

LICITACIONES Y CONCURSOS INTERNACIONALES COMO SUPUESTO DE EJERCICIO HABITUAL DE ACTOS DE COMERCIO POR SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO

FEDERICO GABRIEL POLAK

RESUMEN DEL CONTENIDO

La doctrina en general considera que la presentación por sociedad extranjera a una licitación o concurso internacional, constituye un acto aislado de comercio. La ponencia procura el cambio de esa solución doctrinaria, analizando la realidad en que se inscribe el fenómeno, entendiendo que se trata de un supuesto de ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social (art. 118, 2da parte LSC). Sostiene que la adquisición de pliegos, los actos preparatorios básicos, el desembarco en el país de personal especializado, la elaboración de ofertas, la contratación de consultorías y estudios jurídicos, la ubicación y negociación de socios nativos, las relaciones con los gobiernos

etc., por su envergadura, gastos y trascendencia económica, suponen ejercicio habitual, con independencia del éxito obtenido. Extrae ejemplos de la realidad de los 90', en la República Argentina y en la República Federativa del Brasil. Se apoya como argumento final en el Anteproyecto de reformas de la Comisión constituido en 2002, que suprime el concepto de acto aislado.

PRELIMINAR

La generalidad de los autores, y en particular la evolución jurisprudencial, anterior y posterior a la sanción de la ley 19.550, enseñan que la concepción de un acto como acto aislado, debe definirse según el análisis de cada caso en particular. Incluso la Inspección General de Justicia lo ha recordado en fecha reciente (Resoluciones IGJ nros. 921/04 y 922/04). No aparece posible la predeterminación del concepto. Desde luego el acto aislado no es asimilable, de manera alguna, a un acto único. No se trata de todo acto único que realice una sociedad constituida en el extranjero; incluso un acto único, acaso uno esporádico, puede no resultar, analizado según sus particularidades y circunstancias especiales, aislado. Vale como ejemplo, en ese sentido, por vía de hipótesis posible pero improbable, la adquisición por única vez, a través de una contratación solitaria, por un grupo empresario extranjero —mediante una de sus figuras jurídicas— de todo el acopio cosechado o a cosecharse de un determinado cereal, propiedad de un conjunto de empresas argentinas, administrada o en cabeza de una de ellas para esa negociación. En ese supuesto estaríamos frente al ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto social (hipótesis contemplada en la segunda parte del art. 118 L.S.C.) de la sociedad adquirente. Si se repitiese la operación en temporadas posteriores, el ejemplo se proyectaría y adquiriría una sólida permanencia, por la configuración de una habitualidad materializada en una sola oportunidad cada año pero abarcativa de toda una cosecha, que se extendería en el tiempo¹.

¹ GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, novena edición Porrúa, México, 1993, p. 293: "El calificativo legal se funda no en la repetición de actos jurídicamente válidos, sino en el contenido económico y en la significación social de tal reiteración". Acude a esta cita

Desde una visión sin duda diferente, cuya otredad no la torna,

(San Miguel de Tucumán, 2002)

sin embargo, confrontativa, se ha afirmado que “lo aislado es gradual. Por tanto, es fluido el límite entre el ejercicio habitual, sustancial y continuado de negocios y la celebración de actos aislados, ocasionales, que no alcanzan a ser parte sustancial de los negocios de la sociedad”².

LICITACIONES Y CONCURSOS PÚBLICOS

En este tema en particular, que constituye el objeto de la ponencia, la doctrina, en principio, ha enseñado que las licitaciones públicas deben ser calificadas como actos aislados, desde luego incluyendo en el concepto a los concursos públicos³.

Esta ponencia propugna el cambio de esa solución doctrinaria,

ROCA, Eduardo, Sociedad extranjera no inscripta. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997, p. 35, quien luego de recordar que en la doctrina moderna el significado de acto aislado tiende a definirse por un criterio no derivado del número de repeticiones, sino por su contraposición al acto cumplido “por empresa”, dice que “en ese enfoque lo que cuenta es el ‘modo como se lleva a cabo el acto’, según las palabras de Tulio Ascarelli”. Ver un desarrollo mayor de la ponencia puede consultarse al autor en La Empresa Extranjera. En general y en especial ante los procesos de globalización y regionalización Abaco, Buenos Aires, 2003 ps. 114 y ss.

2 BOGGIANO, Antonio, Sociedades y Grupos Multinacionales, Derpalma, Buenos Aires 1985, p. 63. Este autor polemiza con ROVIRA, Alfredo L., Reflexiones acerca del régimen de la sociedades extranjeras que actúen en la República, LL 155, p. 983, criticando su apreciación restrictiva respecto al concepto de actos aislados. No se advierte en que medida esa interpretación puede calificarse como restrictiva, pues lo que ROVIRA sostiene en ese trabajo es que “aun cuando las sociedades que nos ocupan desearan celebrar un solo acto en el país, deberán a esos efectos designar un apoderado”, (que como se vio puede no ser único). En realidad, lo que preocupa a BOGGIANO es la doctrina citada por ROVIRA (ZALDIVAR, Enrique, Régimen de las Empresas Extranjeras en la República Argentina, Edifor, Buenos Aires 1972, p. 84) referida al concurso o licitación pública, al desarrollarse el núcleo de esta ponencia).

3 NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada, Abaco, Buenos Aires 1993, tomo I, p. 118, afirma que “sigue teniendo validez aquel ejemplo citado ya por MALAGARRIGA de la sociedad extranjera que se presenta a una licitación pública en el país. La sola presentación constituye un acto aislado, pero si resultara adjudicataria, entonces tendrá que cumplir con las reglas relativas al ‘ejercicio habitual’, a efectos de su actuación consecuente”. PERCIAVALLE, Marcelo L., Sociedades Extranjeras. Teoría y práctica de su funcionamiento, Doctrina Societaria Errepar Buenos Aires 2002, p. 11, coincide, al igual que ZALDIVAR, Enrique, Régimen..., p. 84. También lo hace ROVIRA, Alfredo, Reflexiones..., p. 984. BOGGIANO, Antonio, Sociedades..., p. 64, en contra, pero porque sostiene una tesis aun más amplia: “si la sociedad constituida en el extranjero resulta adjudicataria, no se deriva de ello –a nuestro criterio, por cierto- que necesariamente, y en virtud de la adjudicación, deba juzgársela incura en la norma del art. 118, tercera parte de nuestra ley. Tal sub-sunción dependerá de la naturaleza de la licitación, pues tampoco parece razonable una interpretación extensiva de dicha norma, de modo que se la aplique a actividades no significativas de cierto grado de permanencia y de habitualidad...”.

que no aparece como la mejor, analizando la realidad en que se inscribe el fenómeno. La propuesta de cambio vale tanto para la presentación que realice una sociedad extranjera a una licitación, cuanto al supuesto de adjudicación y posterior desarrollo empresarial del objeto licitado o concursado; esto es, cualquiera fuere el resultado final de la compulsa entre los oferentes. La presentación a una licitación pública, e incluso la necesaria previa toma de decisión de hacerlo —el concepto quedará aclarado a continuación— constituye ejercicio habitual, no acto aislado. Es un acto de “empresa”, de organización empresarial. Claro está que parece muy poco indicado incorporar al debate— como de hecho sucede y de ahí su tratamiento en la ponencia—, el supuesto en que la empresa, bajo una forma jurídica societaria constituida en el extranjero resulta adjudicataria del concurso o la licitación⁴.

La presentación a una licitación o concurso internacionales, cualquiera haya sido la forma elegida para su llamado —¿qué otra hipótesis sino la de una convocatoria internacional cabría analizar? — está usualmente precedida por la adquisición de los pliegos respectivos a través de mandatarios, los actos preparatorios básicos para la elaboración de las ofertas, la contratación de consultorías de análisis económico y financiero, los estudios de mercado y de factibilidad de la operación, la ubicación de los posibles socios nativos más apropiados para el desenvolvimiento del negocio, por su presencia estable en el mercado y sus antecedentes, las relaciones gubernamentales y credibilidad en ámbitos públicos, las trabajosas y a menudo complicadas negociaciones entre las partes, la contratación de estudios jurídicos con el conocimiento necesario, para brindar el consejo adecuado y realizar el efectivo trabajo de campo, incluyendo de ser necesario la constitución de subsidiarias argentinas o la participación en sociedades locales. Ese paisaje, así descripto, constituye una tarea de la organización empresarial en la cual los diversos factores tradicionales que hacen a la producción o a los servicios, se ponen en funcionamiento para el cumplimiento de “actos comprendidos en su objeto social”. Es

⁴ VERÓN, Alberto V., Sociedades comerciales. Ley 19.550. Comentada, anotada y concordada. Astrea, Buenos Aires 1983, tomo 2, p. 501, al enrolarse en la teoría según la cual “el alcance de la expresión ‘actos aislados’ debe interpretarse con criterio restrictivo” se apoya en la cita de Zaldivar de la nota anterior.

decir, un conjunto que hace a la actividad misma de la sociedad extranjera, actividad en la cual no solo se exterioriza su labor empresarial, sino que provoca incurrir en costos de variada índole, que pueden importar cierta significación en su giro normal.

Una primera aproximación al estudio del fenómeno de las privatizaciones⁵ durante la década de los años 90' en la República Argentina, que incluya la forma de cómo se llevaron a cabo muchas de ellas, pone de manifiesto que todos sus protagonistas empresarios, tanto aquellos que resultaron adjudicatarios de la explotación de los servicios públicos o de la concesión de actividades otrora reservadas al Estado gestionario (comunicaciones, hidrovías, ferrovías, transportes, energía, etc.), como los que no lo fueron pero participaron en los respectivos procesos, desplegaron una actividad económica comprendida dentro de su objeto por un prolongado período de tiempo, medido para unos de una manera, y para otros de otra. Todos los participantes, incluso aquellos que en definitiva desistieron de presentar ofertas, realizaron los actos preparatorios, con dispendio de gastos y desembarco de personal altamente especializado. Los que no resultaron adjudicatarios terminaron desenvolviéndose en una dimensión menor, pero sus acciones tuvieron una clara significación empresarial por los recursos invertidos en los aspectos detallados. Está comprendida dentro de las reglas de juego del mundo de los negocios empresarios la concreción o no del proyecto, pero siempre significa habitualidad. Por caso, los esfuerzos de Bell Co. para obtener parte del negocio telefónico argentino, conjuntamente con socios locales del grupo Garfunkel, quedaron enmarcados dentro del giro habitual de su actividad empresarial, a pesar de su desistimiento en las instancias finales de la competencia pública.

5

En ese período de la historia política, institucional, económica y social de la República Argentina se procuró la reforma del Estado. No corresponde que los resultados de esa política sean analizados en esta ponencia. Empero, puede remitirse al estudio de quien integrara los equipos del gobierno que la llevaron a cabo, para acceder a su descripción: DÍAZ, Rodolfo, *¿Prosperidad o ilusión?. Las reformas de los 90 en la Argentina*, Ábaco, Buenos Aires, 2002. Para el examen de las privatizaciones realizadas en países centrales en esa materia, véase los profundos trabajos compilados por COINTREAU, Edouard, *Privatización. El arte y los métodos*, Unión Editorial S.A., Centro de Observación y Perspectivas Sociales (COPS), Madrid, 1986, de autoría del propio compilador y DEWAR, Andrew, HANNEBOHN, Dietmar, DE KERVILER, Bruno, LÉON, Henri-André, PERRIN, Dominique H., SCHWEBIG, Philippe, y VERNIER, Bruno.

Es indudable que la solución a que arriba la ponencia, es abarcativa de la actividad de las empresas argentinas que procuraron obtener la adjudicación de obras y servicios públicos en terceros países. Para esas sociedades constituidas en la República Argentina, sus actuaciones extraterritoriales también importaron el despliegue empresarial a que se aludiera en los párrafos precedentes, y por tanto, la calificación también es la de ejercicio habitual de “actos comprendidos en su objeto social”; en rigor, esa expresión no tiene otro significado que el de la continuación de su actividad económica más allá de las fronteras. Por ende, quienes construyeron carreteras en la República Federativa de Brasil, u obtuvieron la concesión de líneas de subterráneos en Río de Janeiro —e incluso quienes procuraron esa concesión y no resultaron adjudicatarios— (todas empresas argentinas en competencia con brasileñas y otras de carácter global)- no concebían estar realizando simples actos aislados, sino la ampliación de sus fines u objetivos en otro país, con aspiración de permanencia.

La solución que se propugna en esta ponencia —considerar encuadrado en el supuesto de ejercicio habitual tanto a la presentación, cuanto a la adjudicación en licitaciones y concursos internacionales— encontraría en principio adecuada acogida en el Anteproyecto de reformas elaborado por la comisión de juristas creada por el entonces Ministro de Justicia y Derechos Humanos doctor Jorge Reynaldo Vannossi en 2002⁶, cuando recurre a la fórmula amplia “ejercer el comercio”, que no otra cosa hace la sociedad constituida en el extranjero en el caso aquí contemplado. Con acierto, el Anteproyecto suprime la alusión “actos aislados”, reemplazándola por el concepto amplio y abarcativo de ejercicio del comercio en general, en definitiva la mejor doctrina.

⁶ Véase REY Matias Juan La sociedad constituida en el extranjero en el anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales en ED 13 de mayo de 2004, así como el trabajo del autor de esta ponencia en el mismo ejemplar La Ley de Sociedades emplazada a reformarse (Apuntes sobre el control y la regulación de la empresa global).