establecimiento en la República, debe...*”. Además, se suprime el último párrafo referente a la asignación de capital a las sucursales.

Si nos centramos en la reforma, nos enfrentamos entonces al problema de la definición de “establecimiento”. Alguna doctrina, basada en el art 90 inc. 4 del CC, asimila el establecimiento a la sucursal, caracterizando a ésta como meras descentralizaciones administrativas que integran jurídica y patrimonialmente la casa matriz, mientras que la ley 11.867 lo emplea como sinónimo de Fondo de Comercio. Otra forma de actuación de las sociedades extranjeras puede verificarse a través de agencias, simples oficinas administrativas, sin facultad para celebrar negocios por su cuenta, solo para facilitarlos entre la casa matriz y las contrapartes locales. Se ha distinguido también a la sucursal, agencia y establecimiento de la filial, constituida con independencia jurídica, capital y organización propios, la que no está expresamente contemplada por la actual LSC.²

En definitiva, el término “establecimiento” no parecería englo-

² Conf. Lovagnini, Ricardo José. “Régimen Jurídico de las sociedades Extranjeras”, LL, 1998-F-992.

bar todas las formas posibles de representación que pueda tener la sociedad extranjera en nuestro país. Creemos que la alocución “o cualquier otra especie de representación permanente” del actual 118 se presenta como una válvula de escape que logra contemplar los posibles casos que pudieran presentarse, permitiendo imponerles los requisitos del 3º párrafo siempre que se verifique la “permanencia” en la representación.

En referencia al “ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social”, creemos errónea su supresión. Si una sociedad instala una sucursal u otra representación permanente en el país, en principio su objetivo es propender a la consecución de su objeto social. Pero podría suceder que la sociedad realizara actos que efectivamente implicaran el desarrollo de su objeto social en territorio nacional, pero sin establecer, publicar y registrar un asiento permanente. El art. 118, 3º párrafo, en su redacción actual, fija el criterio del “ejercicio habitual de actos comprendidos en su objetos social” como parámetro para exigir la inscripción de la sucursal. Si la sociedad realiza su explotación comercial en el país en forma permanente debe establecer una representación de igual carácter, debidamente inscripta y publicada, que se erija como sistema de protección a los terceros.³ Por ello creemos que el “ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social” es la clave que habilita a exigir la inscripción de la sociedad extranjera que pretenda realizar su explotación comercial en el país.

ASIGNACIÓN DE CAPITAL A LAS SUCURSALES

Otro punto es la asignación de capital que la casa matriz pueda hacer a la sucursal. Según reza el actual art. 118, leyes especiales determinarán el capital que se les deba asignar, en los casos que correspondiera. Ahora bien, qué sucede si la casa matriz asignara capital en

³ Coincidimos con Nissen en que “es de estricto interés para el comercio conocer no sólo todos los datos de los comerciantes, individuales o colectivos, sino también todas aquellas circunstancias que sirven para determinar las condiciones en que tal comerciante ejerce su actividad (su capacidad, la suficiencia de su activo y de sus bienes para responder por las obligaciones contraídas, la suficiencia de la personería otorgada a sus representantes, etc....” (Nissen, Ricardo A., “Panorama Actual del Derecho Societario”, Ed. Ad-Hoc, BsAs, 2000, p. 104 y 105).

forma voluntaria a la sucursal. Ese capital se constituiría como aval o garantía que la sociedad extranjera otorga a la representación local para que ella misma pueda asumir las obligaciones derivadas de su giro comercial. Los terceros cuentan con ese capital como respaldo local a los negocios que establecen con la sucursal. El órgano de control debería arbitrar los medios necesarios para comprobar la existencia efectiva de los bienes aportados al momento de la creación de la sucursal.⁴ Quedaría como cuestión pendiente de debate los tipos de bienes que la casa matriz podría asignar, su valuación, forma y plazo de acreditación, entre otros, y si correspondiere, su respectiva regulación en el Anteproyecto.

REQUISITOS PARA LA INSTALACIÓN DE ESTABLECIMIENTO SEGÚN ART. 118

Consideramos prolija la reforma introducida en el 1º requisito para instalar establecimiento en la República (art. 118, párrafo 3º), reemplazándose *“acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes de su país”* por *“acreditar la existencia de la sociedad con arreglo a las leyes del lugar de su constitución”*. En la actual redacción, dicha norma indirecta de Derecho Internacional Privado puede crear confusión en cuanto al punto de conexión utilizado. Abre un abanico de posibilidades que puede conducir incluso a asignar nacionalidad a las sociedades como atributo de personalidad, cuestión que tradicionalmente la doctrina y jurisprudencia han resistido desde la “Doctrina Irigoyen”. En la actualidad, algunos autores como Zaldivar y Rovira aplican la teoría del “control económico”, la que tiene en cuenta el origen de los capitales de la sociedad como punto de partida para diferenciar una sociedad extranjera de una nacional⁵. Por ello, el término “lugar de constitución” es más preciso y coherente con el resto del articulado, excluyendo la ambigüedad a que da lugar la frase *“las leyes de su país”*.

Respecto del segundo requisito, también consideramos acertado

⁴ Conf. Lovagnini, Ricardo José, Ob. Cit.

⁵ Ver Nissen, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, Tomo 2, Ed. Abaco, 1997, p. 314.

el cambio propuesto, pues al disponer que la sociedad extranjera deberá “*fixar un domicilio en la jurisdicción donde se establezca*”, obliga a precisar datos del domicilio. Los terceros necesitan de una dirección clara en la que el ente reciba emplazamientos y comunicaciones. Con el término “domicilio” de la actual redacción, podría alegarse que domicilio es sinónimo de jurisdicción, como lo sostiene autorizada doctrina, y no implica la designación del lugar preciso (que para el caso de sociedades nacionales, y a partir de la ley 22.903 con la incorporación del art. 11 inc 2, se denomina sede social).

Para despejar toda duda, el Anteproyecto exige el domicilio preciso dentro de la jurisdicción⁶, atribuyéndole los efectos del art. 11 inc. 2: “*que las notificaciones efectuadas a la sede social inscrita se tendrán por válidas y vinculantes para la sociedad*”. *Contrario sensu*, y como lo ha aplicado jurisprudencia pacífica y mayoritaria en las sociedades constituidas en la República⁷, la sucursal o establecimiento no podrá alegar la nulidad de notificaciones realizadas en el domicilio inscripto si omitió registrar en el Registro Público de Comercio el nuevo domicilio.

Consideramos inapropiada la exclusión del 3º requisito del párrafo 3º del 118, que implica justificar la decisión de crear representación en la República que propone el Anteproyecto. La doctrina y jurisprudencia ha entendido que la ley se refiere a la acreditación por la sociedad extranjera de la documentación social de la que surge la decisión de crear sucursal en la República⁸. Encuentra explicación en la trascendencia que la decisión tiene para la casa matriz, en cuanto a la asunción de responsabilidad por las obligaciones asumidas por el representante.⁹ *Ergo*, consideramos adecuada la inclusión como requisito del art. 118, 3º párrafo, la resolución de la sociedad extranjera que decide la creación de la sucursal.

⁶ Técnicamente, no podría hablarse de sede, pues solo se aplica a las sociedades constituidas en la República.

⁷ Puede consultarse fallos relativos en Man, A.C y Pardini, M. G., “Ley de Sociedades Comerciales”, Tomo 1, p. 50 y ss.

⁸ Así lo exige el Dec. 1493/82, reglamentario de la Ley Orgánica de la R.G.J. que en su art. 25 requiere la resolución del órgano competente de la entidad extranjera que solicita la inscripción en virtud del art. 118 3º párrafo).

⁹ Conf. Res. IGJ 136/04.

CONCLUSIONES

Creemos que el Anteproyecto de reforma de la LSC, en cuanto al art. 118 en los puntos analizados y en todo el articulado referido a Sociedades Extranjeras, requiere un debate a conciencia para que las modificaciones que se introduzcan satisfagan las necesidades del comercio, pero que a la vez proteja los intereses de los terceros habitantes de la República que muchas veces se encuentran desprotegidos frente a sociedades fantasma o representantes que luego resultan no ser tales. Tanto el desarrollo económico como la seguridad jurídica son cuestiones de interés público por las que el Estado debe velar, a través de regulaciones claras que promuevan la actividad comercial desalentando prácticas abusivas. El art. 118 es solo una herramienta perfectible para ello, que debe adaptarse a los requerimientos de la realidad económica, en este caso, tanto nacional como internacional. Esperamos que con las opiniones vertidas en cada punto analizado, contribuyamos de alguna manera a lograr desde el ámbito del derecho, una más adecuada respuesta.