

## **INSCRIPCIÓN DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO**

**CARLOS MARÍA MORELLO**

### **PONENCIA**

1) Es inconveniente definir los conceptos de habitualidad y actos aislados. Es preciso dar pautas a los fines de encuadrar los mismos en la normativa legal.

2) Se estará en presencia de habitualidad cuando los parámetros cualitativos, cuantitativos y temporales (habitualidad material) del accionar del ente extranjero se conjuguen con el giro comercial (habitualidad formal).

3) El incumplimiento de la inscripción establecida por el artículo 118 de la Ley 19550 no produce la irregularidad del ente societario extranjero, sino la responsabilidad solidaria entre este y su representante legal, por la actuación que realicen.

### **FUNDAMENTOS:**

### **INTRODUCCIÓN**

Los cambios producidos en los últimos años en el comercio internacional, los movimientos de capitales, los conglomerados económicos y las concentraciones societarias sin mencionar aquellos en el

campo tecnológico, e-commerce y de comunicaciones han producido que las regulaciones jurídicas queden, ante situaciones no previstas para ese fin, desactualizadas o sin fundamento.

Solo pensemos en aquel contrato entre ausentes, cuya oferta y aceptación se formalizaba con un intervalo de tiempo, es hoy prácticamente, a través de la herramienta informática, un contrato entre presente.

También corresponder tener en cuenta aquellas sociedades que por problemas de distancias o simplemente por cuestiones estratégicas decidían invertir y establecerse en un país.

Hoy esas mismas sociedades a través de una concentración vertical y horizontal realizan actividades de las más variadas especies, fabricando, comercializando y financiando en diferentes partes del mundo y en forma simultánea

También la existencia de los llamados paraísos fiscales muchos de ellos de condiciones paupérrimas, los cuales utilizando maniobras no del todo claras y transparentes poseen movimientos de capitales propios de naciones ricas

En este marco, es donde nos debemos desenvolver, tratando de captar capitales sin que ello implique una renuncia a nuestros principios de igualdad ante la ley y de libertad de contratación.

Es por lo sintéticamente expresado, que la regulación normativa se ve trasvasada ante tamaña realidad y, a veces también con respuestas inadecuadas, a cuyo fin, deberemos utilizar reglas claras, ágiles y eficientes para que todo aquello que suponga inversión y desarrollo económico sea bienvenido sin menoscabar principios básicos de control y soberanía.

## **SOCIEDAD EXTRANJERA**

La ley 19550, TO 22903, Sección XV en sus artículos 118 a 124 trata "de la sociedad constituida en el extranjero". La utilización del término extranjero no implica que la ley se enrolle en un concepto de nacionalidad, ya que este es un concepto propio a la relación inmediata entre un estado y un individuo, y no de una sociedad comercial con un estado. La única relación que puede llegar a existir entre estos es la de subordinación a determinado régimen legal.<sup>1</sup>

Así la ley adapta como punto de conexión el del lugar de constitución. Las leyes de este último serán las que determinen la existencia y forma del ente jurídico. La ley no hace expresa mención sobre la

---

<sup>1</sup> KALLER DE ORCHANSKY, Berta, LL 147 p. 1201.

ley que regirá la capacidad, pero es concordante pensar, que si bien, remite la existencia y forma a la ley del lugar de constitución también sea esta la que determine su capacidad, pues no sería congruente someter su forma y prueba a ley de su lugar de constitución y su capacidad a la ley del lugar de su actuación.<sup>2</sup>

Admitida la existencia de la sociedad constituida bajo las leyes de otro ordenamiento, dicha persona jurídica en su desarrollo económico podrá actuar en el país, pudiendo distinguir: a) Actos aislados y estar en juicio; b) Ejercicio habitual; c) Participación en sociedad constituida en el país.<sup>3</sup> Según fuere uno u otro deberá cumplimentar con diferentes requisitos para lograr el reconocimiento legal. No obstante lo señalado, la ley enmarca estos tres casos a través de la norma de policía del artículo 124, otorgando consecuencias jurídicas diferentes si la sociedad tiene su sede u objeto principal en la República.

La Ley determina que una sociedad "constituida en el extranjero" está habilitada para realizar actos aislados y estar en juicio, enrolándose en lo que sería la extraterritorialidad parcial.<sup>4</sup> Parecería ser que el plural de la palabra "actos aislados" nos significaría que estos pudieren ser más de uno y sin continuidad, porque de haber sido uno hubiere hablado de acto y no hubiera sido necesario utilizar el término aislado; y aunque fuere uno este podría ser de suficiente entidad que haría obligatoria su inscripción, pero evidentemente lo que la ley quiso reflejar que no será necesario registrar una sociedad siempre que su actividad en el país sea "eventual", y no permanente o habitual. Por lo tanto la eventualidad de su actuación, se debe dar en una faz cuantitativa, cualitativa y temporal y solo cuando estos parámetros coincidan en forma sistemática nos encontraremos dentro de lo que llamaremos "habitualidad material".

Pero hay otro elemento a tener en cuenta, el cual denominamos como "habitualidad formal" y es aquel que se contempla en el Libro Primero del Código de Comercio mediante el ejercicio constante, normal, regular, reiterado y frecuente de actos de comercio, o sea, lo que se llama el giro comercial.<sup>5</sup>

Asimismo la capacidad genérica que otorga la ley a la sociedad no constituida en el país no puede ser mermada por la capacidad propia que tiene la sociedad para cumplir con su objeto social.

Considerar otra forma nos daría como resultado que si realizar actos comprendidos en su objeto social supone habitualidad los actos

<sup>2</sup> BOGGIANO, Antonio, "Curso de Derecho Int.Privado, A.Perrot 1993, págs. 505 y ss.

<sup>3</sup> ROCA, Eduardo A. "Sociedad Extranjera no inscrita", A-Perrot, 1997.

<sup>4</sup> KALLER DE ORCHANSKY, op. cit.

<sup>5</sup> ROCA, Eduardo A., op. cit.

que podría realizar la sociedad serían de tan menguada importancia y trascendencia que una hubiera hecho falta crear tal distinción. Seguramente, que cualquier estrategia societaria, la cual consista en cumplir con su objeto social en otro país en forma habitual, implicará la decisión de tener una representación permanente.

Además la ley, si bien, entre el concepto de actos aislados y ejercicio habitual crea una división precisa, por cuanto al dejar de ser actos aislados se convierten en habituales, la falta de definición de los términos autoriza a ampliar la interpretación y el análisis de cada caso en concreto, para que nos lleve a una solución justa.<sup>6</sup>

A cuyo fin propongo delinear y enmarcar al acto aislado como aquel que, aún en cumplimiento de su objeto social, se realiza en forma esporádica, eventual, ocasional y que la relación tiempo-acto no suponga giro comercial. A contrario sensu cuando la habitualidad material y formal coincidan en un ente societario deberá estar sujeto a los requisitos establecidos por la ley.

De hecho se consideró que adquirir un bien inmueble consistía en un acto habitual. Así lo determinó la Cámara en pleno, en un fallo de 1920, al haber denegado el Registro de la Propiedad la inscripción de dominio de un inmueble adquirido por una sociedad constituida en el extranjero, obligándola a cumplimentar los requisitos que imponía el Código de Comercio. Pero la cuestión que se presentaba en dicho litigio era la falta de documentación habilitante en la escritura sujeta a inscripción y tangencialmente la inscripción de la sociedad. Con posterioridad, y en forma acertada, dicho criterio fue modificado, ya que en la actualidad los Registros correspondientes no exigen dicho requisito. Pues si bien, adquirir un inmueble a nuestro entender no corresponde a un ejercicio habitual, ya que existen agentes de retención, de información y cuestiones impositivas que al intervenir en la venta del inmueble el organismo recaudatorio tome razón de la misma.<sup>7</sup>

Son muchos los ejemplos y caso jurídicos que podríamos plantearnos, y que, en una apariencia inmediata nos daría la idea que la sociedad constituida en el extranjero estaría ante un ejercicio habitual y, ver en la realidad, que estamos en presencia de situaciones complejas, cuya interpretación requiere un análisis, para que las consecuencias jurídicas que se planteen sean justas. Por lo tanto tratar de definir

<sup>6</sup> BENSEÑOR, Norberto R. y PÉREZ LOZANO, Néstor O., "*Régimen legal y actuación extraterritorial de sociedades*", Doctrina pág. 43.

<sup>7</sup> Al suscribir una escritura pública de transmisión de derechos reales el Escribano debe dar cumplimiento a la RG 3026 de la AFIP por la cual en el artículo 21 se le exige al Notario a realizar una consulta a quienes resultan beneficiarios del exterior a los fines de proceder a la retención del Impuesto a las Ganancias, en cuyo caso podrá ser aplicable el artículo el Título V de la citada ley, con las presunciones en ella establecida.

en forma precisa, casuística y apriorística los conceptos de habitualidad y actos aislados, puede provocar elaborar preconceptos que impidan la apreciación real de la cuestión, salvo, como se procura, de dar parámetros y pautas sobre el cual girará el análisis del caso concreto.<sup>8</sup>

### **ESTABLECIMIENTO DE SUCURSAL, ASIENTO O CUALQUIER OTRA ESPECIE DE REPRESENTACIÓN**

Cuando una sociedad constituida en el extranjero desee realizar ejercicio habitual, establecer sucursal, asiento o cualquier otro tipo de representación permanente en el país, deberá cumplimentar con lo dispuesto por el artículo 118 tercera parte ya sea en la acreditación de su existencia (inc. 1), establecer un domicilio y su publicidad (inc. 2) y la decisión social conjuntamente con la designación del representante (inc. 3). Y si el interés social es el de establecer sucursal deberá a esta asignarle un capital.

Es preciso delimitar los términos en cuanto a los conceptos de sucursal, agencia, representación y filial. Sucursal es un modelo de descentralización de tareas y funciones de su casa matriz, con cierta autonomía jurídica, con un capital designado, con contabilidad propia y con una relación directa y con la misma denominación; agencia es una simple oficina administrativa para facilitar la realización de negocios<sup>9</sup>; representación es aquel que en nombre y representación de su mandante realiza gestiones o negocios; filial es otra sociedad y tiene personalidad jurídica distinta con intereses autónomos coordinados para cooperar con su matriz.<sup>10</sup>

La ley al referirse a sucursal, asiento o cualquier otro tipo de representación, más allá de estas diferentes figuras y del grado de facultades que tienen, tiene por objetivo el de establecer la subordinación jurídica existente entre la sociedad constituida en el extranjero y su "representación social permanente".<sup>11</sup> Por lo tanto el vínculo que se crea entre el ente societario extranjero y su representante local es intenso y estable.

Tomada la decisión de establecer una representación en el país, conforme al artículo 119 se tomarán con el máximo rigor las formalidades a cumplir en cada caso y de acuerdo al tipo social aunque este fuere desconocido por las leyes de la República. Además deberá llevar

<sup>8</sup> ROCA, op. cit., pág. 49.

<sup>9</sup> LOVAGNINI, Ricardo José, "Régimen Jurídico de las sociedades extranjeras", LL 1998-F, pág. 993.

<sup>10</sup> BOGGIANO, op. cit., pág. 508.

<sup>11</sup> ROVIRA, Alfredo L., "Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúen en la República", LL 155, pág. 983.

contabilidad separada de acuerdo a lo establecido en la Sección IX.

## **PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO**

El artículo 123 de la Ley establece que para constituir sociedad en la República deberán acreditar ante el órgano de contralor que se han constituido conforme las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante así como la relativa a sus representantes legales. Dicho requisito es casi unánimemente aceptado con referencia a participación en sociedad constituida en el país, ya que se argumenta que sería pues muy fácil evadir dicha exigencia legal mediante la constitución de una sociedad local y con posterioridad adquirir la condición de socia o accionista. Entendemos también, a pesar de opiniones contrarias, que la sociedad que habiendo reunido los requisitos establecidos por el artículo 118 tercera parte no requiera de la exigencia de la inscripción del artículo 123, pues sería por demás redundante visto la casi similitud de trámites.

La jurisprudencia ha tenido diferentes criterios. Antiguamente en el caso "Roure Dupont SRL" del 9 de noviembre de 1959 la Cámara de Apelaciones en lo Comercial consideró que la constitución de una sociedad no implica "un acto aislado". Con posterioridad en "Corporación el Hatillo SA, Tercería de Dominio en autos Potosí SA c/ Cocaro, A" se aplicó el criterio opuesto ya que se consideró que la participación en una sociedad local importaba un acto aislado. Luego, a través de varios fallos se han visto dispares criterios desde exigir la inscripción de una sociedad en todos los casos<sup>12</sup>, a si se posee una porción tal que se ejerza el control<sup>13</sup>, o que no en necesaria la inscripción cuando se realizan inscripciones circunstanciales<sup>14</sup>.

La exigencia de registrar a las sociedades, ya sean locales o no, es darle publicidad y protección a terceros, o al tráfico en general, pues resulta lógico que una persona que va a contratar con una sociedad pueda saber, a través de los Registros Públicos, quienes son sus socios o representantes. Además no parecería ser una exigencia de tal naturaleza que suponga una carga para quien quiera invertir y ejercer el control con facultad decisoria.

<sup>12</sup> CNCom., Sala D 20/7/78 autos "Scaab Scania Argentina".

<sup>13</sup> CNCom., Sala B 2/6/77 autos "Parker Hannifin Argentina SA" y Sala C 21/3/78 autos "A.G.Mc KEE SA".

<sup>14</sup> CNCom., 21/3/78 en autos "Huyck Mati SA" y ver voto en disidencia Dr. Alberti CNCom., Sala D autos "Squibb SA".

Se sostiene que el mantenimiento del carácter de socio, y el ejercicio de sus derechos, constituye un acto permanente por lo supone la exigencia de la inscripción de la sociedad extranjera, más allá de la magnitud de su participación. Pero pongo mis reparos cuando una sociedad anónima extranjera participa en forma insignificante de una sociedad anónima local, ya que por las características tipificantes de la sociedad anónima en la cual el elemento personal pierde importancia, la posición de socio deriva de los títulos y donde la relación socio-sociedad se despersonaliza y adquiere características independientes, imponer la inscripción, si bien no constituye un complicado trámite, puede llegar a resentir la agilidad en las inversiones cuando en realidad es una simple compraventa de acciones, y sin que la misma implique control ni facultades decisorias.

Con referencia a la participación de una sociedad anónima constituida en el extranjero en una sociedad de responsabilidad limitada local parecería que no cumpliría con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley ya que las sociedades anónimas o en comanditas por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones, pero dicha cuestión es pacífica y prácticamente unánime en doctrina. Existen dos fallos contradictorios "Laboratorios Miles SRL" que sostenía que una sociedad anónima extranjera no podía ser partícipe de una sociedad de responsabilidad local y el de "Inval SRL" donde otra Sala desconoce el mismo aceptando una postura totalmente contraria a la sustentada anteriormente<sup>15</sup>. Y es fundamentalmente en esos argumentos, a los que adhiero, ya que el artículo 30 solo se refiere a la incapacidad de las sociedades por acciones locales de ser participes en sociedades del mismo tipo y no con referencia a las sociedades extranjeras. Ya habíamos planteado que la capacidad de las sociedades se rige por las leyes del lugar de constitución, por lo tanto, no podemos establecer una incapacidad local a una sociedad que la ley considera plenamente capaz, dado que la norma es de orden público interno.

## SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DE INSCRIPCIÓN

Son diferentes a mi criterio las sanciones que corresponden ante el incumplimiento de la inscripción ya sea en contravención al artículo 118 y 123 de la Ley, debido a que son dos supuestos diferentes. En uno es la sociedad extranjera la que realiza actos concretos, que firma contratos, contrae derechos y obligaciones y efectúa un giro comercial. En cambio en el otro caso la sociedad extranjera es partícipe en

<sup>15</sup> FRANCO, Horacio, "Sociedad anónima extranjera (participación en una sociedad de responsabilidad limitada argentina)", LL 1994-D pág.1132.

una sociedad local siendo solo la manifestación de su condición de socio la que estaría vulnerando lo normado por la ley. Ante estos dos casos es evidente que las soluciones deben ser diferentes.

Ante el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley lo que estaría en materia de disputa es el vínculo interno societario ya que es la única manifestación propia que realiza la sociedad extranjera. Algunos autores plantean que sería un problema de irregularidad en cuanto a la sociedad extranjera en sí y de capacidad en cuanto a la relación interna, considerándose inválida su participación dependiendo la validez del acto de la posibilidad de alcanzar sin ella los presupuestos legales<sup>16</sup> según el "cálculo de resistencia". En mi opinión dichas sanciones no corresponden con el carácter de irregularidad ni capacidad. Es evidente que una sociedad extranjera que no cumple con el requisito de la inscripción teniendo el control de una sociedad local, debiera tener algún tipo de consecuencia jurídica, y es evidente que dentro de su vínculo interno no se va a autosancionar, por lo tanto el órgano de contralor no deberá inscribir ninguna decisión societaria hasta tanto no cumpla con lo dispuesto por la ley. A su vez la ley debería procurar algún tipo de sanción como la establecida en el artículo 91 de la Ley a otros tipos sociales, a todo aquella sociedad extranjera que infrinja el artículo 123 de la Ley o la de la inoponibilidad de las decisiones frente a los terceros.

Caso más complejo es cuando la sociedad extranjera omite su inscripción ya sea con cualquiera de las modalidades que fija la ley en materia de representación en el artículo 118. Algunos autores, en el caso de Rovira<sup>17</sup> y Favier Dubois<sup>18</sup> sostienen que la sociedad se verá encuadrada en el supuesto previsto en los artículos 21 a 26 de la Ley correspondiendo considerarla irregular respecto de los actos que celebre en la República pudiendo los terceros prevalecerse de ello para repeler las acciones de los socios. Otros autores señalan que la sociedad se rige en cuanto a su existencia y forma por la ley del lugar de constitución, pues entonces, si en un determinado país considera que la sociedad a cumplido con todos los requisitos exigidos por su ley y que funciona de acuerdo a su normativa, le imputará a esta la regularidad en su actuación. Así es que si la ley del lugar de constitución nos esta diciendo que esa sociedad extranjera es regular, mal nosotros le podríamos dar otro carácter, si bien se sostiene que una sociedad regular podría generar una sociedad irregular si al vencerse el plazo de

---

<sup>16</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "La actuación de sociedades extranjeras y la actividad notarial", Rev. del Notariado, pág.364.

<sup>17</sup> ROVIRA, op. cit.

<sup>18</sup> FAVIER DUBOIS, op. cit.



existencia esta no se reconduce, pero no podemos olvidar que la sociedad vencido su plazo se disuelve conforme la causal del artículo 94 inciso 2 por lo tanto la sociedad dejó de existir como tal y son los mismos socios los que continuarán funcionando con una sociedad ya disuelta y sin vida. Para Roca la consecuencia de la falta de inscripción provocará en su representante la posición de privilegio que el derecho mercantil concede a los comerciantes, quitándole su protección patrimonial y la responsabilidad será asumida personal y solidariamente por el propio apoderado en virtud del principio de la irregularidad de efectos limitados. Para Nissen<sup>19</sup> la falta de inscripción provoca la inoponibilidad en nuestro país del ente extranjero. En mi opinión la falta de inscripción no provocará la irregularidad de la sociedad tal como surgen de los argumentos dados, sino que producirá una relación de responsabilidad solidaria entre el ente extranjero y su apoderado por su actuación, en virtud de que si una sociedad extranjera apoderó a un representante para realizar determinados actos, y esta no tomo los recaudos del caso a fin de asesorarse, es plenamente responsable de los actos de su mandante y este, bajo las mismas circunstancias es responsable de no haber procurado la inscripción del ente ante el Registro Público correspondiente. Ambos, pues, serán solidarios por los actos de su representante en cuanto a su actuación y del incumplimiento que pudiera realizar la sociedad constituida en el extranjero de las obligaciones que esta hubiera asumido.<sup>20</sup>

## EL ARTÍCULO 124 Y EL FRAUDE A LA LEY

El artículo 124 dispone que la sociedad constituida en extranjero que tenga su sede o su principal objeto en la República, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento. Estamos en presencia de una norma de policía para la cual Boggiano<sup>21</sup> dice no hay lugar para el derecho extranjero ni a la autonomía de las partes, y que excluye a toda regulación. A cuyo fin es preciso determinar los conceptos de sede y principal objeto. Desde ya, en este caso, el concepto de sede no es igual al de domicilio, sino que requiere una situación de hecho, que es lugar donde se encuentra el factor determinante y decisivo social. El de principal objeto es un

<sup>19</sup> NISSEN, Ricardo Augusto, "Situación legal de las sociedades extranjeras no inscritas en los registros mercantiles de la República", ED 177-963.

<sup>20</sup> FREIRE AURICH, Juan Francisco, "Emplazamiento en juicio de la sociedad constituida en el extranjero", LL 1998-D pág. 1126.

<sup>21</sup> BOGGIANO, op. cit.

término de difícil definición, ya que una sociedad cuando la ley le asigna personalidad jurídica se le da plena capacidad para realizar todo tipo de actos, salvo la imputación a aquellos que no sean notoriamente extraños, aunque estos también pueden ser realizados por la sociedad y obligar a la misma. También se podría considerar a aquel para el cual la sociedad extranjera tiene tal importancia que si el mismo no se cumpliera en el país el desarrollo social tendría poca magnitud. Pero como dijimos los mismos son deficientes a la hora de definir el concepto. Como señala Boggiano y al cual adhiero, principal objeto es el "centro de explotación empresarial exclusivamente en la Argentina", a los fines de dar precisión y evitar cualquier tipo de especulación.

El artículo 124 no implica únicamente el caso de fraude a la Ley, ya que una sociedad extranjera con diferentes tipos de negocios que realiza en otros países haya considerado que el más rentable era en la República y por lo tanto lo explota en forma exclusiva, a aquellas otras sociedades, que a los fines de sustraerse a la legislación, ya sea en materia impositiva, previsional o normativa, cometen fraude a la ley.

La no inscripción conforme los recaudos del artículo 124 traerá aparejada la irregularidad de la sociedad ya que la ley nacional "atrapó" a esta sociedad extranjera para que la misma se constituya conforme nuestras leyes, y si la misma no cumple quedará incluida en la Sección IV de la Ley y ante casos de fraude a la ley se deberá aplicar el artículo 54 de la Ley con el fin de sacar el velo protector del ente societario para desentrañar los verdaderos fines y objetivos que motivaron el quebrantamiento a la Ley.<sup>22</sup>

## CONCLUSIÓN

El Estado tiene como misión la de garantizar los derechos otorgados en la Carta Magna. Y esta función es la que debe ejercitar con celo y responsabilidad a los fines de ofrecer un marco propicio para quienes quieran invertir en el país. Y goza de herramientas, que utilizadas en forma eficiente, pueden lograr, fijando reglas claras y transparentes, la atracción de capitales que tengan como objetivo cierto la producción de bienes y servicios, y la obtención de ganancias y no la de meros capitales especulativos que ante resquicios eviten el cumplimiento de la ley.

---

<sup>22</sup> NISSEN, Ricardo A., *"La actuación de sociedades extranjeras en la República con especial referencia a su participación en sociedades nacionales"*, pág.171.