

LA CONSECUENCIA DE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA QUE ACTÚA EN EL PAÍS NO ES SU IRREGULARIDAD

RAFAEL MARIANO MANÓVIL

PONENCIA

La presente ponencia tiene por objeto demostrar, a la luz del derecho vigente en la República Argentina, el error de la doctrina que se ha extendido en nuestro medio, según la cual se castiga a la sociedad constituida en el extranjero que no se haya inscripto en el Registro Público de Comercio cuando la ley le manda hacerlo (arts. 118 y 123, L.S.) con la sanción de la irregularidad societaria. Ello por las siguientes razones:

- a) No existe ninguna norma legal vigente en la República Argentina que sustente, directa o indirectamente, la afirmación de que la falta de inscripción traiga como consecuencia la irregularidad de la sociedad regularmente constituida en el extranjero, ni la aplicación de este régimen.
- b) Se trata, pues, de una afirmación puramente dogmática, y seguramente lanzada con escaso análisis previo.
- c) La norma extranjera generalmente citada en apoyo de la doctrina criticada (art. 2508 del Cód. italiano), pese a haber sido tenida a la vista por los redactores de la ley 19.550, no fue incorporada a su texto. Es, pues, derecho extranjero no aplicable siquiera por analogía, porque deliberadamente no fue incluido en el texto vigente.
- d) El art. 288 del derogado Código de Comercio, que durante su vigencia podría haber sido interpretado como aplicable a la actuación de sociedades extranjeras en el país (pese a lo cual los autores que trataron la materia en relación al Código de Comercio no sostuvieron tal cosa), fue expresamente derogado por la ley 19.550; sus redactores, todos formados jurídicamente bajo su vigencia, también lo tuvieron a la vista y no lo reprodujeron. Por lo tanto, es tan poco aplicable como otras normas no receptadas, como sería, *mutatis mu-*

tandi, la antigua exigencia del Código de Comercio de que los directores de una sociedad anónima sean accionistas.

- e) No cabe calificar simultáneamente a una sociedad como regularmente constituida y al mismo tiempo afirmar que es irregular. Ello constituiría un claro contrasentido lógico. Tanto más cuando la ley 19.550 estatuye el régimen de la Sección IV exclusivamente para las sociedades que no se hubieren *constituido* regularmente. Si se constituyó regularmente en su país de origen, no puede, por el incumplimiento de una formalidad en la República Argentina, decirse que no se ha constituido regularmente.
- f) La consecuencia de la falta de inscripción registral es solamente la inoponibilidad en nuestro país de la existencia de la sociedad a los terceros a los que específicamente no se pruebe que se les haya hecho conocer.

FUNDAMENTOS

1. *Introducción: pese al modelo italiano, en nuestro derecho no existe ninguna sanción*

1) Doctrina influyente de nuestro país, ha difundido la teoría según la cual la consecuencia de la falta de inscripción ordenada por los arts. 118 y 123 de la Ley de Sociedades por sociedades constituidas en el extranjero sería la de considerarla irregular.

2) Pese a que me unen a quien primero la expuso profundos lazos de respeto, gratitud y amistad, no puedo dejar de afirmar que esa teoría es absolutamente equivocada, entre otros motivos, porque *no existe ninguna norma legal que, directa o indirectamente, establezca esa consecuencia o sanción*.

3) Es interesante comenzar por comparar el texto de nuestra normativa con la del Código Civil italiano de 1942, cuya influencia en la redacción de la ley 19.550 es innecesario destacar y que es objeto de frecuente cita entre los comentaristas de este punto. Tanto más, en lo que se refiere al caso de la actuación habitual o al establecimiento permanente, respecto del cual la similitud del art. 118 con su fuente, el art. 2506 del Código italiano, es innegable.

4) Pero el Código italiano tiene una norma, el art. 2508, que establece en forma expresa que *fino all'adempimento delle formalità sopra indicate (2506-2507), coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidamente per le obbligazioni sociali*. En cambio, pese a lo claro de la fuente, *el legislador argentino no adoptó esa sanción*. Y ello sólo puede imputarse a una decisión deliberada de no hacerlo.

5) Además, como surge del texto transcrito el art. 2508 del Cód. Civil italiano *no declara irregular a la sociedad*, sino que se limita a atribuir responsabilidad a ciertas personas que actúan por la sociedad.

6) Es decir, ni la fuente generalmente invocada establece la sanción de irregularidad, ni es de buena técnica interpretativa aplicar una consecuencia que, establecida en una norma extranjera tenida como fuente de la legislación nacional sobre la materia, fue dejada de lado por el legislador.

2. La cuestión, vigente el Código de Comercio

1) Para avanzar en la indagación del tema será útil remontarse a su tratamiento normativo y doctrinario vigente, aún el Código de Comercio y la ley 8867.

2) En lo que aquí nos interesa, recordemos que el art. 285 del Cód. de Comercio (luego de la reforma de 1889) establecía “las sociedades legalmente constituidas en el país extranjero, que no tuvieran asiento, sucursal o cualquier especie de representación social en la República, podrán, sin embargo, practicar en ésta los respectivos actos de comercio que no sean contrarios a la ley nacional”.

3) Es cierto que en un antiguo fallo de la Cámara Comercial del año 1942 (LL, t. 28, p. 390)—que también se cita como precedente— se había resuelto que ante la falta de registro y de publicidad de una sociedad constituida en el extranjero, “los terceros pueden prevalerse de ello para poder repeler aquellas acciones de los socios que funden su intención en la existencia de dicha sociedad”.

Más de ningún pasaje de ese fallo se desprende que se hubiera sentado como doctrina que la falta de inscripción (en ese caso, de una sucursal con local abierto al público en la ciudad de Buenos Aires), convertía en irregular a la sociedad o que se le aplicaran las normas sobre sociedad no constituida regularmente.

3.1) Todo lo contrario: dice el voto del Dr. Williams, con cita de F. Figueroa, que “estamos en presencia de formas propias inherentes al registro y publicidad exigidas por la ley en defensa del interés de los terceros; se trata, precisamente, del límite local del orden público al principio de la extraterritorialidad, ejercitado mediante el poder de policía del Estado.... *No se desconoce la personalidad de la sociedad extranjera o su representación, por vicios o defectos de su constitución a la ley territorial de origen o creación, sino la existencia del incumplimiento del estatuto formal de la ley nacional que, por su propia finalidad afecta al orden público (conf. Vidari, t. 1, n° 583; Lyon Caen y Renault, t. 2; Vivante, t. 2, n° 820 bis...)*”. Sentado lo cual, se llega a la conclusión de que “las sociedades accionantes se han constituido de acuerdo a la ley del lugar del acto, y no es el caso de pretender querer actuar en el país bajo una de las condiciones de cualquier sociedad según la ley nacional”.

Y por esto último el decisorio atribuye a los terceros (del país, es claro) la facultad de no reconocer acciones derivadas del contrato social no inscripto.

3.2) Como se ve, no hay en esta sentencia ninguna declaración de irregularidad, sino solamente de *inoponibilidad* del contrato social por falta de registración.

4) Un precedente aún más antiguo lo constituye el fallo de la misma Cámara Comercial, citado en el de Primera Instancia que dio lugar al de Cámara antes referenciado, en el que se resolvió que “carece de personería para intentar acciones judi-

ciales, la sociedad legalmente constituida en el extranjero con sucursal en la República que no ha cumplido con los requisitos del art. 287 del Cód. de Comercio" (JA, t. 14, p. 907).

Como se ve, la cuestión en la jurisprudencia comentada se limita a la inoponibilidad, frente a los terceros en el país, de las estipulaciones de los respectivos contratos sociales extranjeros.

5) Es preciso recordar, en este último contexto, que el derogado Código de Comercio, a continuación de las normas referidas a las sociedades constituidas en el extranjero, establecía en el art. 288 que "todos los que contrataren a nombre de sociedades no constituidas o que no funcionasen conforme a las disposiciones de este Código, quedarán, en cuanto a los respectivos actos, obligados personal, ilimitada y solidariamente".

Es decir: el Código de Comercio atribuía una responsabilidad a las personas que hubiesen contratado por la sociedad que no funcionase conforme a sus normas, pero una responsabilidad que se limitaba al acto en que hubieran intervenido, y que no se extendía a todo el pasivo social, como en el arriba citado art. 2508 del Cód. Civil italiano de 1942.

6) En consecuencia, el Cód. de Comercio *tampoco establecía para la sociedad extranjera no inscrita una recalificación como irregular.*

Esta misma técnica de atribuir responsabilidades personales sin calificar a la sociedad de irregular es la que también utilizó la vigente ley 19.550, por ejemplo, en el supuesto del art. 99 (sociedad disuelta que continúa actuando en actos ajenos a la preparación de la liquidación, caso para el cual establece responsabilidades para quienes actúen, pero no recalifica la sociedad fue regularmente constituida como irregular).

3. La sanción prevista en el Código de Comercio no fue receptada en la ley 19.550

1) Al sancionarse la ley 19.550 el art. 288 del Cód. de Comercio fue lisa y llanamente derogado, sin sustituirse la sanción, en lo que concierne a las sociedades regularmente constituidas en el extranjero, por ninguna otra sanción parecida ni equivalente.

2) Luego de esta deliberada derogación (ella no puede imputarse a un descuido a poco que se recuerde la talla de los juristas que redactaron la ley 19.550 y, sobre todo, se tenga presente el hecho de que todos ellos fueron formados como juristas y magistrados en el sistema del Código de Comercio de 1889), la sanción desapareció de nuestro derecho positivo.

3) Por otra parte, si en el régimen del Código de Comercio podía haber una sanción común a las sociedades nacionales y extranjeras, como la del art. 288, esa posibilidad desapareció con la sistemática adoptada para la irregularidad societaria por la Ley de Sociedades vigente.

4. El régimen de irregularidad de la Ley de Sociedades sólo es aplicable a defectos en la Constitución, nunca a episodios sobrevinientes

1) En efecto: la Sección IV del Capítulo I se intitula "De la sociedad *no constituida* regularmente".

Y el art. 21 establece que "las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados *que no se constituyan* regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección".

2) Esta sistemática trae consigo una consecuencia sustancial: *nunca, por ninguna circunstancia, una sociedad regularmente constituida puede devenir o convertirse en sociedad irregular.*

Y, en consecuencia, a ninguna sociedad que fue regularmente constituida, ya hubiere sido ello en el país o en el exterior, puede aplicársele al régimen de las sociedades no constituidas regularmente.

3) Claramente lo explicó Etcheverry en su notable tesis *Sociedades irregulares y de hecho* (Astrea, 1981): "Sociedades no regularmente constituidas son aquellas que han cumplido imperfectamente la etapa de constitución en cuanto a las formas, es decir, la etapa que podríamos denominar de regularización" (p. 170).

Y luego: "Pero *una cosa no puede ser y no ser a la vez en el derecho*, como dijera Zavala Rodríguez, recordando a Halperín; de la misma manera, la naturaleza jurídica de una institución no puede darse en forma dúplice; si bien podría entenderse que la aparición de una nueva figura jurídica pueda contener elementos de dos o más conocidas, el principio jurídico de no contradicción impide que la aptitud de los diversos hechos para producir efectos pueda ser contemplada simultáneamente por dos disposiciones jurídicas opuestas" (p. 174).

4) Y esto es lo que ocurriría, precisamente, si se admitiera la tesis de que una sociedad extranjera regularmente constituida en su país de origen, por no inscribirse para actuar en el país, deba ser considerada irregular; declarar que una sociedad está regularmente constituida, y al mismo tiempo aplicarle el régimen de las sociedades no constituidas regularmente!

5) Cuando Etcheverry analiza luego supuestos legales que contemplan sanciones de responsabilidad, insiste en que "la ley, a nuestro juicio, sólo prevé sanciones de responsabilidad, pero no es posible entender que el propio ente deje de ser regular, toda vez que el régimen del art. 21 y ss. de la ley, *ha sido dispuesto para los casos de 'no constitución regular'* y no para otros, a los que no cabe extenderles esa solución legal. ...Dejamos ya expuesta nuestra oposición a que se sostenga, al menos como opinión genérica, que el ordenamiento admite la irregularidad —o de otra manera, que aparezca la sociedad que reconoce y regula el art. 21 y ss. de la ley— sobreviniente o sucesiva. En efecto, el régimen legal previsto allí lo es para las sociedades de hecho y para las que, siendo de los tipos (regulares) autorizados, no se constituyan legalmente. Las primeras no pueden llegar a la irregularidad sobreviniente, porque es imposible; las demás tampoco, *porque el régimen previsto en el art. 21 y ss. se refiere a la constitución,*

como hemos visto reiteradamente: *al íter formal constitutivo, no a situaciones posteriores a la adquisición del tipo regular*" (p. 177, lugar en el cual, en nota 566, agrega que "si se admitiera otra cosa, la ley la hubiera previsto en supuestos en que dispone mudanzas en la responsabilidad de socios que originariamente la tienen limitada").

6) Más adelante reitera la misma correcta doctrina, cuando se refiere a la sociedad disuelta que continúa con su actuación: "las futuras alteraciones formales —más allá del acto constitutivo— encuentran otras soluciones, pero no la de irregularidad".

5. Continuación: la lógica del régimen de irregularidad se aplica, en el país, también a las sociedades extranjeras, las cuales se rigen por la ley del lugar de su constitución

1) Lo expuesto en el punto anterior demuestra cuál es la lógica jurídica de la irregularidad societaria y su insoluble y único vínculo con el momento constitutivo.

Y esa lógica, expuesta —naturalmente— para las sociedades constituidas en el país, es exactamente la misma para una sociedad que haya sido regularmente constituida en un país extranjero.

2) Ello así porque no debe olvidarse que el principio básico del régimen de las sociedades constituidas en el extranjero es el que estatuye el primer párrafo del art. 118: "la sociedad constituida en el extranjero se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución".

3) En otras palabras: si la sociedad extranjera fue regularmente constituida en su país de origen, en nuestro país no puede devenir irregular por un hecho posterior a su constitución regular.

6. Análisis de la errónea doctrina que califica de irregular a la sociedad extranjera regular no inscrita en el país

1) ¿Dónde se origina, entonces, la teoría que aplica la sanción de irregularidad a la sociedad extranjera no inscrita para actuar en el país, ya que *no es una norma expresa de la ley*?

2) Todo parece confluir hacia un trabajo de Enrique Zaldívar, *Régimen de las Empresas Extranjeras en la República Argentina* (Buenos Aires, Edifor, 1972), en el cual —lacónicamente y sin desarrollar razonamiento alguno para arribar a la conclusión— el maestro afirma que "la sociedad del exterior debe considerarse irregular si se desenvuelve en la República sin cumplir los recaudos que establece el art. 118, tercera parte, y que culmina con la inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 7º)" (op. cit., pp. 88/9).

3) Más grave aún: agrega luego que "las consecuencias serán las establecidas por los arts. 22 y ss., que pueden resumirse de la siguiente forma: los socios o quienes contrataron por la sociedad quedan solidariamente obligados; *cualquier socio puede*

asumir la representación de la sociedad y pedir su disolución; ni la sociedad ni los socios podrán invocar ante terceros ni entre sí, derechos nacidos del contrato social”.

La frase que he destacado demuestra, por su imposibilidad lógica en el supuesto de una sociedad regularmente constituida en el exterior, la irreflexión de la afirmación de Zaldívar en aquel trabajo (y también, dicho con todo cariño y respeto, que un maestro de su talla científica alguna vez puede equivocarse).

4) Del pasaje transcripto se deriva la también lacónica y no razonada afirmación de Alfredo Lauro Rovira (“de no cumplirse con los recaudos determinados por el art. 118, la sociedad se verá encuadrada en el supuesto previsto por el capítulo I, Sección IV [arts. 21 a 26] de la ley, es decir, corresponderá considerarla irregular respecto de los actos que celebre en la República...”, en *Sociedades Extranjeras*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, p. 64), que contribuyó a la divulgación de esta creencia doctrinaria.

Rovira solamente cita en su apoyo el citado trabajo de Zaldívar, el ya comentado art. 2508 del Código italiano, un artículo anterior suyo donde dice literalmente lo mismo (también sin razonamiento que lo lleve a la conclusión) y un artículo de Berta Kaller de Orchansky (“Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional Privado Argentino”, *LL*, t. 147, p. 1201).

Esta última autora, en la p. 1210, todo lo que dice es que “las sociedades constituidas en el extranjero que operen en la República sin cumplir los requisitos establecidos en la sección XV de las Disposiciones Generales, se harán pasibles de las mismas sanciones previstas para las sociedades no constituidas regularmente (Secc. IV, arts. 21 a 26)”.

5) En otras palabras: *ni Zaldívar, ni Rovira, ni Kaller de Orchansky fundan en normas de derecho vigente sus dogmáticas afirmaciones.*

7. Las sanciones no se aplican en forma extensiva ni analógica.

Cuando la ley lo ha querido, sanciona en forma expresa

1) Es principio general del derecho que las sanciones y responsabilidades no son materia que se pueda aplicar en forma extensiva a casos no previstos en la ley.

2) Cuando la Ley de Sociedades Comerciales ha querido imponer sanciones o responsabilidades como la que se discute en autos, lo ha hecho en forma expresa y clara.

Así, y sin agotar el listado de casos previstos en la Ley, el art. 99, segundo párrafo, para los administradores (y eventualmente los socios) para la realización de operaciones ajenas a los fines liquidatorios; el art. 94, inc. 8°, para el socio único; el art. 29, respecto del representante del menor y los consocios mayores; el art. 32, respecto de la violación de la prohibición de participaciones recíprocas; el art. 136, respecto de la inmiscusión de los comanditarios en la administración social; el art. 183, respecto de los actos cumplidos durante el período de formación de la sociedad anónima (lo cual, según la doctrina más moderna, tampoco es un caso de irregularidad societaria); el art. 305, respecto de la ocultación de estar la sociedad encuadrada en un supuesto de

fiscalización estatal permanente; y, sobre todo, el inc. h) del ahora art. 386, que es el único que establece, como sanción, quedar sujetas al régimen de las sociedades no constituidas regularmente las sociedades por acciones que formen parte de sociedades que no sean por acciones, si no enajenan sus cuotas o partes de interés en el plazo de 10 años desde la vigencia de la ley.

8. Exposición, por el propio Zaldívar, de un criterio en materia de responsabilidades que se contradice con la doctrina que crítico

1) En una obra posterior a la que aquí se cuestiona, bien que en colaboración con Ragazzi, Rovira y el autor de esta ponencia, Zaldívar desechó la posibilidad de que por vía implícita o extensiva se aplique como sanción el régimen de la irregularidad a una sociedad regularmente constituida.

2) Ello así al considerar las consecuencias de la continuación de la actividad de una sociedad después de disuelta (ley, art. 99), supuesto que tradicionalmente había sido tratado en doctrina y jurisprudencia como un caso de "conversión" de la sociedad en irregular (véase, por ejemplo, Farina, *Tratado. Parte General*, p. 484 y sus referencias).

3) Se dice en esa obra: "sin que ello importe un encuadre como irregular de la sociedad disuelta, en el caso que los administradores violaren ... resultarán sancionados por un régimen análogo al del art. 23".

Y, con referencia a la cuestión de si la responsabilidad del art. 99 es subsidiaria o si el responsable carece del beneficio de excusión, señala que "en el caso que ahora tratamos debe aceptarse un criterio diverso (al del art. 23). El art. 99, 2º párr., no les aplica expresamente la sanción del art. 23, y no creemos viables penalidades por extensión analógica" (*Cuadernos de Derecho Societario*, vol. IV, Abelledo-Perrot, 1976, pp. 298/9, numeral 58.8.).

Opinión ésta que luego es reforzada por Jorge O. Zunino, en *Disolución y Liquidación*, t. 2 (Astrea, 1987), p. 288, donde afirma que "la infracción al precepto anterior no torna en irregular la sociedad".

CONCLUSIÓN

1) De lo dicho se desprende que en nuestra legislación no hay sanción específica para el caso de incumplimiento de la obligación registral de los arts. 118 y 123 de la Ley de Sociedades. Y también que no es procedente extender regímenes de responsabilidad, como el de la irregularidad societaria, previstos en nuestra ley para situaciones específicas distintas.

2) A falta de sanción específica para el incumplimiento de esas inscripciones, la única consecuencia que válidamente puede predicarse en nuestro derecho es la común de todo régimen de registración no cumplida: la inoponibilidad en nuestro país a los terceros de la existencia de la sociedad, salvo prueba específica producida por la misma.