

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 123 DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY 19.550

**ANDREA B. YÁÑEZ MUÑOZ
LILIANA E. TABARES**

RESUMEN DEL CONTENIDO

La presente ponencia consiste en analizar el nuevo artículo 123 del Anteproyecto de Reforma de la Ley 19.550, a los fines de dilucidar si el mismo logra aproximarse a una solución preventiva de los problemas que traen aparejadas las sociedades extranjeras que vienen a constituir o participar en sociedades nacionales, en relación a la responsabilidad frente a terceros.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe una gran proliferación de sociedades extranjeras que actúan, ya sea directa o indirectamente en el ámbito co-

mercial, constituyendo o participando mayoritaria o minoritariamente en sociedades locales.

No sería necesario ahondar en el análisis de la situación económica nacional, para advertir que existe un gran riesgo de que ciertas entidades extranjeras al actuar en nuestro país, realizando operaciones comerciales no lo hagan con el único fin de invertir; sino por el contrario, parecería que, algunas de ellas se valen del beneficioso amparo de nuestra legislación, por el principio dispuesto en nuestra ley de sociedades que estas entidades se rigen por su ley de origen, art. 118 primera parte de la Ley 19.550. Hacemos referencia a dos supuestos: 1) Algunas sociedades que se constituyen en el extranjero, cuyos accionistas son capitales argentinos, lo harían a los fines de evitar el control estatal, buscando una legislación más beneficiosa que la nuestra; 2) Ciertas sociedades extranjeras, cuyo capital pertenece a accionistas de países foráneos, les interesaría realizar actividad comercial en nuestro país, en virtud de que no existe un efectivo control por un lado y por otro, los riesgos empresariales con relación a los terceros que eventualmente contraten con la misma. Uno de los casos más frecuente es la sociedad off-shore. La mayoría de la legislación extranjera contempla la posibilidad de que las acciones de estas sociedades sean al portador con el riesgo que ello implica para los terceros contratantes en una total discordancia con nuestra legislación que exige la nominatividad de las acciones Ley N° 20.643 y 23.291; otro supuesto sería, ante la vacancia del representante, por cualquier causa que fuere, de una sociedad extranjera en nuestro país, los restantes socios de la sociedad participada y los terceros, en caso de conflicto, no podrían emplazarla válidamente en el país en todo cuanto respecta a las obligaciones que le son inherentes por su calidad de socio, debido a la falta momentánea de representante y de esta manera toda notificación debería realizarse válidamente al domicilio que posea esta sociedad en el extranjero, con todas las dificultades que ello implica.

Estos eventuales riesgos o efectos negativos existentes, con respecto a las sociedades extranjeras que vienen a actuar en nuestro país y que en algunos casos este tipo de actuación se ha convertido en fraudulenta, no ha sido severamente juzgada por nuestros Tribunales que entienden que la inoponibilidad de la personalidad jurídica debe

aplicarse de manera restrictiva al tratarse de una excepción a la regla. Y es por ello, que los jueces lo aplican prudentemente a fin de no causar un perjuicio directo a la estructura formal de aquella y causar también, en forma indirecta, un daño para el derecho, la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, ya que no respetarlas, salvo casos excepcionales, puede ocasionar un daño mayor que el que eventualmente puede derivarse del mal uso que de las mismas se pueda hacer.

La Doctrina, por su parte no es uniforme en relación a dar soluciones que puedan contrarrestar esta operatoria, que en algunas oportunidades se manifiesta de manera fraudulenta.

Por lo expuesto, es de nuestro interés buscar una solución preventiva al problema planteado, analizando si la nueva redacción del artículo 123 del Anteproyecto de Reforma de la Ley 19.550 cumple con tal expectativa.

II. EL ARTÍCULO 123 DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY 19.550

El nuevo artículo 123 del anteproyecto de reforma de la Ley Nro. 19.550 en relación a las sociedades extranjeras, dispone: “Constitución o Participación en sociedad- Representante. *Para constituir sociedad en la República o para adquirir una participación en sociedad ya constituida que alcance al DIEZ (10 %) POR CIENTO del capital social o al CINCO (5 %) POR CIENTO cuando se trate de sociedades autorizadas a la oferta pública, así como para la adquisición de inmuebles, la sociedad constituida en el extranjero deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio acreditando su existencia con arreglo a las leyes del lugar de constitución. El representante que designe estará facultado para el ejercicio de todos los derechos sociales de la sociedad constituida en el extranjero, sin perjuicio de la actuación de sus órganos sociales o de otros mandatarios. La sociedad constituida en el extranjero sólo podrá ser emplazada en juicio en la persona de su representante respecto de las actuaciones cumplidas en la constitución de la sociedad, en la adquisición de las*

participaciones o en el ejercicio de los derechos del socio en la sociedad participada. Mientras no se haya inscripto la sociedad constituida en el extranjero no podrá ejercer los derechos de socio en la sociedad participada. La participación de la sociedad incumpliente no será computada para la determinación del quórum y de las mayorías en las reuniones de socios o asambleas”.

III. CONSTITUCIÓN O PARTICIPACIÓN EN SOCIEDAD

Creemos que es un avance haber incorporado al artículo 123 los conceptos diferenciados de “*constitución o participación en sociedad*” ya que responde a lo manifestado por La Doctrina¹ y Jurisprudencia² en su mayoría. Ambas consideraban que lo dispuesto en el art. 123 de la Ley 19.550, (“... *Para constituir sociedad en la República...*”) no sólo implicaba, el supuesto de las sociedades extranjeras que participen en el acto fundacional de una nueva, sino que también debía entenderse su aplicación a la participación de una sociedad extranjera en otra local ya constituida.

En la nueva redacción se ha fijado que la participación o constitución de una sociedad extranjera en una sociedad nacional que alcance un quantum del 10 % del capital y del 5% cuando se trate de sociedades autorizadas a la oferta pública, a partir del cual una sociedad extranjera debe inscribirse en el Registro Público de Comercio. Consideramos que no es conveniente este distingo cuantitativo a razón de que dicha sociedad al constituir o participar en una sociedad nacional adquiere el carácter de socio, lo que a nuestro entender es un acto de carácter institucional permanente; no sólo porque implica ejercer

¹ NISSEN, Ricardo A., “*Panorama actual de derecho societario*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 95, VERON, Alberto Victor, pág. 330-331, MORELLO, Carlos María, Ponencia en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo IV, pág. 240; VITOLO, Roque Daniel “*Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 81; ZALDIVAR, Enrique y ROVIRA, Alfredo L.: “*El art. 123 de la ley 19.550. Una polémica concluida e torno a su alcance*” - Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Ed. Depalma - Bs. As. - 1979 - pág. 731.

² CNCom., Sala B, 02/06/77, en autos “*Parker Hannifin Argentina S.A.*”, y Sala C, del mismo Tribunal, 21/03/78, en autos “*Huyck Mati S.A.*”, ED., T. 77, pág. 476.

como socia los derechos políticos y patrimoniales en la sociedad local sino también el poder desarrollarse en la actividad mercantil y el hecho de integrarse a la vida económica de un país, a través de la incorporación a una sociedad argentina, por lo que sería necesario la inscripción en el Registro Público de Comercio³.

Analizando los fundamentos que inspiran a nuestro entender esta norma, tales como el de publicidad registral, principio este, que resguarda los derechos de terceros dando además certidumbre a las relaciones comerciales, y los de soberanía e interés público que denotan la necesidad de identificar a las sociedades extranjeras socias con el fin de no tornar ilusorio el régimen de la responsabilidad que tienen por el hecho de ser “socias”, vemos la imperiosa necesidad de inscribir a todas las sociedades extranjeras en los términos del art. 123, cualquiera sea la participación que estas tengan en sociedades nacionales⁴.

³ OTAEGUI, Julio C. “*La Sociedad constituida en el extranjero o sociedad externa*”, Errepar-DSE- N° 183- Febrero/03 – T.XV – Doctrina Societaria y Concursal, pág. 111. Este autor critica la postura que sostiene que sólo se inscribirán aquellas participaciones societarias que sean relevantes, porque afirma que en esas condiciones el art. 123 de la ley de sociedades sería inútil, ya que no habría que cumplirlo de ser la participación irrelevante, y si bien hay que cumplirlo cuando la participación es relevante, tal incumplimiento no generaría consecuencia alguna. Niega darle validez a esa postura pues para dicho autor la interpretación de una norma como “inútiliter datur” no es apropiada. ROVIRA, Alfredo, “*Sociedades extranjeras*”, Ed. Abeledo-Perrot, pag. 68/73, considera que lo que se persigue con la inscripción es la “visualización del socio” Otro autor que considera la necesidad de la inscripción cualquiera sea la participación es NISSEN, Ricardo A., en “*Panorama actual del derecho Societario*”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pag. 96, quien entiende que, de lo contrario sería incongruente con la finalidad que ha tenido en miras el legislador, ya que nada justifica discriminar sobre la magnitud de tal participación y teniendo en cuenta los fundamentos que inspiran al art. 123 de la Ley 19.550, tales como la soberanía y el interés público, resulta necesario conocer a todos quienes actúan en la República sean estas personas físicas o jurídicas. Este criterio ha sido avalado en la X Reunión Nacional de Autoridades de Control de Personas Jurídicas y Registro Público de Comercio, celebrada en San Miguel de Tucumán los días 4, 5 y 6 de Septiembre próximo pasado, en la que se concluye que “... no procederá la inscripción en el Registro Público de Comercio de instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en las que hubieran participado, sociedades constituidas en el extranjero, cualquiera haya sido la cuantía de dicha participación. En el caso de sociedades obligadas a la presentación de sus estados contables, la aprobación de los mismos y demás decisiones sociales, recaídas en la asamblea respectiva, serán declaradas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos. En los supuestos previstos en los párrafos anteriores, podrá aplicarse a los Directores de Sociedades por Acciones las sanciones previstas por el art. 302 de la Ley N° 19.550...”

⁴ Postura coincidente con la Resolución General N° 02/04 de la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de la provincia de Córdoba.

IV. ADQUISICIÓN DE INMUEBLES

Las relaciones que surgen de los derechos reales tienen carácter de permanencia. La calidad de propietario, origina una serie de derechos y obligaciones, entre ellas impositivas, que determinan la necesidad de considerar la compraventa de inmuebles a los fines no comerciales en nuestro país por sociedades extranjeras, como una “actividad habitual”, por lo que es loable la exigencia de inscripción en el Registro Público de Comercio de este tipo de operaciones. Cabe aclarar, que lo establecido por el artículo en estudio, ha recogido los lineamientos doctrinarios⁵, como así también, lo requerido por la actual Resolución General N° 8/03 de Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V. REPRESENTANTE

En cuanto a la representación de la sociedad extranjera en virtud del presente artículo - desarrollada en sus párrafos segundo y tercero - sostenemos que cuando el mismo expresa “...sin perjuicio de la actuación de sus órganos sociales o de otros mandatarios...”, daría a entender que la naturaleza jurídica de este representante en particular, es la del simple mandato; contradiciendo de esta manera el espíritu que tiene el anteproyecto de reforma en sus artículos 58, 59, 121 y 122, entre otros, en donde se ve plasmada la teoría del órgano en relación a este sujeto en particular. En consecuencia, y en pos de una redacción que no de lugar a interpretaciones disímiles, proponemos suprimir la palabra “*otros*” que es la que da a entender el concepto ut supra mencionado.

⁵ FOURCADE, Antonio Daniel “Curso de Sociedades: Parte General”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2000, pág. 279.

VI. EMPLAZAMIENTO A JUICIO

En relación a este aspecto, vemos la necesidad de incluir como requisito a cumplimentar por estas sociedades, el hecho de que fijen un domicilio social dentro de la jurisdicción de la sociedad en la cual van a participar o constituir a fin de resguardar los derechos de terceros, para el supuesto caso de que dicha sociedad sea emplazada judicialmente y su representante haya renunciado o que por cualquier circunstancia su cargo se encuentre vacante. De esta manera, las notificaciones de cualquier índole cursadas al domicilio de la sociedad extranjera en jurisdicción nacional, serán tenidas como válidas a todos los efectos. Por el contrario, el acreedor o persona interesada se vería obligado a notificarla en el extranjero, sumado a los costos requeridos en los respectivos exhortos a través de la vía diplomática, ocasionaría inconvenientes que probablemente impediría, en el caso concreto, el curso de la acción.

VII. EFECTOS DE LA NO INSCRIPCIÓN

La falta de inscripción en el Registro Público de Comercio de las mencionadas sociedades extranjeras, trae aparejada como sanción en el nuevo artículo del anteproyecto, la falta de legitimación para ejercer los derechos de socio, como el hecho de no ser tenida en cuenta su participación a los fines del cómputo para la determinación del quórum y de las mayorías.

Creemos acertada la postura sostenida en la nueva redacción del precepto, atento que, plasma de alguna manera el pensamiento de parte de la doctrina al cual nos adherimos, y es el de catalogar como inoponible, en la república, la actuación de una sociedad extranjera no inscripta en los términos del art. 123.

La consecuencia lógica del incumplimiento de la carga inscriptoria es el efecto propio de la inoponibilidad del instrumento carente de registración⁶. Es por ello, que en el caso previsto en el art. 123, tal

⁶ NISSEN, Ricardo A. "Panorama actual de Derecho Societario", Ed. Ad Hoc, Bs. As. 2000, pag. 113.

sociedad no podrá ejercer sus derechos de socia en la entidad participada, hasta tanto no cumpla con la carga registral prevista en la norma citada. No afectando el funcionamiento de la sociedad nacional participada, en la medida que no corresponda considerar la intervención de la partícipe extranjera a los fines de la constitución del quórum en las asambleas o reuniones de socios. Razón por la cual, la participación de la sociedad extranjera no inscrita, en la asamblea o reunión de socios determinará la nulidad de las decisiones adoptadas en ella, en caso de que su voto hubiera sido decisivo para la aprobación del acuerdo, además de las eventuales sanciones de la autoridad de control⁷.

VIII. CONCLUSIÓN

Sin desconocer el notable aporte positivo que significa el artículo en cuestión del anteproyecto de Reforma de la Ley 19.550, ya que de alguna manera, es un reflejo de lo que la mayoría de la jurisprudencia y doctrina han venido propugnando a través de los últimos años; no podemos darnos por satisfechos, debido a que es recién el comienzo de un cambio necesario, producto de relaciones económicas, políticas y humanas que en este mundo de globalización se encuentran en una constante mutación.

⁷ “*Cátena Jorge Armando c/Sydney Inversora S.A. s/ Medidas Precautorias*”, sentó la doctrina el sentido favorable a la procedencia de la suspensión provisoria de la ejecución de las decisiones asamblearias adoptadas por la sociedad local, cuando en la respectiva asamblea participó la sociedad extranjera controlante, titular del 50, 99 % del capital social de aquella, sin encontrarse inscrita la sociedad foránea en el Registro Público de Comercio.”