

INNECESARIEDAD DE LA INSCRIPCIÓN DEL ART 123 CUANDO LA SOCIEDAD EXTRANJERA ESTÁ INSCRIPTA DE ACUERDO AL ART 118 DE LA LEY DE SOCIEDADES

María Acquarone

PONENCIA

La inscripción de la sociedad extranjera para el ejercicio habitual de actos de comercio, (art 118) comprende la constitución de sociedad comercial en la Argentina y la suscripción de capital de sociedad argentina ,(art 123) ya que estas actividades, son parte de los actos comprendidos en el ejercicio habitual al que se refiere la norma del art 118 de la ley de sociedades, no requiriéndose en estos casos la inscripción prevista en el art 123 de la misma ley.

NATURALEZA DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL SOCIETARIA

Las inscripciones registrales tienen, según los efectos que le asigna la ley, distintos sentidos. Por una parte el de la llamada publicidad formal que es la publicidad noticia, y por la otra la publicidad material que le da al acto efectos sustantivos. En la ley de sociedades no hay una normativa general respecto de la registración, solo encontramos normas aisladas referidas a situaciones en particular .

El caso de la registración como publicidad noticia es el de los contratos de colaboración empresaria regulados en la ley de sociedades, que no le agrega efectos sustantivos al contrato en sí mismo sino que a través de la registración se conoce que se trata de un contrato regulado en la ley de fondo y no una sociedad de hecho. La registración societaria que produce efectos sustantivos porque transforma la situación jurídica existente es la del artículo 7 de la ley ya que la sociedad registrada adquiere el tipo y se convierte en regular. Si bien es sujeto de derecho desde la constitución los derechos y obligaciones de las partes, desde el punto de vista interno , entre los socios o con terceros en la esfera vinculante , se transforman en la sociedad conformada según el tipo adoptado después de la inscripción registral. Por otra parte la registración que reglamenta el artículo 12 otorga oponibilidad frente a terceros del acto societario registrado . En este contexto de normas registrales se encuentran la del artículo 118 y el 123 .

SENTIDO DE LA REGISTRACION IMPUESTA EN EL ART 118

Cual es el sentido que le otorgan las normas a esta registración? No aparece tan claramente reglamentados los efectos de esta registración, de modo que ha sido ardua la tarea de la doctrina para dirimir el sentido de la misma. No establece como en el artículo 7 una consecuencia tan terminante como la de la regularidad o como la del artículo 12 respecto de la inoponibilidad. Por otra parte surge claramente que en virtud del principio del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera, ésta existe regularmente antes de la inscripción en el Re-

gistro local . Ciertamente uno de los principales efectos es la publicidad noticia ya que es importante conocer y tener un registro de las sociedades extranjeras que actuan en el pais, y el otro efecto es someter al control del organismo que fiscalice en el orden local los actos realizados por la sociedad extranjera. La cuestión es respecto de las sociedades que en infracción a lo que dispone la norma del art 118 no inscriben su representación o sucursal, es decir no se someten al contralor mencionado.

A este respecto se ha sostenido que cuando la sociedad no cumple con la registración dispuesta por el art 118 de la ley 19.550 se considera sociedad irregular sujeta a las disposiciones de los art 21 y siguientes de la Ley de Sociedades ¹ postura que no ha logrado adeptos y si la que sostiene que la responsabilidad de los administradores, socios y controlantes que violaron las disposiciones legales pertinentes, acotando Favier Dubois que los efectos externos e internos de la sociedad no constituida regularmente solo se pueden aplicar a los representantes y socios que esten en el país.²

De acuerdo a lo expuesto, la inscripción requerida por el artículo 118, se realiza en ejercicio del poder de policía del estado Argentino, y produce efectos de importancia aun cuando no esten explicitados en la norma. Así Halperin sostuvo que se trataba de normas de orden público que constituían el límite de la ley argentina al principio de extraterritorialidad , mientras que para Boggiano no constituye la inscripción un limite sino la exclusión del derecho extranjero .Así la responsabilidad de los representantes queda solo regida por la ley argentina.³

SENTIDO DE LA REGISTRACION DEL ART 123

Veamos ahora cual es el sentido de la registración impuesta en el artículo 123.La ley impone a toda sociedad extranjera la inscripción de sus estatutos para la constitución de sociedades en la Republica Argentina. Históricamente, se interpreto literalmente el artículo exigiéndose unicamente para la constitución pero a partir de la interpretación jurisprudencial en los casos “Parker Hannifin Argentina S.A.”y “A.G. Mc Kee Argentina S.A” con las morigeraciones posteriores de “Hierro Patagonico de Sierra Grande S.A.”⁴ se exige tambien para la suscripcion de capital en sociedades ya constituidas. El sentido, dice Boggiano es asegurar la responsabilidad del socio y del control societario, de modo que deben presentar sus credenciales, que esclarezca el regimen que esa sociedad tiene en el pais de origen porque como socio, va a regir la ley del país de origen.

Ello claro está siempre y cuando la sociedad no ejerza con habitualidad su actividad , bien haya inscripto su represetación o ejerza la actividad en infracción

¹ BENSEÑOR, Norberto , “Actuacion extraterritorial de sociedades “ Editorial AD-HOC pag 166 con citas de Veron Alberto que el autor no comparte ya que sostiene la irregularidad como efecto, y apoyando a Maria Barrau, que opina que son responsables los administradores, socios y controlantes que violaron las disposiciones legales pertinentes

² BENSEÑOR , Norberto, cita a Favier Dubois Eduardo M. Derecho Societario Regsitr al Ad- Hoc pag 208

³ BOGGIANO Antonio “DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO” Tomo II Tercera Edición Abeledo Perrot 1991, pag 85

por la falta de ella. A nuestro entender el ejercicio de actividad habitual la hace incurrir a la sociedad en otro supuesto que es el del art 118, en cuyo caso no se requiere la inscripción del art 123, porque es subsumida por el primero. Lo que si resulta claro es que la sociedad no necesita , inscribir una representación ni sucursal para constituir o suscribir capital.

COMPARACIÓN ENTRE AMBAS REGISTRACIONES

Nótese que si la sociedad se encuentra inscrita de acuerdo con lo que establece el art 118, ha cumplido con la finalidad de la norma del art 123, a tal punto que si no fuera así, se reproduce la documentación requerida duplicandose inutilmente la documentación archivada de la sociedad extranjera sin agregar nada en particular. Se ha sostenido que el órgano societario debe autorizar especialmente a la sociedad para constituir sociedad o suscribir capital mencionando especialmente al art 123. Creemos que ésta es una cuestión entre la sociedad y quien actúa en su nombre, de relaciones internas entre el ente y quien ejerce su representación orgánica, y que así como no requerimos en forma especial la autorización respecto de actos que significan un compromiso obligacional de importancia , o inversiones que comprometen el patrimonio societario, tampoco debemos requerir la autorización especial cuando la sociedad, que ha resuelto ejercer actividad habitual en la Republica, decide asociarse y formar parte de una sociedad argentina , ya que se haya subsumida la inversión en sociedades en ella.

Boggiano al respecto dice, que la sociedad constituida en el extranjero podrá estar representada en la Argentina convencional y especialmente para constituir determinada sociedad⁵, lo que ha sido interpretado como que deberá . El sentido a nuestro entender es que si, la sociedad no tiene representante podrá hacerse representar a estos efectos por un apoderado especial, y aun cuando lo tenga también podrá tener un apoderado para estos efectos, pero no interpreta que ocurre cuando si hay representante inscripto en virtud del art 118.

CONCEPTO DE EJERCICIO HABITUAL

También el concepto de ejercicio habitual ha sido objeto de interpretación por la doctrina, ya que la habitualidad es un concepto subjetivo sujeto a límites difusos con opiniones mayoritariamente fiscalistas, provenientes de la Dirección General Impositiva ⁶Se podría concluir que la radicación de una sociedad consiste en la radicación impositiva, de modo que cuando la misma no se considera beneficiaria del exterior desde el punto de vista tributario, se puede considerar radicada para los efectos jurídicos.

Ahora bien, a nuestro criterio, si bien podría haber dudas respecto a si la actividad es habitual o esporádica , no las puede haber respecto de que uno de los actos a los que se refiere el ejercicio son las inversiones, y éstas pueden estructurarse a

⁴ Todos estos fallos in extenso citados y comentados en BOGGIANO Antonio, OB CIT PAG 106

⁵ BOGGIANO Antonio, ob cit pag 112

⁶ BOGGIANO, Antonio, ob cit pag 78

traves de la adquisición de participaciones societarias o de constitución de una sociedad para la realización de un negocio con un socio local. La exposición de motivos de la Ley de Sociedades, expresa claramente que constituir sociedad en la república no es un acto aislado, y por lo tanto, la subsume en el concepto de actividad habitual.

CONCLUSION

Por lo tanto considero, que si la sociedad extranjera no se ha inscripto para el ejercicio habitual, podrá hacerlo sólo de sus estatutos tal como señala el art 123, al efecto de que el organismo de contralor verifique la legalidad de la constitución de la misma de acuerdo a las leyes de su país, que es una inscripción mas sintetica y abreviada, para la cual basta un apoderado especial. Pero por el contrario si la sociedad ha resuelto por el órgano que corresponda realizar la actividad de su objeto a traves de una representación o a traves de una sucursal, ha resuelto consecuentemente la posibilidad de constituir sociedad o suscribir capital en cualquiera de sus formas en una sociedad local y no se requiere una inscripción adicional. En este caso podrá hacerlo a traves del representante inscripto o a traves de un apoderado especial. A mayor abundamiento sostenemos que si ello fuera así, se superpondrían dos inscripciones idénticas, sin otro sentido, mas que la burocratización del trámite, ya que esta nueva inscripción no le agrega nada a la ya realizada.