

LAS INSCRIPCIONES DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS. OTORGAMIENTO DE PODERES

MARÍA T. ACQUARONE

PONENCIA

Es acertada la actual postura de la Inspección General de Justicia, en materia de inscripción del art. 123 la que no es requerida en forma específica cuando la sociedad está inscrita para ejercer su actividad habitual.

Ello no significa desconocer la distinta entidad de las inscripciones, que si la tienen siendo mucho más limitada la del artículo 123, la que obviamente no subsume la requerida por el art. 118 de la Ley de Sociedades.

Teniendo un representante inscripto a efectos de la actuación de la sociedad en la República Argentina, es el legitimado para ejercer los actos que se refieran al ejercicio de los derechos de socio que hacen a la esencia de su participación societaria.

FUNDAMENTOS

1- LA LEGITIMACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS ¹

La doctrina y la Inspección General de Justicia han tratado el tema de las inscripciones que impone la ley de sociedades en los artículos 118 y 123 y discutido largamente la cuestión. No había unanimidad en la opinión de los autores aunque sí un criterio uniforme por parte de la Inspección General de Justicia. En este organismo se sostenía que si las sociedades extranjeras inscribían una representación o sucursal juntamente con su representante de acuerdo con lo que establece el art. 118 debía inscribirse también para tomar parte en otras sociedades de acuerdo con lo que establece el artículo 123. Es innovadora, la postura actual, que lleva al control de las sociedades extranjeras pero con la debida economía procesal.

2- LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS Y SU REGISTRACIÓN

Nuestra ley de sociedades reconoce la persona jurídica de las sociedades extranjeras, y ello ha sido ampliamente recogido por la doctrina. Así Le Pera sostiene que respecto de la existencia de las sociedades, no es en verdad que sea un tema de ley aplicable sino de reconocimiento, de modo que una sociedad constituida en país extranjero existe en ese país y lo es en todos los que la reconozcan². Boggiano sostiene que es el derecho del país de constitución el que define cuando la sociedad adquiere personalidad jurídica y por ende existencia. Por su parte Benseñor hace referencia a la Convención de La Haya del 1 de junio de 1956 que en su artículo primero determina que las sociedades, asociaciones y fundaciones, regularmente constituidas en el territorio de uno de los Estados signatarios, verán su personalidad jurídica reconocida de pleno derecho en el territorio de los

¹ Los fundamentos de esta ponencia son los que desarrollamos en el artículo de la Revista de las sociedades y Concursos "Ad hoc N°27 marzo Abril 2004 pag 57.

² POLAK, Federico Gabriel "La empresa extranjera", cita a Le Pera Sergio "Cuestiones de derecho comercial moderno" Astrea Buenos aires, 1974, pag 220 en Abaco, septiembre 2003 pag 104.

otros Estados signatarios, siempre que ello implique además de la capacidad para promover acción judicial por lo menos la capacidad de poseer bienes y de concluir contratos y otros actos jurídicos.³

El análisis que debemos efectuar es respecto de la actuación de esa persona jurídica fuera del territorio de su constitución, y sobretudo en el tema que nos ocupa cuales son las normas imperativas aplicables en nuestro país, y cuales son las normas del país de constitución que permanecen vigentes para su actuación en la República.

3- ACTUACIÓN DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS. LEY APLICABLE

La actuación de las sociedades extranjeras se rige directa o indirectamente por las normas internas de cada país, de manera que el derecho vigente en cada país se aplica también directa o indirectamente, a las sociedades extranjeras, cualquiera sea su país de origen. En efecto, en forma directa dichas normas regulan los actos de las sociedades extranjeras constituidas en países aún no vinculados por tratado alguno con la República Argentina. Con los países con los que tiene vinculación mediante tratados en cuyo caso además hay que analizar esta situación concreta .

Argentina es signataria, junto con otros diversos países, del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 y por las normas del Tratado de Derecho Internacional Privado, la CIDIP II ratificado, por Argentina, Paraguay, Perú, México, Guatemala, Uruguay, Venezuela y Brasil, que regulan la actuación de las sociedades extranjeras entre dichos países, y remiten a la ley nacional o la hacen aplicable por falta de regulación, con lo que determina en forma indirecta la aplicación de las normas nacionales de cada país a cualquier sociedad extranjera constituida en dichos países.

Entre lo convenido por los Estados parte en la CIDIP II, y en relación con la ley que rige a las sociedades extranjeras, se estableció que las mismas se regularán por la normativa del país de constitución

³ BENSEÑOR Norberto Actuación extraterritorial de sociedades constituidas en el extranjero. Su revisión. Ponencia al VII Congreso Argentino de Derecho societario y III congreso iberoamericano de derecho societario y de la Empresa Tomo II Buenos Aires La Ley 1998.

en materia de existencia, capacidad, funcionamiento y disolución. Se establece asimismo la carga de reconocimiento de las sociedades constituidas en otros países de pleno derecho, siempre que hayan cumplido en ese lugar, con todos los requisitos para su formación y funcionamiento, pero sí reservándose el Estado receptor, la facultad de requerir la comprobación de esta plena capacidad y existencia.

Enfatiza, asimismo, esta Convención, que la capacidad de que goza una entidad mercantil extranjera no puede ser aumentada en otro Estado que no sea el de su constitución, vale decir, que el límite de capacidad siempre será determinado por el país de origen de la persona jurídica, y su actuación deberá adecuarse, al momento de encontrarse fuera de sus fronteras, a las facultades conferidas según la ley de constitución.

Este instrumento, también hace referencia a la actividad societaria, distinguiendo al ejercicio en "directo" e "indirecto". La normativa no define estos dos conceptos, pero sostiene que cualquiera sea el tipo de ejercicio que la entidad mercantil practique, en cuanto a sus actos, aislados o no, *debe someterse a la ley del Estado donde los efectúe*, más allá de los requisitos formales de adecuación que deba cumplir aquella persona ideal que desee establecer su sede efectiva de administración central en otro país.

El derecho interno referido a las sociedades extranjeras se encuentra en la ley de sociedades en la Secc. XV artículos 118 a 124 que regula la actuación de las sociedades en base a la actuación basada en la realización de actos aislados o en forma habitual o permanente en la República. En este último caso según se trate de la instalación en otro país de representaciones o sucursales, o bien participando en otras sociedades constituidas en el país. El derecho interno determina cuando estamos ante alguna de las modalidades.

En el examen del caso que nos ocupa nos interesa especialmente las que se refieren al ejercicio habitual y a los requisitos formales necesarios para tomar parte en otras sociedades ya constituidas. Asimismo el análisis debe abarcar distintos supuestos de representación abarcativa de la legitimación de los representantes convencionales que la sociedad pudiera tener.

4- EJERCICIO HABITUAL

El art. 118 de la ley de Sociedades dispone que “... *para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente debe...*”, pasando a enumerar los requisitos. Frente a esta expresión dice Berta K. de Orchansky que la palabra «habitual» enrola a nuestro sistema legal en el criterio cualitativo/cuantitativo, es decir, en el sentido de que una persona jurídica ejerce su objeto cuando realiza habitualmente actos comprendidos en el mismo⁴. Esta actividad la puede ejercer a través de una “representación” o una “sucursal” no quedando claro cual es la distinción entre uno y otro caso. Así cuando, Antonio Boggiano, en su obra *Sociedades y Grupos multinacionales* define la sucursal diciendo «la sucursal que de modo característico tiene capacidad para contratar con terceros y obligar a la sociedad por intermedio de su representante, carece de personalidad jurídica alguna, la sucursal es la misma sociedad constituida en el extranjero que ejerce habitualmente actos comprendidos en su objeto social en el país, no existe otra sociedad.

Nuestra jurisprudencia, siguiendo la doctrina de la unidad jurídica entre sucursal y casa matriz ha admitido únicamente la distinción contable entre empresa y sucursal, agregando, «comercial y jurídicamente se hallan identificadas». (C.N.Com. Sala A, agosto 15 de 1980, Rossi, Eduardo c/ Bco. Shaw, Casa Central).

Se diferencia de la agencia en que, a la sucursal se le asigna un capital pero en rigor la doctrina sostiene que ello no es óbice para la responsabilidad patrimonial de la casa matriz.

5- CONSTITUIR O TOMAR PARTICIPACIÓN EN SOCIEDAD ARGENTINA

El Art. 123 estipula que, para constituir sociedad en la República, las sociedades constituidas en el extranjero deberán previamente

⁴ KALLER de ORCHANSKY, Berta “Las sociedades comerciales en el Derecho internacional Privado” L.L. T. 147 p 1207

acreditar ante el juez de registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante así como la relativa a sus representantes legales en el Registro Público de Comercio.

Su finalidad ha sido disipar todas las dudas que pudiera ocasionar la consideración de las tendencias que consideraban que la constitución de una sociedad en el país era un acto aislado, no exigiéndose el cumplimiento de recaudos publicitarios ni registrales.

Ahora bien, es importante destacar que el Anteproyecto de la Ley de Sociedades era más amplio, que el actual Art. 123, pues decía: «para asociarse y participar en sociedad en la República...».

Teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es la tutela del tráfico en general, de los terceros en particular y aun de los propios socios o accionistas, (Boggiano Antonio, 1978), la jurisprudencia optó por hacer una interpretación amplia del citado artículo, resolviendo que «queda comprendido en la disposición legal no sólo participar en el acto fundacional, sino también la posterior adquisición de participaciones sociales, que importen el control de la sociedad participada o la integración del directorio o el consejo de vigilancia, o signifique participar activamente en la sociedad emisora, o cuando le otorgue una posición de control de hecho o de derecho». (Parker Hannifin Argentina S.A., Sala C, 21-3-78; Hierro Patagónico de Sierra Grande S.A. Sala A 13.2.80; todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial). También resolvió que «no es necesaria la inscripción de la sociedad extranjera cuando la misma solo ha efectuado adquisiciones circunstanciales de acciones, como pueden ser las inversiones a breve término de sobrantes financieros», (C.N.Com. Sala C en autos «Huyck Mati S.A.» del 21-3-78).

6- LA CUESTION DE LAS INSCRIPCIONES

La cuestión que debatió la doctrina es si la inscripción para ejercer los actos comprendidos en el objeto era comprensible de la del art. 123 requerida para tomar participación en otra sociedad. Ya oportunamente sostuvimos que las actividades de constituir sociedad y de suscribir capital en las constituidas eran actos comprendidos en el

ejercicio habitual al que se refiere la norma del art. 118 de la Ley de sociedades. El sentido de la registración impuesta en el art. 118 es de publicidad material ya que produce efectos sustantivos respecto de la sociedad extranjera no inscripta, es decir que no solo se trata de publicidad formal o noticia. Esta inscripción significa que la sociedad extranjera está sujeta al contralor de la Inspección General de Justicia o Registro público de Comercio según la jurisdicción en la que realiza la misma.

Si bien el artículo 118 se refiere al ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto, el lenguaje utilizado por el artículo ha sido criticado por la doctrina que compartimos y expresa que es inadecuada la elaboración del requisito de la habitualidad, en cuanto se limita a definirla en el cumplimiento solo de los actos del objeto, y que la carga registral debiera exigirse cuando medie instalación de "jure" o de "facto" siendo el ánimo de permanencia la circunstancia mas notable en la exigencia⁵. En el caso de la constitución o participación en otras sociedades indudablemente el ánimo de permanencia es evidente, por lo que creemos que la que exige este artículo involucra entre otros actos el contemplado en el art. 123.

Por el contrario, si la sociedad opta por la inscripción del artículo 123 no basta para el ejercicio habitual de otros actos, ya que la habilita únicamente para la constitución o participación en otras sociedades. Compartimos el criterio que la requerida por el art. 123 es una inscripción con menores exigencias formales que la del art. 118. Nos remitimos a lo expresado en oportunidad del VII Congreso Argentino de Derecho Societario.⁶

7- DISTINTAS CLASES DE REPRESENTACIÓN

La otra cuestión que resulta novedosa y por cierto muy interesante es el análisis de las distintas clases de representación y la legitimación de los representantes en la aplicación del derecho imperativo

⁵ BENSEÑOR, Norberto, ob cit. pag 45.

⁶ ACQUARONE, María Ponencia al VII Congreso Argentino de Derecho societario y III congreso iberoamericano de derecho societario y de la Empresa Tomo II Buenos Aires La Ley 1998 pag 5.

relativo a la actuación de las sociedades extranjeras y en la aplicación del derecho internacional privado.

Según sus orígenes la representación puede ser necesaria o legal, voluntaria u orgánica.⁷ La característica de la representación está en que una persona distinta de aquella a que afecta una situación jurídica, realiza un acto con trascendencia para la misma, es decir una persona distinta del sujeto de un derecho lo ejercita porque tiene respecto del sujeto una determinada posición.⁸

La representación orgánica se relaciona conceptualmente con la caracterización de las personas jurídicas ya que éstas no tienen voluntad como las personas físicas sino que se expresan a través de ellas utilizando la propia estructura jurídica por las cuales existen como tales.⁹ Se distingue de la representación voluntaria en que en ésta última hay dos personas con centros de interés diferenciado una es la que otorga el poder de representación y la otra es la que actúa en virtud de este apoderamiento, mientras que en la orgánica la persona jurídica es una sola que se expresa a través del órgano correspondiente. Por otra parte sostenemos que no es incompatible que la persona jurídica que tiene su representante orgánico a su vez otorgue un poder de representación ya que la función de representación es delegable. Así es que la sociedad puede actuar a través de su representante orgánico o sus apoderados.

La cuestión radica en analizar cual es la legitimación para actuar en los distintos supuestos para que el acto jurídico sea eficaz. En el caso de las sociedades extranjeras, la ley de sociedades impone con carácter imperativo la inscripción de los representantes que actuarán en representación de la sociedad para constituir o participar en sociedades. Creemos que esta competencia es excluyente de cualquier otra

⁷ SANCHEZ URITE, Ernesto A "Mandato y representación" Abeledo Perrot 1986 Este autor refiere a la clasificación en legal o necesaria y voluntaria, considerando que la representación orgánica nace por imperio de la ley siendo por lo tanto legal o necesaria. Nosotros por nuestra parte consideramos que la estructura de la representación orgánica es diferente a la que se produce con los incapaces de hecho y por ello distinguimos entre representación legal o necesaria y orgánica. En este último caso es la misma persona jurídica que se expresa a través de una persona física.

⁸ LADARIA CALDENTEY, J. "Legitimación y Apariencia jurídica" Barcelona Bosch 1952 pag 65.

⁹ ACQUARONE, María. "La expresión de la voluntad de las personas jurídicas". Revista Notarial N918 pag 246.

que se designe para realizar esta actuación. De manera que si bien es válida la representación convencional, si las leyes del país donde se otorga el poder así lo permiten, no tiene este apoderado legitimación para actuar en la asamblea de la sociedad adonde concurra a expresar su voluntad, cuando las normas del país donde va a actuar no lo permiten.

Ello así ,por la interpretación de las normas relativas a los poderes provenientes del extranjero. La validez de un poder internacional, dice Alicia Perugini¹⁰ está condicionada al cumplimiento de los requisitos de capacidad, validez intrínseca y forma . Respecto de la capacidad, esta es examinada a la luz del propio derecho en el cual se otorga, en el caso de las personas jurídicas extranjeras implica el derecho que tiene el representante para conferir el poder de representación¹¹. Es compatible con lo expresado por la ley de Sociedades que establece en su art. 118 que la sociedad comercial se regirá por el derecho del país donde ha sido constituida como tal. Asimismo en el poder se debe distinguir entre el acto que dió origen al acto de apoderamiento y el acto jurídico final que es para lo cual está destinado el poder La distinción entre la validez del acto jurídico legitimante de la representación y la validez de los diferentes actos jurídicos realizados mediante la representación permite distinguir el derecho aplicable al primero, del derecho aplicable a los distintos actos que se vayan a ejecutar. La validez del poder a su vez se distingue de la eficacia del mismo y las consecuencias que en el primer caso es la nulidad del acto y en el segundo la falta de legitimación. Es así como las normas del país del otorgamiento sufren las limitaciones impuestas por el derecho del país que rige la ejecución de los actos para los cuales se otorgó el poder. Son aplicables los arts. 1209 y 1210 del Código Civil que expresan que “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella que deban ser ejecutados en el territorio del Estado serán juzgados en cuanto a su validez naturaleza y obligaciones, por las leyes de la República sean los contratantes nacionales o extranjeros”. “Los contratos

¹⁰ PERUGINI , Alicia “La validez y circulabilidad internacional del poder de representación notarial” Depalma 1988 pag47.

¹¹ Agrega PERUGINI que es más fácil la tarea cuando actúa en el otro país un funcionario como el notario público que debe acreditar o certificar que el poderdante está habilitado para ello en las normas societarias.

celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella serán juzgados en cuanto a su validez su naturaleza y obligaciones, por las leyes del país en que debieron ser cumplidos sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Ello significa que el derecho argentino rige la validez puede poner límites a la expresión de la voluntad, y la mayoría de la doctrina sostiene que estas normas son imperativas ¹² o pueden ser imperativas. Ello corresponde al orden público interno, aplicable cuando es aplicable el derecho argentino.

En el caso que nos ocupa la ley de sociedades considera que la representación para constituir y tomar parte en sociedades está en una norma imperativa y por lo tanto el único legitimado para actuar es el representante inscripto. El representante convencional aun cuando tenga un poder válido según las leyes que rigen el país del otorgamiento no tendría legitimación para actuar en virtud de las normas imperativas que rigen en el país de ejecución del acto.

8- SUPUESTO DE ACTUACION IRREGULAR EN LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD

En el supuesto que dio origen a la resolución de la IGJ número 136 /04, la sociedad extranjera sociedad “TELECOM ITALIA SpA compareció a la Asamblea Extraordinaria Unánime de “SOFORA TELECOMUNICACIONES SOCIEDAD ANONIMA el 19 de diciembre de 2003 con un representante el Sr. Lorenzo Canu, que fue apoderado para el acto, es decir concurrió a la asamblea con un representante convencional, cuando en realidad tiene un representante inscripto que es el que tiene legitimación para actuar. La sociedad “Telecom Italia S.p.A” es titular de la cantidad de 3.900 acciones, que representan el 32,50% del capital social de aquella sociedad junto con otros cuatro accionistas. Pretende SOFORA TELECOMUNICACIONES SOCIEDAD ANONIMA la inscripción del aumento de su capital social de la suma de pesos 12.000 a la suma de pesos 439.702.000 mediante el aporte de acciones de la sociedad "Nortel Inversora So-

¹² PERUGINI, Alicia ob cit pag 60.

ciudad Anónima”, de titularidad de los accionistas de aquella entidad y consecuente reforma del artículo 4º de su estatuto social.

El Inspector General de Justicia, resuelve “Declarar irregular e ineficaz a los efectos administrativos la Asamblea General Extraordinaria Unánime de la sociedad SOFORA TELECOMUNICACIONES SOCIEDAD ANONIMA celebrada el día 19 de diciembre de 2003, habida cuenta la irregularidad en la actuación de la accionista “Telecom Italia S.p.A.”. y ...“Denegar por ello la inscripción del aumento del capital social y reforma del estatuto de la mencionada sociedad”.