

COMISION II.1:**REGISTRACIÓN. Fiscalización administrativa Propiedad industrial
CONFLICTOS SOCIETARIOS. Procedimientos societarios
administrativos, judiciales y arbitrales****NUEVOS ENFOQUES RESPECTO DE LA ACTUACIÓN EN NUESTRO PAÍS DE
LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO (*)**

Berta Kaller de Orchansky

**1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOCIETARIO:
LA NORMATIVA ACTUAL**

Los diversos casos de actuación en nuestro país de sociedades comerciales constituidas en el extranjero, están reguladas en la sección XV de la ley 19.550 -arts. 118 al 124- que no fue objeto de modificaciones por la ley 22.903/83.

Estas normas constituyen el derecho internacional privado societario interno.

En el derecho internacional privado societario convencional se ubican los capítulos respectivos de los Tratados de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, y a partir de la ley 22.921 del 21 de setiembre de 1983, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles (CIDIP II, Montevideo, 1979). Esta última fue también ratificada por Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; en consecuencia, en razón de la presencia de Uruguay y Paraguay, que son países ligados al nuestro por el Tratado de Montevideo de 1940, la Convención Interamericana citada sustituye al tratado de 1940 en este aspecto de los conflictos de leyes en materia de sociedades comerciales, así como en su momento el tratado de 1940 sustituyó al de 1889, respecto de los países ratificantes.

La legislación argentina -tanto interna como convencional- adopta el sistema de la extraterritorialidad *parcial*, sistema que se ubica entre el de la territorialidad estricta -llamada también de la inhospitalidad- y el de la extraterritorialidad total -o de la hospitalidad absoluta- y resuelve satisfactoriamente la pugna entre dichos criterios extremos.

(*) Este trabajo, publicado contemporáneamente en el libro *Anomalías Societarias*, de la misma Editorial, fué indicado por la autora como comunicación al Congreso, omitiéndose por un error involuntario de la Editorial su inclusión, que ahora salvamos.

El sistema al que aludimos, distingue dos categorías de actos: 1) los que la sociedad realiza por ser tal, es decir, por estar investida de personalidad jurídica, los actos a través de los cuales se manifiesta su capacidad *genérica* o potencial (actuar en juicio como actora o demandada), adquirir bienes, contratar, inscribir sus marcas y patentes, presentarse a una licitación, instalar stand de propaganda, etcétera; y 2) los actos que tienden a alcanzar el fin u objeto para el cual se ha constituido, y que configuran la llamada capacidad *específica*.

Para el ejercicio de los actos que exteriorizan la capacidad genérica o potencial de una persona jurídica, no se requiere que ésta se someta a la ley territorial del Estado donde pretende llevarlos a cabo, bastará que sus representantes justifiquen que existe, es decir, que se ha constituido legalmente, y lo prueben con los documentos correspondientes, para que sea reconocida de pleno derecho y con el carácter o la modalidad que reviste, pueda actuar.

En cambio, cuando la persona jurídica pretende ejercer de manera permanente aquellos actos que le permiten alcanzar el objeto o fin específico para el cual se ha constituido, deberá, además de acreditar su existencia y forma de acuerdo a las leyes del país de constitución, someterse a las leyes del país en el cual intenta actuar. Este sometimiento, en lo que hace en especial a la exigencia del registro, es uno de los aspectos al que me referiré en especial más adelante, porque estimo que debe ser revisado en ciertos casos.

Para que el sistema de la extraterritorialidad parcial pueda funcionar es menester hacer un distingo que presenta dificultades; la pregunta a la que hay que responder es la siguiente: ¿cuándo la sociedad ejerce actos que exteriorizan su capacidad específica? Una variedad de técnicas se ofrecen a los interesados en extender la actividad de la sociedad constituida en un país al territorio de otros países: instalación de sucursales o filiales, traslado de la sede social, localización del centro principal de la explotación, participación en sociedades locales, fusión, escisión, control, constitución de una nueva entidad, y otras formas de dominación o cooperación con sociedades locales.

Si se atiende a un criterio *cualitativo*, cualquier acto que por su cualidad esté comprendido en el objeto de la institución y permita directa o indirectamente alcanzarlo, configurará el ejercicio de la llamada capacidad específica.

En cambio, si se utiliza el criterio *cualitativo-cuantitativo*, se considerará que la sociedad ejerce su objeto cuando realiza *habitualmente* actos comprendidos en el objeto de su institución. El primer criterio -el meramente cualitativo- tiene la ventaja de ser preciso, en cambio, al segundo cualitativo-cuantitativo se le critica su imprecisión, ya que nada hay más indefinido que la habitualidad.

El art. 118 de la ley 19.550, en el segundo párrafo de la primera parte, reconoce de pleno derecho la personalidad jurídica de las sociedades constitui-

das en el extranjero, de conformidad a las leyes que allí rigen, y las habilita para realizar en el país *actos aislados* y estar en juicio. Se trató del reconocimiento de la capacidad genérica o potencial. Por otra parte, cuando pretende ejercer habitualmente actos comprendidos en el objeto social, se entiende que ejerce su capacidad específica y el empleo del adverbio *habitualmente* nos enrola en el criterio cualitativo-cuantitativo; debe tratarse de una actividad permanente y no ocasional, continuada y no interrumpida.

El Tratado de Montevideo de 1889 adoptó el criterio cualitativo, mientras el de 1940 al agregar el artículo: "cuando pretendan practicar de manera habitual actos comprendidos en el objeto de su institución", modificó el criterio original por el cualitativo-cuantitativo.

La Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles -ley 22.921-, utiliza nuevamente el criterio cualitativo, tal como fuera consagrado en el Tratado de Montevideo de 1889. Así para el ejercicio *directo o indirecto* de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a la ley del Estado donde los realizaren, y sometidas a los órganos jurisdiccionales de ese mismo Estado (art. 4º).

Tenemos, entonces incorporados a nuestro ordenamiento los dos criterios: el de la ley 19.550 (cualitativo-cuantitativo) y el de la Convención Interamericana (sólo cualitativo).

Una primera respuesta a esta situación consiste en afirmar que la Convención sólo rige entre los países que la ratificaron, y respecto de los demás, se deberá aplicar la ley 19.550. Esta dualidad, en una materia de tanta importancia como es el trato a las sociedades extranjeras, reclama un estudio profundo del tema a fin de optar por un criterio uniforme. Me inclino por el de la Convención Interamericana.

Por otra parte, si se atiende al tipo de la Convención Interamericana, que pertenece a los llamados convenios *universales*, debe concluirse que a partir de la ley 22.921 que ratificó la Convención, la ley 19.550 fue modificada en todos aquellos aspectos en que la normativa interna no coincide con la convencional.

Esta conclusión puede, a su vez, ser resistida invocándose la necesidad de una nueva intervención de los poderes legislativos nacionales para que se opere la reforma -o tal vez se recomiende denunciar la Convención ante el organismo internacional, O.E.A., si se estima que el criterio de la ley 19.550 es más adecuado y conveniente.

2. LOS PUNTOS DE CONEXIÓN UTILIZADOS Y SU CALIFICACIÓN

Domicilio comercial o lugar de constitución

Esta es la alternativa en materia de puntos de conexión utilizados por las normas de derecho internacional privado. Los tratados de Montevideo adoptan el *domicilio comercial*, para señalar el derecho aplicable a la necesidad de una forma de contrato de sociedad, su contenido, las relaciones jurídicas entre los socios, con la sociedad y entre ésta y terceros (art. 4º del Tratado de 1889 y arts. 6º y 7º del Tratado de 1940). La existencia y la personalidad jurídica de las sociedades se rige por las leyes del domicilio comercial (art. 5º Tratado de 1889 y art. 8º, Tratado de 1940). Por último el Tratado de 1940, en su art. 3º, define el domicilio comercial como el lugar donde la sociedad comercial tiene el asiento principal de sus negocios. En cambio, la ley 19.550 adoptó el lugar de constitución y el art. 118 dispone que la existencia, es decir la personalidad jurídica de la sociedad, depende de la ley del país donde se ha constituido; y la forma, o sea la caracterización de la sociedad como colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, etcétera, depende asimismo de la ley del lugar de constitución. También puede asignarse a la expresión *forma* el conjunto de solemnidades prescriptas por la ley que deben observarse al tiempo de la constitución de la sociedad.

La Convención Interamericana somete la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles a la ley del lugar de su constitución y por *lugar de constitución* se entiende el Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades (art. 2º). Esta calificación autárquica del punto de conexión coincide con la que la doctrina nacional formuló respecto de los términos homónimos empleados por el art. 118. Conforme a esta calificación el punto de conexión *lugar de constitución*, no se refiere al lugar donde se celebra el acto jurídico privado originario de la entidad, es decir, donde se celebró el contrato, sino el país o la jurisdicción donde la entidad ha cumplido con las formalidades prescriptas por las leyes allí vigentes, para obtener de los poderes públicos el reconocimiento de su personalidad jurídica.

3. EL ARTÍCULO 30 DE LA LEY DE SOCIEDADES Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

La capacidad de una sociedad constituida en el extranjero se rige por la ley del lugar de constitución; si en la ley local existen prohibiciones como la establecida en el art. 30 de la ley 19.550 (las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de las sociedades por acciones), surge el interrogante acerca del alcance de esta prohibición respecto de una sociedad no local. El caso *Inval S.R.L.*, resuelto por la C.N.Com., Sala C, 30-IX-981, (La Ley 1982-I-p. 500) ilustra al respecto: "Inval, Sociedad de Responsabilidad Limitada, constituida y domiciliada en Buenos Aires, estaba integrada por dos únicos cuotistas, una sociedad domiciliada en Stuttgart y otra, una sociedad anónima argentina". La cuotista constituida en la Argentina, cedió sus cuotas a una sociedad anónima formada en Suiza y con domicilio en Zurich. Tal cesión contó con la conformidad del otro único cuotista. La sentencia del juez de Primera Instancia, denegó la inscripción registral a la correspondiente modificación del contrato social y el fiscal de Cámara se expidió por la confirmación del decisorio recurrido.

La Cámara revocó la resolución en base a los argumentos que transcribimos sintéticamente: a) refiriéndose a tales sociedades constituidas en el extranjero, dijo que resultan ajenas al interés nacional y deben regirse por la ley del lugar de su constitución (art. 118 1º párr., ley 19.550) en orden a su capacidad para contraer sociedad o participar en otras sociedades.

b) La capacidad para participar o ser participada se rige por el derecho personal respectivo. Tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, regida por el derecho argentino, su capacidad para ser participada se rige por ley argentina.

La sociedad de responsabilidad limitada no se halla expresamente incapacitada por la norma del art. 30 para participar en sociedades por acciones o ser participada por ésta. No se advierte fundamento para interpretar extensivamente la norma en cuestión, que impone una *incapacidad de derecho*. (Tener en cuenta esta expresión). En el caso de autos, la inaplicabilidad del art. 30 resulta específicamente del ámbito de validez material de la norma que sólo alcanza a las sociedades por acciones participantes y sujetas al derecho argentino.

En conclusión, la incapacidad del art. 30 no alcanza a sociedades anónimas o en comandita por acciones regidas por un derecho extranjero. Así la sociedad anónima constituida en Suiza y regida por el derecho suizo, no se rige en cuanto a su capacidad de tomar parte en su sociedad de responsabilidad limitada argentina por otro derecho que el del país de su constitución y no por la ley argentina. Tampoco se ha afirmado que esta sociedad constituida en el

extranjero se hallare incurso en alguna de las hipótesis del art. 124 de la ley 19.550 o en una prohibición específica del derecho suizo, del cual no surge impedimento para que una sociedad anónima, sujeta a la ley suiza, forme parte de una sociedad de responsabilidad limitada. En tales condiciones, la participación en examen resulta válida tanto para el derecho argentino como para el suizo.

c) Con una expresa referencia al orden público internacional, la Cámara dijo que la sociedad anónima sometida al derecho suizo no quedaba alcanzada por la prohibición del art. 30 que no constituye una *norma de policía* de aplicación exclusiva del derecho internacional privado argentino, ni tampoco expresa un principio fundamental que afecte el espíritu del derecho societario argentino en términos del art. 14, inc. 2º del Código Civil. Se trata tan sólo de una norma coactiva del derecho societario argentino, aplicable en los límites señalados.

Cabe tener en cuenta que el decisorio en revisión -el de 1ª Instancia- juzgó aplicable la limitación impuesta por el art. 30, la sociedad constituida en el extranjero, en razón del régimen de control a que se refiere el art. 120 *in fine*. La Cámara se hizo cargo del argumento, pero no lo consideró decisivo, porque insistió en el distingo entre sociedades por acciones constituidas en la República y constituidas en el extranjero: mientras las primeras seguirán sometidas al control externo, sin perjuicio del que se ejercite sobre la sociedad participada, las segundas, no estarán alcanzadas por tal fiscalización. Siendo ello así, ponderó que la razón fundante de la limitación establecida por el art. 30, radica en que sociedades sometidas a control externo por su tipo, no se evadan de éste a través de participaciones, razón legal inexistente con respecto a las sociedades constituidas en el extranjero, cualquiera fuera su tipo.

Una de las conclusiones más importantes que se desprende del fallo comentado, es que la norma contenida en el art. 30 no es de orden público internacional sino de orden público interno, o según la terminología utilizada por Antonio Boggiano, no es una norma de policía sino una norma coactiva interna.

Esta calificación excluye su aplicación a una sociedad constituida en el extranjero.

Otra conclusión que merece destacarse es que el acto o negocio de participación se desdobló entre la sociedad participada, por una parte, y la sociedad participante, por la otra, a cada una de las cuales se debe aplicar su propia ley personal, o sea la ley de su constitución.

No se aludió a la necesidad de que la sociedad anónima suiza se inscribiera previamente en el Registro, por lo que el acto aparece como un *acto aislado* y se hizo lugar, en definitiva, a la inscripción registral de la

se trata de una sociedad cuyo fin es la realización de actividades mercantiles bajo una firma común en la que ningún socio tiene la responsabilidad limitada frente a los acreedores societarios.

Si este mismo caso hubiera que resolverlo a la luz de la Convención Interamericana, podemos afirmar que el resultado sería adverso a la inscripción, ya que, pese al valor predominante que dicha Convención otorga a la ley del lugar de constitución, a la que está sometida la capacidad de la entidad, entre otros aspectos, el art. 3º dispone que "*...en ningún caso las sociedades mercantiles gozarán de mayor capacidad que la que se otorga a las sociedades locales*". El art. 30 actuaría como un límite a la capacidad otorgada a las sociedades extranjeras por la ley extranjera a fin de equipararlas a las locales.

De modo que nos encontramos con otra dualidad en nuestro ordenamiento: la interpretación jurisprudencial recién reseñada y apoyada por la doctrina de los comercialistas ⁽¹⁾, que conduce a una solución opuesta; mientras la primera interpretación excluye a las sociedades constituidas en el extranjero del ámbito de aplicación del art. 30, la Convención no reconoce a dichas sociedades mayor capacidad que la que se otorga a las sociedades locales. Mi opinión es coincidente con el de la jurisprudencia y doctrina citadas.

4. EL REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN (ART. 123, LEY DE SOCIEDADES)

"Si bien el art. 123 exige la inscripción de la sociedad extranjera en caso de que proceda a constituir sociedad en el país, tal expresión debe entenderse con un criterio amplio coherente con el sentido que la nueva ley 19.550 ha dado a la regulación de las sociedades extranjeras, por ello, no sólo queda comprendido en la norma el participar en el acto de fundación, sino también adquirir posteriormente parte en la sociedad de interés o de responsabilidad limitada" ⁽²⁾.

"Los principios de soberanía y contralor de entidades mercantiles que, constituidas con arreglo a las leyes de sus respectivos países, pretenden incorporarse a la vida económica de la Nación, fuerzan interpretar el art. 123 de la ley 19.550, como inclusivo de la hipótesis de participación en sociedad existente en la República.

(1) Zaldívar, E. y otros, *Cuadernos de derecho societario*, v. III, p. 83, Nº 37.2.1.3., 2ª edic.; Rovira, A., *Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República*, Rev. La ley, t. 155, p. 989; Boggiano A., voto en el fallo Inval y en D. Int. Privado, t. III, por una parte, y el art. 3º de la Convención Interamericana - ley 22.921.

(2) Parker Hannifin Argentina S.A., C.Nac.Com., Sala B, 2 de junio de 1977, La Ley 1977-C, p. 595.

“El régimen de publicidad ínsito en la registración mercantil permitirá a los nacionales contratantes con el ente así participado, conocer la seriedad de la identidad del partícipe extranjero, elemento de importancia para juzgar la eventual responsabilidad por el pasivo social” (3).

Con las citas transcritas resumo la interpretación dominante del art. 123 de la ley de sociedades, en los casos en que una sociedad constituida en el extranjero adquiriese acciones de una sociedad local. Omito la cita de la bibliografía existente que avaló dicho criterio jurisprudencial, incluida mi propia postura expuesta en el Manual de Derecho Internacional Privado, por ser bien conocida.

Sin embargo, una nueva lectura de los fallos involucrados en este tema me conduce a una reflexión que me aparta de una de las conclusiones reiteradas: la de la necesidad que la sociedad extranjera se inscriba, o que acredite su inscripción registral cuando desea integrar una sociedad local. Esta revisión de la postura dominante me fue sugerida por el voto en disidencia del doctor Edgardo M. Alberti, en el último de los fallos citados, que reitera su posición en otro voto (4).

Creo conveniente glosar los argumentos vertidos: en primer lugar, la disidencia sostiene que no ve necesario incorporar a los archivos del registro mercantil los estatutos originales de una sociedad anónima extranjera, para que los habitantes de nuestro país se cercioren de la seriedad de la identidad de aquella sociedad, en cuanto accionistas de una sociedad anónima constituida en nuestro país. Es cierto que puede existir un interés de la comunidad económica toda por conocer quién sea el virtual conductor de una determinada empresa. Pero, justamente esta noción es de estricta realidad, y para indagar al respecto, son más útiles el examen del nombre societario, la lectura de sus balances y la averiguación sobre cuáles son sus productos y quiénes le han otorgado las licencias para producirlos, *que no la ritual lectura de los estatutos constitutivos de las personas jurídicas accionistas*. Estima el señor juez que si lo requerido a la accionista extranjera persiguere facilitar la información de los comerciantes de esta plaza, idéntico requisito debiera ser determinado para las sociedades establecidas en Jujuy o en Santa Cruz que fueren accionistas de una sociedad constituida en Buenos Aires en definitiva, la solución que postula “evita imponer un trámite cuya utilidad -fuere jurídica, política o económica- no encuentra demostrada: a la postre, las únicas garantías concretas de que dispondrá la comunidad económica argentina con relación a las responsabili-

(3) Squibb S.A., C.Nac.Com., Sala D, 11 de octubre de 1978, J.A., 1979-III, p. 400.

(4) Saab-Scania S.A., 20 de julio de 1978, en E.D., 79-890 (5) y La Ley 1978-C-523.

dades que cupieren, tanto a la sociedad local cuanto a su accionista extranjera, resultarán de la existencia de un patrimonio susceptible de ejecución forzada y situado dentro del territorio sometido a soberanía argentina y de la seriedad y valor cívico con que los jueces de esta Nación ejerzan su magisterio”.

Lo transcrito no requiere comentarios ampliatorios, sólo señalo que fue dicho en 1978 y trece años después, frente a nuevas modalidades de actuación entre otras como son los contratos de dominación y colaboración empresaria, lo que se impone es asegurar la responsabilidad solidaria de quien ejerce una posición dominante dentro de una empresa. No es la inscripción registral la que garantiza la defensa de la comunidad económica argentina, o la del consumidor, sino la existencia real de un patrimonio sobre el cual se haga efectiva la responsabilidad, la fiscalización y control estatal, la publicidad de los balances y un accionar basado en la buena fe y el respeto a la autonomía de la voluntad; el abuso del derecho, o sea las conductas abusivas, y la sanción correctiva que trae aparejada el fraude a la ley, art. 124, serán medios más efectivos que la inscripción registral.

Por último, estimo conveniente aclarar que esta postura adversa a la exigencia de la registración, en los casos análogos a los que ilustra el fallo, no implica propiciar un tratamiento más favorable a las sociedades extranjeras respecto de las locales, sino de soslayar una exigencia que nada aporta en seguridad a la denominada comunidad económica argentina.

5. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

El art. 122 de la ley 19.550 contempla, en sus dos incisos, el emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero que puede cumplirse en la República:

a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio; b) si existiese sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante.

Si se comparan estas normas con las establecidas en los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 (art. 7º, 2ª parte y art. 11, 2ª parte, respectivamente) se advierte que estas últimas -a diferencia del art. 122- disponen claramente una regla de jurisdicción internacional, al establecer que si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces o tribunales de este último.

La redacción defectuosa del art. 122 genera dudas y confusión al mezclar

dos aspectos que son autónomos: la jurisdicción internacional, por una parte, y el emplazamiento en la Argentina, por otra. Antonio Boggiano ⁽⁵⁾ no admite la existencia de una regla de jurisdicción internacional implícita en ninguno de los dos incisos, en cambio W. Goldschmidt, en nota a un fallo ⁽⁶⁾ extrae una regla de jurisprudencia internacional del inc. b) del art. 122.

Con miras a una futura revisión del artículo que nos ocupa puede sugerirse un claro deslinde entre la jurisdicción internacional, por una parte, y el emplazamiento, por otra; este último debería cumplirse en el domicilio especial que la sociedad extranjera constituya en nuestro país.

6. CONCLUSIONES

Dado que la ley 22.903 no encaró la reforma de los artículos 118 a 124 de la ley de sociedades, se recomienda:

- 1) Analizar los dos criterios que sirven para calificar la actuación de una sociedad extranjera y optar por el más conveniente y preciso: el meramente cualitativo; tal como está incorporado en la Convención Interamericana, ratificada por ley 22.921.
- 2) Las prohibiciones contenidas en las leyes locales, que imponen sendas incapacidades de derecho, no alcanzan a las sociedades constituidas en el extranjero, cuya capacidad se rige por la ley del lugar de constitución.
- 3) La inscripción registral no es por sí misma garantía de defensa de la comunidad económica argentina.
- 4) Es conveniente efectuar un claro deslinde entre la jurisdicción internacional, por una parte, y el emplazamiento, por otra; este último debería cumplirse en el domicilio especial que la sociedad extranjera constituya en nuestro país.

(5) Derecho Internacional Privado, t. III, p. 148 y ss.

(6) Icesa c/Bravox, E.D. 108-602.