

COMISION IV

Profesor: ALBERTO VICTOR VERON

La sociedad comercial en una economía de cambioLA INTERPRETACION DEL ART. 123 DE LA LSC1.- ANTECEDENTES

El ALGS de 1967 disponía en su art. 118, 3º párrafo, que para asociarse y participar en sociedades en la República deberán previamente acreditar ante el juez correspondiente 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 y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso; los arts. 120 y 121 establecían los requisitos a cumplimentar entre los cuales incluía el de llevar contabilidad separada y el sometimiento a la fiscalización estatal si correspondía por el tipo social que se tratara. En la Exposición de Motivos del ALGS de 1967 se expresaba: Como no podía ser de otra manera, considera que asociarse se o participar en sociedades no es acto aislado. Es que "una sociedad constituida en el extranjero puede optar dentro de una diversidad de técnicas; participar, vincularse, controlar, fusionarse o escindirse; cualquiera que sea el procedimiento elegido se considera que se trata del ejercicio habitual del comercio" (1)

2.- REGIMEN ACTUAL

El art. 123 ha procurado concluir con los disensos advertidos durante el régimen anterior (arts. 285 a 287 del Cod. de Comercio y su aplicación jurisprudencial) estableciendo que la constitución de sociedad en la República no es un acto aislado por lo que le otorga un tratamiento específico y no necesariamente igual al de la sociedad constituida en el extranjero a que se refiere el art. 118 (ejercicio habitual en la República de actos comprendidos en su objeto social; e instalación de sucursal, asiento o cualquier especie de representación permanente). En otras palabras, esta última sociedad (art. 118), para tales actos, debe acreditar su existencia con arreglo a las leyes de su país, fijar domicilio en la República, cumplir con la publicación e inscripción que corresponda, justificar la decisión de crear dicha representación designando la persona a cuyo cargo estará la misma, llevar contabilidad separada, y, tratándose de sucursal, determinar el capital que se le asigne cuando corresponda por leyes especiales. Para constituir sociedad en la República (art. 123) la sociedad constituida en el extranjero deberá acreditar ante el juez de registro que se ha constituido de acuerdo con las le-

yes de su país respectivo (idem art. 118), e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, como así también la relativa a sus representaciones legales. (salvo las "reformas", por lo demás esta exigencia es similar a la del art. 118) en el Registro Público de Comercio y Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso. Como vemos las sociedades que se constituyen de acuerdo con el art. 123 no están obligadas a fijar domicilio en la República, ni a llevar contabilidad separada (2), ni a que se le asigne un capital.

No obstante, la fuente inmediata del art. 123 - el art. 118, párrafo 3º del ALGS de 1967 - acusa una clara diferencia con respecto a la expresión "para asociarse y participar en sociedades en la República", referida a la sociedad extranjera, párrafo este que resulta ahora suprimido por el de "constitución de sociedad" en la República por sociedades extranjeras; esta importante alteración, el cambio de ubicación de la norma a la que nos referimos, como la adecuación de la Exposición de Motivos a ésta diferencia (3), ha dado lugar a una abundante e laboración doctrinaria y jurisprudencial y jurisprudencial que examinaremos seguidamente.

3.- INTERPRETACION LITERAL Y LIMITADA AL ACTO FUNDACIONAL, FUNDAMENTOS

a) "A través del lenguaje empleado por la Ley de Sociedades, "constituir" y "fundar" son usados en el mismo sentido (arts. 4, 17, 21, 28, 32, 84, 149, 165, 166, 168, 170, 175, 179, 182, 183, etc.), pero en cambio "integrar", "formar parte", "incorporarse" (arts. 21, 30, 31, 32, 33, 155, 369, etc.) son usadas en sentido totalmente distinto" (4)

b) El inc. f) del art. 369 no dispuso que las sociedades constituidas en el extranjero, que a la fecha de sanción de la LSC participen en sociedades constituidas en la República, deban cumplir en un plazo determinado lo dispuesto en el art. 123, limitándose sólo a ordenar la adecuación a los arts. 118 a 120 a aquellas sociedades constituidas en el extranjero que ejercieren habitualmente en el país actos comprendidos en su objeto social (5)

c) La inscripción del estatuto social de una sociedad extranjera que participa en una sociedad nacional resulta irrelevante a los fines de los arts. 30 a 33 de la LSC, pues al no exigírseles llevar contabilidad ni a presentar sus estados contables carece de efectividad el control que esa regulación dispone; en todo caso, y en tratándose de la observancia de los arts. 32 y 33, su cumplimiento legal surgirá de la documentación y contabilidad de la sociedad local (6). Es que, por otro lado, el sistema de control y registro se encuentra adecuada y eficientemente satisfecho a través de las normas sobre registro de inversores extranjeros, llenando el aparente vacío legislativo de la LSC (Ley 21382, arts. 2, 4 y 10; y arts. 2.3 29 a 32 y 50 a 56 del decreto reglamentario) (7).

d) La Exposición de Motivos, al referirse a las sociedades constituidas en el extranjero, está redactada de manera confusa, especialmente cuando se refiere al requisito de la inscripción y al sometimiento a la ley nacional, como dos exigencias inseparables, siendo que la mera inscripción no implica sometimiento alguno, el que pueda darse sin necesidad alguna de inscripción; por lo demás, implica un trámite ineficaz, engorroso y complicado (8). En otras palabras, "Atendiendo al aspecto práctico de la cuestión presenta una total intrascendencia el archivo de estatutos de sociedades constituidas en el extranjero que, por otra parte, aflorarán como socias de las sociedades nacionales sólo cuando lo deseen

y cuando no arbitrarán los medios para permanecer ocultas. Mientras que si resulta coherente, en la etapa constitutiva de la sociedad y como elemento previo de la misma, exigir se acredite la capacidad o la legitimación a los efectos de la concurrencia al otorgamiento del acto de que se trata. Este último es un supuesto similar al del menor mayor de 18 años autorizado para el ejercicio del comercio que interviene en el acto fundacional o al de quien hace lo propio invocando representación de tercero, quienes deben acreditar formalmente la habilitación o legitimación que invocan" (9).

e) El art. 123 de la ley 19.550, en tanto ha sido expresamente redactado con una modificación sustancial con respecto al Anteproyecto de la ley de Sociedades debe interpretarse, como todas las leyes, con un criterio de razonabilidad, oportunidad y correcto ajuste a las condiciones fácticas de cada caso; ello llevará a soluciones justas, que implican la adecuada interpretación de la tésis de la normativa a estudio, lo que importa dar certeza y proveer razonables decisiones a situaciones de control, participación o vinculación entre sociedades existentes en el país y otras constituidas en el extranjero (10). La resolución final de este fallo se inclinó por la no aplicación del art. 123 en virtud, sostenía, de que la firma extranjera prestaba un servicio de preponderante interés público (integraba una S.A.C.P.E.M.; Hierro Patagónico de Sierra Grande S.A.), de que la participación era mínima y de que su actuación en la asamblea obedeció a intensas gestiones del directorio (11)

4.- INTERPRETACION EXTENSIVA A LAS PARTICIPACIONES. FUNDAMENTOS

a) Si bien es cierto no parece posible ni razonable que la adquisición de una sola acción o de varias no significativas, de lugar a considerar como participación sujeta a las exigencias del art. 123, es inevitable, de cualquier manera, que la regulación y control de la participación extranjera en sociedades locales se sujete a leyes especiales (v. gr., ley de inversiones extranjeras) y a normas de la LSC a propósito (12) como las que contienen los arts. 31, 32 y 33 sobre la limitación participativa, la prohibición de participaciones recíprocas, y el concepto de sociedades controladas y vinculadas (13). De aquí que cuando la Inspección General de Personas Jurídicas comprueba que la participación societaria otorga el control a la sociedad constituida en el extranjero, y con mayor razón, si la sociedad que se constituye en la República es una subsidiaria integral, debe ejercitar las atribuciones que la legislación le confiere en orden a su fiscalización permanente (14)

b) No facilitar la burla al régimen legal mediante la aparición de socios ficticios y personas sin responsabilidad representativa, además de resultar equitativo con las sociedades nacionales a las que hay que "seguirles el rastro" durante el tiempo en que su vínculo social se mantenga (autoridad registral o de contralor) sujetas a un riguroso régimen de responsabilidades y deberes principalmente en materia contable (arts 82 y ss., LSC) (15).

c) El término constituir empleado por el art. 123 comprende no solo formar parte fundacional sino también participar en sociedad existente en la República dada la naturaleza jurídica de la sociedad (16).

d) Limitar el alcance del art. 123 al solo acto constitutivo inicial significa una interpretación frustránea del fin de la norma y de los intereses que a

su través se ha procurado tutelar (17). "Toda la problemática de la actuación extraterritorial de las sociedades es usualmente conectada con la capacidad; y esta noción referida a las personas colectivas debe ser asumida a través de un proceso técnico - interpretativo y no lógico-abstracto" (18)

e) Sobre la cuestión planteada por el art. 123 de la ley 19.550 deben distinguirse dos situaciones: una la producida con el movimiento de capital originado en la simple compraventa de acciones y otra muy distinta, la que crea la participación del accionista en asamblea de la sociedad, con facultad decisoria sobre la actividad y desenvolvimiento social. Es evidente que en el segundo de los supuestos si la sociedad integrante es extranjera debe estar registrada en el país, Admitir lo contrario equivale tanto como admitir que los arts. 31, 32 y 33 de la ley de sociedades no registrarán en el caso que la socia sea una sociedad extranjera (19). En sentido similar se expresó que: Se excluye del ámbito del ámbito del art. 123 a las adquisiciones circunstanciales de acciones, como pueden ser las inversiones a breve término de sobrantes financieros, pues es evidente que tal tipo de operaciones no puede involucrarse en el concepto de constitución de sociedades ni razonablemente puede reclamar la aplicación del art. 123. (20)

f) La limitación del cumplimiento de los requisitos prescriptos en el art. 123 de la ley 19.550 al solo supuesto de una constitución fundacional, dejaría con frecuencia sin aplicación a la norma en otros casos donde media la misma razón legal; pero además, tal interpretación permitiría eludir fácilmente, en la práctica, lo establecido por el art. 124. Basta soslayar la etapa fundacional de una sociedad y recurrir a la flama "compra" de sociedades ya constituidas e, inclusive, a veces, constituidas con la sola finalidad de ser puestas en venta. El precio a pagar por estas sociedades sería, al mismo tiempo, el precio pagado por sustraerse a la aplicación de una norma en la que está comprometido el interés público (21). O también que si solo la constitución de sociedades requiriera la inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad extranjera que participa en aquella, bastaría con evitar este paso para que una vez nacida la sociedad pudiera participar en ella sin ninguna contrapisa. Evidentemente, en tal caso, el art. 123 de la ley 19.550 sería letra muerta (22).

g) 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 al art. 123 de la ley 19.550 como inclusivo de la hipótesis de participación en sociedad existente en la República, sin que constituya óbice la sobrevenida alegación del cese de la sociedad extranjera en su calidad de accionista. (23). "Debe tenerse en cuenta que no solo está en juego el principio de soberanía y de contralor de las entidades mercantiles, sino también el interés de quienes contrataran con la sociedad así constituida para juzgar la eventual responsabilidad por el pasivo social, principio e interés que resguarda la solución del voto de la mayoría (24).

5.- NUESTRA OPINION: CONCLUSIONES

a) Sin perjuicio de reconocer que la Exposición de Motivos no resulta lo suficientemente clara como apoyo de una interpretación del art. 123 que comprenda no sólo el acto constitutivo sino también la participación de una sociedad extranjera en una sociedad constituida en la República; y a pesar de los esfuerzos por hacer incidir, objetando esta posición, la disimilitud, en la normativa

societaria, del empleo de las palabras "constituir" o "fundar" a los términos "integrar", "formar parte" o "incorporarse"; debe darse prevalencia interpretativa a la naturaleza jurídica de la sociedad como un todo dinámico compuesto de disposiciones normativas concatenadas, en función del fin armónico por éstas perseguido, por sobre el elemento gramatical o literalidad de un texto que irrita a aquella finalidad conduciendo a consecuencias no queridas por el legislador. Alrededor de esta pauta general debiera desarrollarse el criterio judicial de razonabilidad, oportunidad y peculiaridades de cada caso.

b) No emplear el sistema hermenéutico insinuado precedentemente conduciría a arriesgar los principios soberanos de la República, frustrando todo un sistema de control a que deben ser sometidas las sociedades comerciales en las que tomen participación sociedades constituidas en el extranjero, máxime cuando la sociedad nacional presta un servicio público.

c) El régimen participacional sujeto a las exigencias del art. 123 no puede ser otro que el previsto en la LSC (arts. 31 a 33) en cuanto impone límites a dicha participación, prohíbe las participaciones recíprocas, y define a las sociedades controladas y vinculadas. Toda otra operación o negociación accionaria marginadas de este sistema de control -como las participaciones o adquisiciones que no alcanzan los porcentuales estipulados en estos artículos, ó la mera compra-venta de acciones como acto aislado o circunstancial - no caen en el ámbito de influencia del art. 123, ello, claro está, sin perjuicio de que se apliquen las normas sobre inversiones extranjeras (u otras leyes especiales) y la teoría de la penetración cuando se advierta la afectación del interés público..

NOTAS

- (1) Orchansky, Berta Kaller de, Las sociedades comerciales en el Derecho Internacional argentino, LL, 147-1208
- (2) Cfme.: CNCom. Sala C, 5/11/76, LL, 1977 - A - 473; ver también, a mayor abundamiento, Rovira, Alfredo R., Sociedades constituidas en el extranjero, LL, XXXV-1977-685/689; contra; Polak, Federico Gabriel, La sociedad extranjera socia, 2º Congreso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979, Cámara de SS AA., comisión II, p. 264.
- (3) Exp. Mot. C.I., S. XV, 2: "Como no podía ser de otra manera, considera (la comisión) que constituir sociedad en la República no es acto aislado".
- (4) Viano, Maria Isabel Bisio de y Richard, Efraín Hugo, La inteligencia del art. 123 de la ley 19.550 y las inversiones extranjeras. JA, 978-IV-352, apoyando se en el voto minoritario (Dr. Alberti) de la CNCom., Sala D, 11/10/78, LL, 1979-C- 552 y JA, 979-III-400.-
- (5) Idem nota (4) precedente
- (6) Roimiser, Mónica de, El caso Parker Hannifin Argentina S.A. Algunas reflexiones acerca del art. 123 de la ley de sociedades y de su relación con los arts. 31, 32 y 33, ROCCO, 1977 - 732; O'Farrel, Ernesto, Una nueva formalidad innecesaria, LL, 1978-8-344
- (7) Viano y Richard, La inteligencia del art. 123, JA, 978-IV-353/354.

- (8) Idem nota (7) precedente.
- (9) Richard, Escuti (h) y Romerc; Manúal, p. 29, Contra este argumento se expresó que "Si la norma en la práctica resulta rigurosa y se demuestra que produce verdaderos entorpecimientos en la motividad empresarial, se podrá eventualmente estudiar su modificación, pero ello no justifica llegar a conclusiones que no se compadecen ni con el espíritu ni los antecedentes de la disposición legal" (Zaldivar, E., y Rovira, A.L.; El art. 123 de la ley 19.550 Una plémica concluída en torno de su alcance, TOCO, 1979 - 736).
- (10) CNCom., Sala A, 13/2/80, LL, 1980-8-26-
- (11) Una crítica a este fallo ver en: Nazary, Félix, Una discutible interpretación del art. 123 de la ley de sociedades, LL, 1980 - D - 1010.-
- (12) Le Pera, S., Cuestiones de derecho comercial moderno, Astrea, Es. As. 1974, ps. 227/228.
- (13) "No sucede lo mismo con la compra de acciones, siempre que no se incurra en la aplicación de los arts. 31, 32 y 33, L.S., que se inspiran en el interés público y así impedir que se burle el art. 120" (Halperin, Curso, t. I, p. 300); CNCom., Sala C. 21/3/78, LL, 1978 -8-343- tratándose de sociedades anónimas, ello solo es necesario cuando la sociedad constituida en el extranjero concurre a su fundación o cuando posteriormente adquiere acciones que le otorgan el control de derecho o simplemente de hecho, como asimismo en los supuestos en que, sin adquirir tal posición, participa activamente con sus acciones en el ejercicio de los derechos de consecución, dato revelador de que no es una fugas u ocasional accionista.
- (14) CNCom. Sala C, 5/11/76, LL, 1977 - A - 473
- (15) Rovira, A.L., Reflexiones acerca del régimen de las sociedades extranjeras que actúan en la República, LL, 155-989
- (16) Rovira, Reflexiones, LL, 155-989, quien agrega: "tanto constituye sociedad aquel que se asocia originariamente con otro para fundar una sociedad como aquel que se asocia a otras personas, ya socios, en sociedad existente". Halperin, Curso, t. I, p. 300: "no es solo participar en el acto de fundación, sino también adquirir posteriormente parte en Sociedades de interés o de responsabilidad limitada"; CNCom., Sala B, 2/6/77, LL, 1977-C-597; CNCom., Sala C, 21/3/78, LL, 1978-B-343; Rovira, Sociedades constituidas en el extranjero, LL, XXXV-684/685: "A nuestro entender el artículo 123 debe aplicarse ya se trate de sociedades 'intuitu personas', por cuotas o por acciones y si bien puede resultar incómodo exigir su cumplimiento en este último caso, 'ubi lex non distinguit, non distinguere debemus' y en consecuencia toda vez que un accionista sociedad extranjera pretenda ejercer los derechos derivados de su status socii, originario o derivado, deberá encontrarse plenamente habilitado para ello, es decir, cumplir con el artículo 123 dado que tal requisito calificará al socio para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de las obligaciones emergentes de su calidad de socio en la República"; CNCom., Sala D, 20/7/78, LL, 1978-C-523 y ED, 79-390, precorizando un criterio amplio; Zaldivar y Rovira, El art. 123 de la ley 19.550, TOCO, 1979-731 y ss.; Fargosi, Horacio P., Anotaciones sobre el límite de votos del art. 350 del Código de Comercio y la Ley de Sociedades Comerciales, LL 150-1009; Zaldivar, Régimen de las empresas extranjeras, ps. 85/86; CNCom.

Sala C, 5/11/76, LL, 1977-A-473.-

- (17) Fargosi, Nota sobre los alcances e interpretación del art. 123, LL, 1977-C-595, apoyándose en criterios hermenéuticos reiteradamente recordados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, principalmente: a) la finalidad perseguida por la norma debe computarse al interpretar las leyes, indagando, por encima de o que parecen decir literalmente, lo que dicen jurídicamente; b) en la interpretación de la ley debe evaluarse la totalidad de sus preceptos y los propósitos finales que la informan; c) la discreta y razonable interpretación de la ley impone que sus preceptos deben ser entendidos en forma tal que se cumpla el propósito legislativo, no siendo procedente limitaciones que conduzcan a la razonable explicitación de la voluntad del legislador. Mas recientemente se expresó que la indiscutible importancia del elemento gramatical en la interpretación de la ley no prevalece frente a una interpretación finalista que, más allá de la literalidad de los textos, indaga lo que jurídicamente expresa la norma. No cabe entonces, que la interpretación se circunscribe el significado de las palabras de un texto, si advierte que el resultado al que se arriba está en pugna con la finalidad perseguida, conduciendo a consecuencias desacertadas o disvaliosas (CNCCom., Sala C, 21/3/78, ED, 77-476).
- (18) Fargosi, Nota sobre los alcances e interpretación del art. 123, LL, 1977-C-597
- (19) CNCCom., Sala E, 2/6/77, LL, 1977 - C- 597; CNCCom., Sala A, 23/6/77, Guzmán Frontaura c. Torres Astigueta: la compra de acciones por una sociedad extranjera en el país, constituye un acto aislado.
- (20) CNCCom., Sala C, 21/3/78, ED, 77-476 y RLL, XXXVII- 1968 - 24
- (21) CNCCom., Sala C, 21/3/78, ED, 77-476 y RLL, XXXVII- 1968 - 23
- (22) CNCCom., Sala B, 2/6/77, LL, 1977-C-597
- (23) CNCCom., Sala B, 20/10/78, LL, 1979-C-95
- (24) Migliardi, Francisco, Inscripción registral de sociedades extranjera que participa en sociedad existente en el país, LL, 1979 - C - 563.