

## LA ACTUACIÓN DE SOCIEDADES "EXTRANJERAS" Y LA ACTIVIDAD NOTARIAL

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h.)

### SUMARIO

Introducción. A. Realización de actos aislados. B. Ejercicio habitual de actos del objeto. C. Participación en sociedad nacional: a) Principio; b) Alcances; c) Aplicación de las reglas sobre participación. D. Sanciones. E. La actividad notarial: a) Cumplimiento de los recaudos legales; 1. Ejercicio habitual. 2. Participación en sociedad. 3. Fraude a la ley nacional. b) Otorgamiento de escritura por sociedad extranjera; c) Escritura de sociedad nacional participada por extranjera.

### INTRODUCCIÓN

Al abordar el tema de las sociedades "extranjeras", denominación utilizada por mera comodidad verbal para señalar a las que nuestra ley 19550 califica con mayor tecnicismo como "sociedades constituidas en el extranjero", cabe establecer una precisión preliminar, a saber, diferenciar la cuestión de la nacionalidad de las sociedades de la correspondiente a la extraterritorialidad de éstas.

La noción de nacionalidad es relativa a la posibilidad de atribuir un cierto status jurídico o asignar un vínculo con determinado país, en mérito a ciertas características que serían "atributivas" de ella.

En cambio, la extraterritorialidad se refiere al reconocimiento o negación de la calidad de sujeto de derecho y de las posibilidades de actuar en consecuencia en un país distinto del de origen(1).

Este trabajo pretende considerar sumariamente esta última cuestión, con particular referencia al quehacer notarial.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que los recientes acontecimientos internacionales que afectaron a nuestra patria han demostrado la inconsecuencia de las posturas negatorias de la nacionalidad de las sociedades(2). Obviamente que, por tratarse de entes de existencia ideal, cuyo ser integra la categoría aristotélica de relación, no podrá afirmarse la existencia de un vínculo de derecho público entre ellas y un determinado Estado, pero sí cabe asumir la relación con otras proyecciones, como las que condicionan el ejercicio de determinadas actividades sólo a quienes presenten determinadas características "atributivas" de nacionalidad(3).

Retomando el tema de la extraterritorialidad, y no obstante aludir el art. 118 de la ley 19550 al "lugar de constitución", la ley aplicable en cuanto a la existencia y forma del ente extranjero es la del "domicilio". Ello, por cuanto la expresión ha de vincularse con otras disposiciones, como son las de los arts. 5º y 11 inc. 2º de la ley de sociedades, en cuanto vinculan la constitución al lugar del domicilio, vinculación que es también regla en el derecho comparado(4); y, por sobre ello, por cuanto el art. 124 de esa ley aplica la ley argentina a la sociedad constituida en el extranjero que tenga su "sede" (domicilio efectivo) en el país, con similar criterio que el seguido por la legislación consursal (arts. 2º, inc. 5º y 3º, inc. 3º de la ley 19551)(5).

Los supuestos legales de actuación extraterritorial de sociedades extranjeras en el país son básicamente dos: la ejecución de "actos aislados" (art. 118, 2º párrafo) y el "ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social" (art. 118, 3º párrafo).

La constitución de sociedad en la República, a que alude el art. 123, no sería sino una subespecie de esta última categoría, sujeta a una regulación especial(6).

Por su parte, el supuesto de fraude a que alude el art. 124 no configura un caso de actuación sujeto a normativa específica, sino que arroja como resultado, en caso de tener la sociedad extranjera su "sede" o principal objeto "destinado" a cumplirse en el país, la lisa y llana aplicación de la ley nacional, tanto para juzgar la constitución y forma como los demás aspectos relativos a ella.

#### A. REALIZACIÓN DE ACTOS AISLADOS

El art. 285 aludía a esta categoría, determinando por exclusión los sujetos que podían "practicar [...] los respectivos actos de comercio", siendo aquellos las sociedades legalmente constituidas en país extranjero que no tuvieran asiento, sucursal o cualquier especie de representación social en la República.

Se había discutido, incluso, la existencia de tales actos, ya que algún autor sostuvo que siempre era necesario contar con algún representante social para el otorgamiento de cualquier acto, lo que lo excluiría del ámbito de la norma. No obstante ello, la mayoría doctrinaria entendió que las sociedades excluidas eran aquellas que tuvieran representación "permanente"(7) .

Este último criterio es el ahora receptado por la ley, debiendo destacarse que la referencia a "actos", sin aludir exclusivamente a que sean "de comercio", les autoriza a practicar actos "civiles" sin ningún requisito previo. Ello, sin perjuicio de la vigencia del plenario de la Cámara Civil del 30/10/20(8) vedándoles la adquisición de inmuebles, lo que determinó la creación pretoriana de inscripciones, en el Registro Público de Comercio, de sociedades extranjeras "al sólo efecto de la titularidad inmobiliaria", que aún se practica con presupuestos similares a los del art. 123.

Más allá del caso apuntado, subsiste la polémica de la interpretación, amplia o restringida, relativa a la noción de acto aislado, nacida en los imprecisos límites entre la habitualidad y las relaciones más o menos permanentes que originan algunos actos aún de conclusión instantánea(9). De todos modos, sigue teniendo validez aquel ejemplo citado ya por Malagarriga de la sociedad extranjera que se presenta a una licitación pública en el país. La sola presentación constituye un acto aislado, pero, si resulta adjudicataria, entonces tendrá que cumplir con las reglas relativas al "ejercicio habitual", a efectos de su actuación consecuente.

#### B. EJERCICIO HABITUAL DE ACTOS DEL OBJETO

La noción de "ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social", a que alude el art. 118, 3º párrafo, es amplia y contrapuesta a la de "acto aislado", comprendiendo tanto la mera designación de un representante no ocasional como la instalación formal de una sucursal.

Para esta actividad, la ley exige dos clases de requisitos: por un lado, los relativos a la justificación por parte de la sociedad extranjera de existir como ente ideal y de identificarse debidamente (inc. 1º); y, por el otro, los concernientes a las modalidades que hacen a su concreta actuación, publicitándolos (domicilio, representante, capital e inscripción: incisos 2º, 3º y parte final).

Tales disposiciones se complementan con las normas de los arts. 120 y 121 sobre contabilidad separada y status de los representantes, así como con la del art. 122 sobre emplazamientos judiciales.

La actual redacción del texto legal supera a la del anterior art. 287 del Código de Comercio, que dio lugar a la cuestión mencionada en el capítulo anterior, segundo párrafo, debiendo, asimismo, considerarse derogada la ley 8867, que eximía del requisito de la autorización gubernamental para funcionar a las sociedades extranjeras que acreditasen reciprocidad,

puesto que rige ahora un sistema de constitución "normativa" para todos los tipos de sociedades, habiéndose abrogado el régimen de la autorización del art. 323 del Código citado.

## C. PARTICIPACIÓN EN SOCIEDAD NACIONAL

### a) Principio

El art. 123 regla el caso de la "constitución" de sociedad en la República, estableciendo una serie de requisitos para ello que encuadran dentro de la primera clase de los mencionados en el capítulo anterior, o sea, los relativos a la justificación, por parte de la sociedad extranjera, de existir como ente ideal e identificarse debidamente, lo que se cumplimenta con la inscripción, en el Registro Público de Comercio, de la documentación respectiva, como recaudo de publicidad.

El fundamento de la norma surge de considerar la participación en sociedad nacional como actuación incurra en el ejercicio habitual del comercio en el país, con la modalidad propia de su ejecución mediante sociedad nacional, como ya fue apuntado. Este criterio consagra la opinión de la doctrina comercialista, sobre el tema, a partir del precedente "Roure Dupont Argentina S.R.L."(10), que había sido rechazada por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso caso "Corporación El Hatillo, tercería de dominio en autos Potosí S.A. c/Coccaro A.P."(11), duramente criticado en su momento.

Está claro que en la actualidad los requisitos difieren de los propios del "ejercicio habitual", siendo establecidos en el mentado art. 123.

### b) Alcances

¿Qué debe entenderse por "constituir" sociedad? Si nos atenemos literalmente a la mera participación en el acto constitutivo con el carácter de fundador, podrá fácilmente burlarse la norma mediante el expediente simple de hacer constituir sociedad a dos prestanombres, y adquirir al día siguiente la respectiva condición de socio, por vía de transferencia de parte social.

De allí que la doctrina acepte, en principio y fuera del caso de las sociedades por acciones, que la norma se entienda también relativa a la participación posterior a la constitución. Ello, se dice - entre otros argumentos -, porque el ingreso supone modificación del contrato, la que, como tal, debe ajustarse a los requisitos propios de la constitución.

En el ámbito de las sociedades por acciones, la solución no es pacífica: habría consenso en afirmar que la mera compraventa de acciones por una sociedad extranjera no la hace incurrir en la hipótesis del art. 123. Pero, a partir de allí, las fórmulas no son precisas.

En una posición seguida por mayoría, Halperín sostiene que si la sociedad extranjera controla a la sociedad nacional (art. 33) o es elegida para integrar el directorio o el consejo de vigilancia, o participa en la asamblea, debe cumplir con el art. 123 citado(12), postura también compartida por la Jurisprudencia en general(13).

En cambio, algunos pronunciamientos sólo consideraron la exigencia para el caso de tener la extranjera la "posibilidad de conducir" a la sociedad nacional(14) o cuando era poseedora de un porcentaje de acciones relevante a los fines del art. 33, segundo párrafo de la ley (vinculación a partir del 10 por ciento)(15).

Sobre el punto entendemos que deben ser diferenciados dos aspectos: por un lado, el de cuál es la situación que crea en la sociedad extranjera la obligación de inscribirse en los términos del art. 123; y, por el otro, cuál pueda ser el efecto de un eventual incumplimiento cuando se presenta al Registro Público de Comercio un acto de una sociedad nacional en el que aparece votando la sociedad extranjera no inscrita.

En cuanto al primer aspecto, a nuestro juicio no caben dudas en el sentido de que, sobre la base de la identidad de situaciones entre "constituir" y "participar", la sociedad extranjera que ingresa como socia en una sociedad nacional (de cualquier tipo) debe inscribirse en los términos del art. 123 bajo apercibimiento de las sanciones que se analizan infra.

Distinta es la solución a la segunda cuestión, ya que la autoridad registral sólo debe denegar el pedido de inscripción de un acto de una sociedad nacional cuando, restando las acciones de la partícipe extranjera no registrada, aquél no alcance los presupuestos exigidos por la ley para su validez (quórum y mayorías, en su caso)(16). De lo contrario, deberá hacer lugar a la registración a pesar del incumplimiento del art. 123, ya que - en principio - sus facultades se refieren al control de legalidad (art. 6º, ley 19550) del "acto" a inscribir, y no a otra cosa (art. 34, Cód. Comercio).

Por ello tampoco podrá denegar la inscripción del acto de la sociedad nacional, en caso de ser una S. A. de sólo dos socios y no estar uno - siendo sociedad extranjera - inscrito en los términos del art. 123, siempre y cuando el concurso del otro baste para alcanzar los presupuestos de la decisión, no correspondiendo al registrador indagar en el "funcionamiento" social: su control de legalidad es relativo al "acto" a inscribir, cumplido en un momento determinado y, por ende, ajeno a las ulterioridades de la vida social.

Por el mismo motivo, cuando el concurso del partícipe extranjero que no cumplió con el art. 123 fue necesario para que el acto (decisión asamblearia) alcanzase los presupuestos legales (quórum y mayorías), la situación no quedó subsanada por el traspaso de las acciones de aquél a otro socio que no estaba en infracción, sino fue necesaria una nueva asamblea, sin vicios y ratificatoria de la anterior.

Ello, sin perjuicio de las facultades de la "autoridad de control" como tal (y no como circunstancial registradora mercantil) de fiscalizar el "funcionamiento" de la sociedad participada y, en dicho marco, de aplicar las sanciones o pedir al juez las medidas del caso (arts. 302 y 303, ley 19550).

#### c) Aplicación de las reglas sobre participación

¿Son aplicables a la sociedad extranjera, "socia" de una local, las reglas sobre participación, de los arts. 30, 31, 32 y 33? El tema ha sido poco transitado por la doctrina(17).

En cuanto a la disposición del art. 30, que sólo permite a las sociedades por acciones ser socias de sociedades por acciones, cabe considerar lo siguiente: por un lado, los fundamentos de esa norma - única en el mundo y muy criticada en nuestro medio - relativos a la imposibilidad de controlar los negocios de la participada por parte de los accionistas de la participante, así como la eventual extensión de la quiebra, no parecen ser relevantes en el caso, ya que, como quiera que sea, afectarían a los accionistas de la sociedad extranjera, a los que no interesa tutelar y quienes se encuentran, eventualmente, amparados por la normativa del país de la constitución.

Pero, por otro lado, el fundamento relativo a la posible elusión del control estatal sobre el tipo de la sociedad participada, que actuaría indirectamente sobre la participante extranjera, adquiere la mayor relevancia y lleva a la conclusión, contrariamente a lo sostenido por Rovira(18), de la vigencia del art. 30 en materia de sociedades extranjeras(19).

En lo que hace al art. 31, que restringe el quantum de la participación de una sociedad en otra, con fundamento en la preservación del objeto de la partícipe, no es aplicable a las sociedades extranjeras, en tanto la aludida preservación resulta ajena al interés de la Nación o de sus habitantes, pues los eventuales perniciosos efectos se producirían para los socios de la sociedad extranjera(20).

Por el contrario, las disposiciones de los arts. 32 y 33 de la ley 19550 parecen ser perfectamente aplicables a los partícipes extranjeros, en tanto se mantiene el interés de

evitar capitales "aparentes" e, igualmente, o con mayor razón, de conocer el grado de gravitación de la sociedad extranjera sobre la sociedad local.

## D - SANCIONES

Cabe ahora analizar el régimen de los efectos del incumplimiento de las normas impuestas a la actuación de las sociedades extranjeras.

En materia de "actos aislados", siendo su ejecución libre y no sujeta a presupuestos formales específicos, el único caso a computar es el de la "adquisición inmobiliaria" mencionada en el capítulo A. La no inscripción en tal supuesto, en los términos del fallo plenario citado, llevará a la necesaria denegatoria de la registración inmobiliaria y, en consecuencia, se perjudicará la oponibilidad del acto a los terceros. Obviamente, el defecto puede ser subsanado en cualquier tiempo y luego inscribirse la, transferencia del dominio.

En lo que hace al "ejercicio habitual", la falta de cumplimiento de los recaudos del art. 118, tercera parte, llevará a que la sociedad extranjera pueda ser considerada "no constituida regularmente"(21), en cuanto a su actuación en el país, con aplicación de las reglas de los arts. 21 y siguientes de la ley 19550, destacándose las normas sobre responsabilidad, representación y no invocabilidad de las cláusulas contractuales, aunque sí, por supuesto, podrá alegarse la existencia social para ejercer los derechos por los contratos celebrados (art. 23).

Por su parte, la sola violación de la regla sobre contabilidad encontrará sanción específica en materia probatoria (art. 63, Cód. Comercio) y concursal (arts. 31, 61, inc. 6º y concords. de la ley 19551), sin perjuicio de las demás sanciones que pudiera aplicar la autoridad de contralor.

En cuanto a la falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 123, cabe distinguir varios planos:

- a) el de la partícipe en sí, a la que se le aplicarán igualmente las reglas de la sociedad irregular;
- b) el de su vínculo social interno, que se regirá por las disposiciones del art. 16, en tanto la inscripción del art. 123 obraría como un recaudo de capacidad(22) para formar parte de sociedad, pero con el beneficio del art. 17 por tratarse de un defecto no tipificante;
- c) el de la decisión en la que participó, considerándose inválida su participación, dependiendo la validez del acto de la posibilidad de alcanzar sin ella los presupuestos legales;
- d) el de la inscripción registral de tal decisión, ya analizado en el cap. C. b).
- e) el de la sociedad participada en sí, sin perjuicio de lo referido en el punto b) supra, sujeta a eventuales sanciones de la autoridad de contralor, en la medida de la gravitación de la extranjera no inscrita sobre la sociedad nacional.

Por último, y como se adelantó en su momento, el supuesto de fraude a la ley nacional contemplado por el art. 124 encuentra como efecto la directa aplicación de nuestra normativa. Ello llevará a que la actuación de la sociedad, no inscrita en el Registro Público de Comercio correspondiente a la "sede" o al lugar donde está destinado su "principal objeto", sea considerada irregular, salvo que su contrato constitutivo fuere atípico para el régimen argentino y, en consecuencia, se le aplique la sanción del art. 17, L.S.

## E. LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Las normas recién referidas, que regulan con carácter general la actuación de las sociedades extranjeras en nuestro país, adquieren particular relevancia en la actividad notarial cuando se presenta alguna de las siguientes situaciones: a) cuando se acude a los servicios del

escribano para que la sociedad extranjera "cliente" de éste cumpla con los recaudos que le permitan actuar legalmente en el país; b) ante la autorización de algún acto escriturario a otorgar por una sociedad extranjera; y c) ante la autorización de algún acto escriturario a otorgar por una sociedad nacional en cuyo antecedente necesario aparece involucrada una sociedad extranjera.

#### a) Cumplimiento de los recaudos legales

1. Ejercicio habitual: A los fines de cumplir los requisitos establecidos por el art. 118, tercer párrafo, el notario deberá requerir: Inciso 1º: Ejemplar actualizado de los estatutos debidamente inscritos en el país de origen, con certificación registral, notarial o consular de tal circunstancia, o, en su defecto (si el país no tiene un sistema de registro de contratos de sociedad) de que se ha constituido según las leyes del país de origen. Tal documentación debe presentarse debidamente legalizada (por autoridad del país de origen, cónsul argentino que corresponda, y Ministerio de Relaciones Exteriores) y traducida, compareciendo el traductor a ratificarse ante el notario al momento de la protocolización, salvo que su firma esté certificada por el Colegio respectivo, de lo que deberá dejarse constancia en la escritura.

Inciso 2º: La fijación de domicilio podrá constar en el acta que decida la apertura de sucursal o representación (inc. 3º), o, en su defecto, podrá hacerlo el representante facultado en el escrito pidiendo la inscripción. Deberá consignar siempre, además de la jurisdicción territorial, la calle y el número donde funcionará la sucursal o representación permanente. La publicación se hará en el periódico de publicaciones legales correspondiente, en la forma extractada contemplada por el actual artículo 10 de la ley 19550, debiendo contener, además de los datos propios de la matriz, el domicilio y representante a cargo de la sucursal o representación y, en su caso, el nombre de la sucursal y capital asignado. La inscripción se formalizará ante el Registro Público de Comercio con jurisdicción sobre el domicilio designado en el país, cumpliendo con las formalidades propias de aquél en materia de sellados de actuación, escritos y copias.

Inciso 3º: La justificación de la decisión de crear la representación y de la persona a cargo deberá resultar de un acta debidamente certificada y legalizada como los estatutos, que se protocolizará e inscribirá conjuntamente. En ella, o en escrito separado, firmado por el representante designado, se hará constar el capital asignado. Tal asignación sólo es obligatoria para el ejercicio de ciertas actividades (bancos, seguros, etc.) y su acreditación no está sujeta a los rigorismos propios de la constitución (depósito del efectivo), en tanto se trate de un ente ya formado, bastando la acreditación fehaciente del ingreso de las divisas en el país (puede ser mediante certificación bancaria) .

En materia de "ejercicio habitual", nunca ha de olvidarse que, además de los requisitos generales del art. 118, tercera parte, hay leyes especiales reguladoras de determinadas actividades que imponen otras condiciones, incluso la "autorización" del Poder Ejecutivo (vgr. seguros, art. 6º de la ley 20091), o que directamente proscriben las actividades de sociedades extranjeras en ciertos ramos (transportes de fronteras, etc.).

2. Participación en sociedad: A efectos de cumplir con los recaudos del art. 123, deberá requerirse ejemplar actualizado de los estatutos con idéntica constancia de inscripción que la mencionada en el punto anterior, Inciso 1º, agregándose la documentación "relativa a sus representantes legales", mención que ha de entenderse alusiva a los integrantes actuales del órgano titular de la voluntad social respecto de terceros en el país de origen, con el fin de posibilitar eventuales emplazamientos(23). La inscripción debe hacerse en la jurisdicción donde se participa o participará en sociedad local, bastando que lo sea en algún registro mercantil, si se participa en varios entes ubicados en diferentes jurisdicciones, ya que la

matrícula, en este caso, tiene efecto nacional. Esta registración no está sujeta a publicación, debiendo cumplirse con los recaudos de legalización y traducción ya enunciados. Una sola inscripción para participar en sociedad autoriza a ser socio de sociedades nacionales sin limitación de cantidad. Si se trata de una sociedad por acciones extranjera, también debería hacerse una inscripción en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, que hasta la fecha no entró en funcionamiento.

3. Fraude a la ley nacional: Sobre la base que la ley no admite todavía la regularización de la sociedad no constituida regularmente, cuando una sociedad formada de acuerdo con el art. 124 aspire a sanear su situación, deberá acudir al procedimiento de constituir directamente una sociedad local, con aporte de fondo de comercio en su caso (art. 44). En el supuesto de ser atípica, deberá liquidarse sin remedio como consecuencia de la nulidad establecida por el art. 17.

#### b) Otorgamiento de escritura por sociedad extranjera

En este caso deberá el notario atender a la naturaleza del acto y a su eventual vinculación con un "ejercicio habitual" en el país o con una "participación en sociedad". De resultar alguno de ambos extremos, deberá requerir las inscripciones correspondientes a los arts. 118, tercera parte, y 123 de la ley. De no contarse con ellas, y ante la evidencia de tratarse de un acto encuadrado en esas categorías, deberá sujetar su actuación a la relativa a sociedades irregulares. Ahora bien, como en principio éstas pueden otorgar actos notariales en tanto sujetos de derecho, el notario deberá, en tal caso, cumplir con un deber esencial, comprobar que la sociedad extranjera se ha constituido de acuerdo con las leyes de su país de origen, para lo cual deberá exigir documentación similar a la referida al comentar el art. 118, tercer párrafo, inc. 1º. Cumplido tal recaudo de seriedad en la identidad, podrá otorgar válidamente el acto de que se trate.

En cambio, si se trata de una compraventa inmobiliaria, deberá solicitar inexcusablemente la inscripción "al solo efecto de la titularidad inmobiliaria" que se tramita en forma similar a la del art. 123.

Fuera de estos supuestos, y atento la facultad de otorgar "actos aislados" por la sociedad extranjera, no habrá inconveniente en autorizar las pertinentes escrituras, debiendo, en todos los casos, cumplirse con el recaudo de seriedad en la identificación aludida supra.

Otra situación que se le puede plantear es la de llegar a la conclusión de que la sociedad se encuentra en la situación del art. 124, en cuyo caso deberá analizar o no la eventual atipicidad. Si es atípica, deberá abstenerse de autorizar el acto en su función de evitar nulidades. Pero, si sólo es irregular, por aplicación de las reglas ya anunciadas, podrá autorizarlo en las condiciones antes descritas.

#### c) Escritura de sociedad nacional participada por extranjera

Es el caso típico de un presidente del directorio de una S.A. que debe legitimar su otorgamiento, además de con el acta de directorio, con la correspondiente a una asamblea. En tal caso, si de esa asamblea surge la participación de una sociedad extranjera, deberá requerirse se acredite su inscripción en los términos del art. 123. Si dicho recaudo no puede justificarse, el notario deberá practicar el llamado "cálculo de resistencia", para determinar si, prescindiendo de los votos de la partícipe en infracción, igualmente se reúnen el quórum y mayorías legales.

Si ello ocurre, podrá autorizar el acto; pero, en caso contrario, deberá abstenerse de hacerlo, so pena de incurrir en responsabilidad. La subsanación posible, como ya se dijo antes,

consiste en una asamblea "ratificatoria", en la que no participe la sociedad extranjera y que reúna, ciertamente, los presupuestos legales.

Todo ello, sin perjuicio de las normas especiales, permanentes o transitorias - derivadas del reciente conflicto bélico -, que imponen atender a la nacionalidad de las partes comprometidas antes de autorizar un acto escriturario.